

RESOLUCIÓN DEL EXPEDIENTE SANCIONADOR CONTRA THE PHONE HOUSE MÓVIL, S.L.U. 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/341/13 ESPECIFICACIÓN MÓVIL THE PHONE HOUSE).

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 The Phone House Móvil, S.L.U. 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, 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 The Phone House Móvil, S.L.U. –en adelante, The Phone House- por supuestas irregularidades en la tramitación de las solicitudes de portabilidad grabadas en el Nodo Central durante el mes de julio de 2012 (Documento núm. 1).

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

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.

Con fecha 13 de septiembre de 2012, la CMT inició un periodo de información previa para determinar y comprobar los hechos denunciados, en virtud del 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 conductas 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 The Phone House que aportase información acerca de 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 y, (iii) la copia de las solicitudes de portabilidad firmadas por los abonados.

Con fecha 5 de octubre de 2012, The Phone House contestó al citado requerimiento de información (Documento núm. 3) y afirmó que había enviado, como operador receptor, treinta y ocho -38- solicitudes de portabilidad a Vodafone como operador donante los mencionados días 2, 11 y 16 de julio de 2012.

Tercero.- Declaración de confidencialidad.

Mediante escrito del Secretario de la CMT de fecha 14 de febrero de 2013, se procedió a declarar la confidencialidad de las solicitudes de portabilidad aportadas por The Phone House 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 The Phone House 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, en dicha resolución se imputó a The Phone House la presunta realización de las siguientes actuaciones:

- No conservar las solicitudes de portabilidad requeridas de los días 2, 11 y 16 de julio de 2012, de conformidad con la obligación establecida en la Especificación técnica de portabilidad móvil.
- No consignar la hora de cumplimentación en las solicitudes de portabilidad firmadas por los abonados, de conformidad con la obligación establecida en la citada Especificación técnica.

Mediante escrito de Secretario de fecha 15 de febrero de 2013, se procedió a notificar a The Phone House el acuerdo de inicio del procedimiento sancionador (Documento núm. 5.1).

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

Con fecha 25 de marzo de 2013, The Phone House presentó escrito de alegaciones al acuerdo del procedimiento sancionador, solicitando su archivo (Documento núm. 7).

Sexto.- Requerimientos de información.

A la vista de las alegaciones realizadas por The Phone House 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 los siguientes requerimientos de información por ser necesarios para la determinación de los hechos:

- Dos requerimientos de información realizados a The Phone House de fechas 19 de junio y 6 de noviembre de 2013 (Documentos núm. 8 y 12).

The Phone House contestó a los mencionados requerimientos de información los días 15, 19 de julio y 25 de noviembre de 2013 (Documentos núm. 9, 10 y 14).

- Un requerimiento de información a la Asociación de Operadores para la Portabilidad Móvil –en adelante, AOPM- de fecha 4 de noviembre de 2013 (Documento núm. 11). La AOPM contestó a dicho requerimiento de información el día 11 de noviembre de 2013 (Documento núm. 13).

Séptimo.- Propuesta de Resolución.

Con fecha 20 de diciembre de 2013, la instructora del procedimiento sancionador emitió la correspondiente propuesta de resolución (Documento núm. 15), en la que proponía:

“PRIMERO.- *Declarar responsable directo al operador THE PHONE HOUSE MÓVIL, S.L.U. 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 del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, de 7 de julio de 2011, por la que se aprobó 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 THE PHONE HOUSE MÓVIL, S.L.U. una sanción económica por importe de veinte mil euros (20.000 Euros)”.*

Dicha propuesta de resolución fue notificada debidamente a The Phone House en fecha 24 de diciembre de 2013 (Documento núm. 16).

Octavo.- Ampliación del plazo máximo 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. 17).

Esta Resolución fue noticiada debidamente a The Phone House el día 27 de enero de 2014 (Documento núm. 21).

Noveno.- Escrito de alegaciones de The Phone House a la propuesta de la instructora.

Mediante escrito de fecha 24 de enero de 2014, The Phone House formuló alegaciones sobre la propuesta de resolución formulada por la instructora (Documento núm. 18), de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 19 del Reglamento del Procedimiento Sancionador.

Décimo.- Declaración de confidencialidad.

Con fecha 29 de enero de 2014, se procedió a declarar la confidencialidad de las solicitudes de portabilidad aportadas por The Phone House durante la instrucción del expediente sancionador (Documento núm. 22).

Undécimo.- Finalización de la fase de instrucción.

Con fecha 18 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 la resolución del presente expediente, la propuesta de resolución junto con el expediente administrativo instruido, así como el

escrito de alegaciones presentado por The Phone House a dicha propuesta de resolución (Documento núm. 23).

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.- The Phone House, como OMV prestador de servicios, está capacitado para 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, The Phone House es un OMV prestador de servicios² -OMVPS- que tiene suscrito un acuerdo de acceso móvil mayorista con France Telecom España, S.A.U. –en adelante, Orange- conforme al cual revende servicios de comunicaciones móviles a sus usuarios finales³.

En virtud de dicho acuerdo, The Phone House lleva a cabo directamente la gestión administrativa de la conservación de la numeración por cambio de operador que consiste en recibir las solicitudes de portabilidad formalizadas por los abonados en sus canales de venta y tramitarlas a través de la web de portabilidad de Orange o de los “web services” del citado operador.

Durante el periodo de información previa, The Phone House afirmó que no interactúa directamente con el Nodo Central de portabilidad móvil, sino que lo hace a través del *Sistema interno de Gestión de Portabilidad*⁴ de Orange” –en adelante, sistema SGP-.

Solicitada información adicional durante la instrucción del expediente sobre la trazabilidad de las solicitudes de portabilidad desde su formalización por parte de los abonados hasta su grabación en el Nodo Central de portabilidad móvil, The Phone House afirmó que envía sus solicitudes de portabilidad “a través de Web Service” al citado sistema SGP de Orange.

Asimismo, de la documentación obrante en el expediente se desprende que The Phone House introduce las solicitudes de portabilidad cursadas en una aplicación o sistema informático propio desde donde se envían las solicitudes al sistema SGP de Orange.

² Inscrito en el seno del expediente núm. RO 2008/764.

³ The Phone House 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, The Phone House 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.

⁴ El sistema SGP se encarga de gestionar la portabilidad tanto de Orange como de sus OMVs Branded Reseller.

En consecuencia, queda probado que The Phone House es un OMVPS que participa únicamente en el proceso administrativo de portabilidad móvil ya que la ejecución técnica de la misma con el cambio de enrutamiento del tráfico durante la ventana de cambio corresponde a su operador móvil de red, Orange. Por tanto, The Phone House no graba directamente las solicitudes de portabilidad en el Nodo Central de portabilidad móvil sino que éstas se envían a través de “web services” al sistema SGP de Orange para su posterior grabación en el citado Nodo Central.

Segundo.- The Phone House no ha conservado correctamente las solicitudes de portabilidad analizadas de julio de 2012 y marzo de 2013.

En el acuerdo de inicio del procedimiento sancionador se señaló que The Phone House no conservaba las treinta y ocho -38- solicitudes de portabilidad de los días 2, 11 y 16 de julio de 2012, que fueron objeto de análisis durante el periodo de información previa –días elegidos aleatoriamente respecto del periodo denunciado por Vodafone (mes de julio de 2012)-. Sin embargo, The Phone House negó tal hecho en su escrito de alegaciones al acuerdo de inicio.

Durante la instrucción del expediente, se comprobó que The Phone House sólo aportó copia de veinticuatro -24- de las treinta y ocho -38- solicitudes de portabilidad requeridas. Sensus contrario, The Phone House no aportó copia de catorce -14- solicitudes de portabilidad requeridas del mes de julio de 2012, concretamente, las solicitudes de los siguientes MSISDN: **[INICIO CONFIDENCIAL FIN CONFIDENCIAL]**.

Asimismo y a raíz de las alegaciones realizadas por The Phone House al acuerdo de inicio del procedimiento, durante la instrucción del expediente se le requirió la copia de las solicitudes de portabilidad enviadas a Vodafone –como operador donante- los días 20 y 22 de marzo de 2013.

En contestación a dicho requerimiento de información, The Phone House afirmó que había enviado en total dieciocho -18- solicitudes de portabilidad a Vodafone en las fechas señaladas y, sin embargo, sólo aportó copia de siete -7- de las dieciocho -18- solicitudes de portabilidad. De esas 18 solicitudes, The Phone House no aportó ocho -8- solicitudes de portabilidad, sino que aportó copia de los certificados de la entidad **[INICIO CONFIDENCIAL ... FIN CONFIDENCIAL]** que no son solicitudes de portabilidad válidas. Así ocurre con respecto a los siguientes MSISDN: **[INICIO CONFIDENCIAL ... FIN CONFIDENCIAL]**.

Además, The Phone House tampoco aportó copia de otras tres -3- solicitudes de portabilidad ya que los usuarios finales no son abonados en la actualidad del operador. Ello se ha comprobado mediante la correspondiente consulta en el Nodo Central de portabilidad móvil.

La selección de las fechas señaladas, esto es, los días 2, 11 y 16 de julio de 2012 y los días 20 y 22 de marzo de 2013, se consideró suficientemente representativa para valorar la conducta presuntamente infractora de The Phone House sobre la base del examen casuístico de las solicitudes de portabilidad.

En atención a lo anterior, en la propuesta de resolución, se concluyó que The Phone House no había aportado copia de veintidós -22- solicitudes de las cincuenta y tres -53- solicitudes de portabilidad requeridas en las fechas analizadas de los meses de julio de 2012 y marzo de 2013 –esto es, en aquel momento sólo constaba la copia de treinta y una -31- solicitudes de portabilidad-, lo que representaba un 41,5% sobre el total de las solicitudes analizadas.

Durante el trámite de audiencia, The Phone House ha negado el hecho anterior y ha aportado copia de trece -13- de las veintidós -22- solicitudes de portabilidad no aportadas durante la instrucción del expediente, correspondientes todas al mes de julio de 2012. Así ocurre con las solicitudes de portabilidad con MSISDN: **[INICIO CONFIDENCIAL ... FIN CONFIDENCIAL]**.

Sin embargo, la solicitud de portabilidad con MSISDN **[INICIO CONFIDENCIAL ... FIN CONFIDENCIAL]** se tiene por no aportada ya que los certificados de la entidad **[INICIO CONFIDENCIAL ... FIN CONFIDENCIAL]** no son solicitudes de portabilidad válidas.

En lo que respecta a los certificados aportados de la entidad **[INICIO CONFIDENCIAL ... FIN CONFIDENCIAL]**, The Phone House afirma, en su escrito de alegaciones a la propuesta de resolución, que éstos son solicitudes de portabilidad perfectamente válidas ya que *“demuestran claramente que los titulares de las líneas portadas utilizando dicho sistema de SMS certificado dieron inequívocamente su consentimiento a la realización de las portabilidades”*.

Así, The Phone House ha aportado copia de dos dictámenes realizados por Don Ángel García Fontanete, ex-Presidente de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Catalunya, sobre la validez de las notificaciones por SMS certificado que, según los dictámenes, constituyen prueba irrefutable del contenido del contrato⁵ y sobre el correo electrónico certificado⁶.

Tal y como concluyó la instructora, los certificados aportados por The Phone House no son solicitudes de portabilidad de conformidad con el apartado 8 de la Especificación técnica de portabilidad móvil, ya que su contenido hace referencia única y exclusivamente a la aceptación de las condiciones para la contratación del servicio telefónico móvil disponible al público que están publicadas en la página web de The Phone House, faltando la información que se ha de consignar en tales solicitudes –tal como el operador donante, momento deseado para portarse, código de referencia de la solicitud, etc.-. Por ello, los referidos certificados no pueden ser calificados como solicitudes de portabilidad válidas.

En consecuencia, a la vista de la documentación obrante en el expediente, ha quedado probado que The Phone House no conservó correctamente los originales

⁵ Dictamen de 8 de marzo de 2008 sobre la validez, eficacia y admisibilidad en nuestro ordenamiento legal de las notificaciones y comunicaciones telemáticas y, en particular, de las expedidas por la sociedad mercantil **[INICIO CONFIDENCIAL ... FIN CONFIDENCIAL]**.

⁶ Dictamen de 7 de enero de 2013 sobre el correo electrónico certificado de **[INICIO CONFIDENCIAL ... FIN CONFIDENCIAL]**.

de nueve -9- de las cincuenta y tres -53- solicitudes de portabilidad tramitadas en julio de 2012 y marzo de 2013. Sensus contrario, The Phone House ha aportado copia de cuarenta y cuatro -44- solicitudes de portabilidad -de esas 53-.

Tercero.- Respecto de las solicitudes analizadas, The Phone House no ha consignado la hora en las solicitudes de portabilidad formalizadas con sus abonados.

En el acuerdo de inicio del presente procedimiento se señaló que The Phone House no consignó la hora de cumplimentación en ninguna de las solicitudes de portabilidad formalizadas por los abonados.

The Phone House reconoció dicha omisión, en su escrito de alegaciones al citado acuerdo de inicio, y afirmó que *“desde el 20 de marzo de 2013 estaba consignando la hora de cumplimentación en todas las solicitudes de portabilidad”* formalizadas por los abonados.

Durante la instrucción del expediente se analizaron las treinta y una -31- solicitudes de portabilidad obrantes en el expediente -24 solicitudes de julio de 2012 y 7 solicitudes de marzo de 2013-, comprobándose que:

- En ninguna de las veinticuatro -24- solicitudes de portabilidad analizadas del mes de julio de 2012, The Phone House consignó la hora de su cumplimentación por parte de los abonados (la fecha sí).
- De las 7 solicitudes de marzo de 2013, The Phone House consignó, en cuatro -4- de ellas, la fecha y la hora de su cumplimentación por parte de los abonados. Así ocurre con las solicitudes con MSISDN [INICIO CONFIDENCIAL ... FIN CONFIDENCIAL].
- En dos -2- solicitudes de portabilidad -del día 22 de marzo de 2013-, The Phone House no consignó ni la fecha ni la hora de su cumplimentación por los abonados. En concreto, las solicitudes con MSISDN [INICIO CONFIDENCIAL FIN CONFIDENCIAL].
- En una -1- solicitud de portabilidad –también del día 22 de marzo de 2013-, The Phone House consignó la fecha pero no la hora de su cumplimentación por el abonado. En concreto, la solicitud con MSISDN [INICIO CONFIDENCIAL ... FIN CONFIDENCIAL].

En atención a lo anterior, la instructora concluyó, en su propuesta de resolución, que The Phone House no consignó correctamente, o bien la fecha y hora, simultáneamente, o bien la hora de cumplimentación en 27 de las 31 solicitudes de portabilidad obrantes en el expediente.

Del análisis de las trece -13- solicitudes adicionales de portabilidad aportadas por The Phone House durante el trámite de audiencia, se ha comprobado que The Phone House únicamente ha consignado la fecha y hora de su cumplimentación en tres -3- solicitudes.

En consecuencia, a la vista de la documentación obrante en el expediente, ha quedado probado que en las solicitudes analizadas de julio de 2012 y marzo de 2013, The Phone House no consignó, o bien la fecha y la hora, simultáneamente, o bien la hora de cumplimentación en treinta y siete -37- solicitudes de las cuarenta y cuatro -44- solicitudes de portabilidad obrantes en el expediente, lo que representa, un 84,09% de irregularidades sobre el total de las solicitudes analizadas.

Asimismo, ha quedado probado que The Phone House sólo ha consignado correctamente la fecha y hora de su cumplimentación en siete -7- de las cuarenta y cuatro -44- solicitudes obrantes en el expediente.

Cuarto.- Desde el día 2 de julio de 2012 hasta el día 22 de marzo de 2013, la fecha y la hora consignada en las solicitudes de portabilidad no se corresponden con la fecha y la hora grabada en el Nodo Central de portabilidad móvil.

En el acuerdo de inicio del procedimiento se señala que la *“fecha de la solicitud por el abonado”* grabada en el Nodo Central de portabilidad móvil no se correspondía con la fecha y la hora consignada en las solicitudes de portabilidad formalizadas por los abonados en las fechas analizadas del mes de julio de 2012.

Tal y como se ha comprobado en el seno del expediente sancionador RO 2013/335⁷ 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 grababa 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, The Phone House 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. Este hecho también se ha comprobado mediante la consulta en el Nodo Central, a través de la AOPM, de las solicitudes de portabilidad analizadas de julio de 2012 y marzo de 2013.

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 The Phone House 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.

⁷ Procedimiento sancionador contra Orange por el presunto incumplimiento de la Resolución de 7 de julio de 2011, sobre la modificación de la Especificación técnica de portabilidad móvil.

Quinto.- De las siete -7- solicitudes de portabilidad en las que se ha consignado correctamente la fecha y hora de su cumplimentación, The Phone House sólo ha grabado una fuera del plazo del medio día hábil a contar desde su formalización.

En el acuerdo de inicio del presente expediente se señaló, con respecto a las solicitudes de portabilidad analizadas de julio de 2012, que no se había podido comprobar si éstas fueron grabadas dentro del plazo del mismo medio día hábil en el Nodo Central de portabilidad móvil, a contar desde su formalización por los abonados, por no haberse consignado en ellas la hora de su cumplimentación.

Sin embargo, durante la instrucción del expediente se comprobó, mediante consulta a la AOPM, que las cuatro -4- solicitudes de portabilidad de los días 20 y 22 de marzo de 2013, en las que The Phone House consignó correctamente la fecha y la hora de su cumplimentación, fueron grabadas correctamente dentro del plazo del mismo medio día hábil en el Nodo Central.

Por ello, la instructora concluyó, en la propuesta de resolución, que The Phone House grabó correctamente las citadas cuatro -4- solicitudes de portabilidad dentro del plazo del medio día hábil en el Nodo Central de portabilidad móvil.

Asimismo, se ha comprobado si las tres -3- solicitudes de portabilidad de julio de 2012 aportadas durante el trámite de audiencia en las que The Phone House consignó correctamente la fecha y hora de su cumplimentación (véase el Hecho Probado Tercero), fueron grabadas dentro del plazo del mismo medio día hábil en el Nodo Central de portabilidad móvil, comprobándose que: (i) dos -2- solicitudes fueron grabadas correctamente y (i) una -1- fue grabada con dos -2- días de retraso.

Ello ocurre con respecto a la solicitud con MSISDN [INICIO CONFIDENCIAL ... FIN CONFIDENCIAL] que fue formalizada el día [INICIO CONFIDENCIAL FIN CONFIDENCIAL] y se grabó en el Nodo Central el día [INICIO CONFIDENCIAL ... FIN CONFIDENCIAL].

En consecuencia, a la vista de la documentación obrante en el expediente, ha quedado probado que, de todas las solicitudes que se han podido analizar, seis -6- solicitudes de portabilidad fueron grabadas correctamente dentro del plazo del medio día hábil en el Nodo Central de portabilidad móvil y una 1- solicitud de portabilidad se grabó con dos -2- días de retraso.

Sexto.- Conclusión sobre los Hechos Probados.

En definitiva, de los actos de instrucción realizados quedan probados siguientes hechos:

- The Phone House sólo es responsable de la tramitación administrativa de las solicitudes de portabilidad formalizadas con sus abonados y de introducirlas en su propio sistema web, desde donde se envían, a través de *web service*, al sistema *SGP* de Orange, para su envío y posterior grabación en el Nodo Central de portabilidad móvil.

- The Phone House no conservó los originales de nueve -9- de las cincuenta y tres -53- solicitudes de portabilidad requeridas, lo que representa un 16,98 % sobre el total de las solicitudes analizadas.
- The Phone House no consignó correctamente, o bien la fecha y hora simultáneamente, o bien la hora de cumplimentación, en treinta y siete -37- de las cuarenta y cuatro -44- solicitudes de portabilidad obrantes en el expediente, lo que representa un 84,09% sobre el total de las solicitudes analizadas.

Sólo en siete -7- de las mencionadas cuarenta y cuatro -44- solicitudes de portabilidad, The Phone House consignó correctamente la fecha y hora de su cumplimentación, lo que representa un 15,09% sobre el total de solicitudes de portabilidad obrantes en el expediente.

- 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 The Phone House 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.
- The Phone House grabó seis -6- solicitudes de portabilidad dentro del plazo del mismo medio día hábil de su formalización en el Nodo Central de portabilidad móvil. Sin embargo, la grabación de una -1- solicitud de portabilidad en el citado Nodo Central se retrasó durante dos -2- días.

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

III 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 explotan redes públicas telefónicas o prestan 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 las conductas mencionadas 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 3/2013⁸, 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.

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*”.

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.

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 finales y los 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).

Por su parte, 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.

The Phone House 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

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.

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.

De acuerdo con el Hecho Probado Primero, The Phone House 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, The Phone House 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 The Phone House -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.

A continuación se analiza la tipificación de los Hechos Probados concretos determinados anteriormente:

1. Sobre la obligación de conservar las solicitudes de portabilidad móvil.

La solicitud de portabilidad es el documento mediante el que el abonado requiere a un operador –operador receptor- el alta o la contratación de su servicio de telefonía móvil con conservación de su numeración telefónica móvil –la solicitud marca el hito temporal en el que se entiende contratado el servicio con el operador-. Dicha solicitud puede realizarse por escrito o por cualquier otra forma que deje constancia fehaciente del consentimiento expreso y explícito del usuario, de acuerdo con la legislación vigente.

El apartado 5.1 de la Especificación técnica de portabilidad móvil establece que el operador receptor está obligado a conservar el original de la solicitud de portabilidad formalizada por el abonado –u otra forma equivalente de acreditación del consentimiento del abonado, siempre que se realice de acuerdo con la legislación vigente- durante el plazo de 5 años, ante posibles reclamaciones.

El establecimiento de la mencionada obligación tiene una doble finalidad. Por un lado, permite justificar fehacientemente frente a terceros la acreditación del consentimiento expreso, informado e inequívoco del abonado en el caso de que existiesen dudas sobre el mismo. Por el otro, resulta fundamental en el caso de posibles reclamaciones de los abonados.

En este sentido, el operador donante podrá solicitar al operador receptor el original de la solicitud de portabilidad firmada por el abonado, siempre que se realice de acuerdo con la legislación vigente- en cualquier momento desde que tiene conocimiento de una solicitud de portabilidad. El operador receptor deberá facilitar

dicho documento en el plazo de quince -15- días hábiles desde la recepción de la reclamación.

Además de lo anterior, la obligación de conservar las solicitudes de portabilidad no es un mero formalismo, sino que su exigibilidad constituye el instrumento necesario para controlar el cumplimiento de los procesos de portabilidad móvil por parte de los operadores receptores y para que esta Comisión pueda ejercer sus funciones de supervisión de la normativa regulatoria sectorial vigente.

De esta manera, la obligación de conservar las solicitudes de portabilidad permite recabar y disponer de información acerca de en qué momento se inicia el procedimiento de la portabilidad móvil, si los abonados solicitan la portabilidad dentro del plazo general de un día laborable o no y, en su caso, en qué plazo pueden ser canceladas las solicitudes de portabilidad por los abonados.

De acuerdo con el Hecho Probado Segundo, The Phone House no aportó copia de nueve -9- de las cincuenta y tres -53- solicitudes de portabilidad requeridas para su análisis de julio de 2012 y marzo de 2013, incumpléndose con este hecho el apartado 5.1 de la Especificación técnica de portabilidad móvil.

Como se ha señalado en el citado Hecho Probado, los certificados de la entidad **[INICIO CONFIDENCIAL ... FIN CONFIDENCIAL]** no constituyen solicitudes de portabilidad válidas en virtud del apartado 8 de la Especificación técnica de la portabilidad móvil porque no contienen muchos de los requisitos mínimos exigidos en ese apartado, que son básicos para garantizar los derechos de los abonados y tramitar correctamente la portabilidad.

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

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”*.

Desde el punto de vista de la portabilidad, la consignación en la solicitud de la portabilidad de la fecha y la hora de su cumplimentación en la solicitud de portabilidad constituyen un requisito esencial, porque determina el momento concreto en el que operador y el abonado han alcanzado un acuerdo para el cambio de prestador del servicio telefónico móvil con conservación de la numeración

telefónica y, en consecuencia, el inicio del cómputo del plazo máximo para portar dicha numeración.

En su escrito de alegaciones a la propuesta de resolución, The Phone House insiste en afirmar que *“ha subsanado ese requisito meramente formal”*, en referencia a la consignación de la fecha y hora en las solicitudes de portabilidad firmadas por los abonados.

Frente a tal alegación procede señalar que la ausencia de la consignación de la fecha y hora en las solicitudes de portabilidad tiene una consecuencia clara, y es la imposibilidad de hacer un seguimiento sobre su tramitación y comprobar de forma transparente si las solicitudes se graban en el medio día hábil siguiente de la cumplimentación de dicha solicitud, 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.

De acuerdo con el Hecho Probado Tercero, The Phone House no consignó en las solicitudes analizadas de julio de 2012 y marzo de 2013, bien la fecha y hora, simultáneamente, bien la hora de cumplimentación en treinta y siete -37- de las cuarenta y cuatro -44- solicitudes de portabilidad obrantes en el expediente, incumplándose con este hecho el apartado 8 de la Especificación técnica de portabilidad móvil.

3. Sobre la obligación de grabar la información necesaria de las solicitudes de portabilidad cursadas y de hacerlo dentro del plazo del medio día hábil en el Nodo Central de portabilidad móvil.

La Especificación técnica de portabilidad móvil concreta qué información debe depositar el operador receptor 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.

3.1 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 portabilidad móvil. 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”*.

De acuerdo con el Hecho Probado Cuarto, 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 The Phone House 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, lo que supone un incumplimiento del apartado 6.3.1 de la Especificación técnica de portabilidad móvil.

3.2 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 la CMT de fecha 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 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 (el operador) en el mismo medio día hábil¹⁰ 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 formalización de la solicitud de portabilidad por parte del abonado y la grabación de dicha solicitud en el Nodo Central de portabilidad es de medio día hábil, para garantizar la portabilidad al plazo de un día laborable.

De acuerdo con el Hecho Probado Quinto, The Phone House no grabó una -1- de las siete -7- solicitudes de portabilidad -en las que dicho operador consignó la fecha y hora de su cumplimentación (véase Hecho Probado Tercero)- dentro del plazo del mismo medio día hábil en el Nodo Central de portabilidad móvil, a contar desde su formalización por los abonados. Dicha grabación se retrasó durante dos -2- días.

Por lo tanto, The Phone House no cumplió en las fechas analizadas con la obligación de grabar todas las solicitudes de portabilidad dentro del plazo del mismo medio día hábil en que fueron formalizadas por los abonados, de acuerdo con lo dispuesto en el apartado 7.2.1.2 de la Especificación técnica de portabilidad móvil.

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

Como consecuencia de todo lo anterior, 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

¹⁰ 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.

de The Phone House, 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 los siguientes actos:

- The Phone House no conservó nueve -9- solicitudes de portabilidad cursadas en las fechas analizadas de julio de 2012 y marzo de 2013 (esto es, un 16,98% sobre el total de las solicitudes requeridas para su análisis), lo cual supone un incumplimiento del apartado 5.1 de la Especificación técnica de portabilidad móvil.
- The Phone House no consignó, entre el día 2 de julio de 2012 y el día 22 de marzo de 2013, bien la fecha y hora, simultáneamente, bien la hora de cumplimentación en treinta y siete -37- de las cuarenta y cuatro -44- solicitudes de portabilidad obrantes en el expediente (concretamente, un 84,09% sobre el total de las solicitudes analizadas), lo cual supone un incumplimiento del apartado 8 de la Especificación técnica de portabilidad móvil.
- The Phone House grabó una -1- solicitud de portabilidad fuera del plazo del medio día hábil en el Nodo Central de portabilidad móvil, habiendo sido retrasada dicha grabación durante dos días, lo cual supone un incumplimiento del 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 jurisprudencial¹¹, 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*

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

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 imprudencia¹², 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.

En lo que aquí interesa, resulta que 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.

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 LGTel¹³, 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 caso que nos ocupa, se imputan a The Phone House una serie de actos que suponen el incumplimiento de la Resolución de la CMT de fecha 7 de julio de 2011,

¹² 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”.

¹³ 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”.

por la que se aprueba la Especificación técnica de portabilidad móvil (véase el Fundamento anterior):

- La no conservación de nueve -9- solicitudes de portabilidad cursadas en las fechas analizadas de julio de 2012 y marzo de 2013, esto es, un 16,98 % sobre el total de las solicitudes analizadas.
- La no consignación, desde el día 2 de julio de 2012 hasta el día 22 de marzo de 2013, de la fecha y/o hora de cumplimentación en treinta y siete -37- solicitudes de portabilidad, esto es, un 84,09% sobre el total de las solicitudes analizadas.
- La grabación de una -1- solicitud de portabilidad fuera del plazo del mismo medio día hábil en el Nodo Central de portabilidad móvil.

Tal y como se concluyó en la propuesta de resolución, la inobservancia en el cumplimiento de las obligaciones es atribuible al menos a título de culpa a The Phone House, toda vez que conociendo este operador la importancia que tiene la regulación contenida en la Especificación Técnica de portabilidad móvil, tenía que haber puesto una mayor diligencia en su cumplimiento.

Frente a tal conclusión, esta Sala de Supervisión Regulatoria entiende que The Phone House no ha actuado con la diligencia que le es exigible a un operador con respecto a los **dos primeros actos imputados**.

De conformidad con la vigente Especificación técnica de portabilidad móvil, la solicitud de portabilidad es el instrumento básico y necesario para controlar el cumplimiento de los procesos de portabilidad móvil por parte de los operadores receptores. Además, ésta permite recabar y disponer de información acerca de (i) la fecha y la hora en que los abonados han formalizado su petición de portabilidad ante el operador receptor, (ii) el inicio del procedimiento de la portabilidad móvil, (iii) si los abonados solicitan la portabilidad dentro del plazo general de un día laborable o no y, (iv) en su caso, en qué plazo pueden ser canceladas las solicitudes de portabilidad por los abonados.

Conforme se acreditó en los Hechos Probados Segundo y Tercero, The Phone House ni ha conservado todas las solicitudes requeridas durante la instrucción del expediente ni ha consignado, correctamente, en todas las solicitudes aportadas la fecha y hora de su cumplimentación por parte de los abonados.

Por todo ello, no puede excluirse el elemento de culpa de tales conductas antijurídicas.

Cuestión distinta es el supuesto del tercer acto imputado consistente en no grabar una -1- de las siete -7- solicitudes de portabilidad, -en las que The Phone House consignó correctamente la fecha y la hora (véase Hecho probado Tercero)- dentro del plazo del medio día hábil en el Nodo Central de portabilidad móvil.

Conforme se acreditó en el Hecho Probado Quinto, de las cuarenta y cuatro -44- solicitudes de portabilidad obrantes en el expediente, únicamente se ha podido

comprobar si siete -7- solicitudes fueron grabadas dentro del mismo medio día hábil en el Nodo Central de portabilidad móvil. Este hecho no tiene un valor suficientemente representativo del incumplimiento de la obligación de grabar las solicitudes de portabilidad dentro del plazo del medio día hábil en el Nodo Central de portabilidad móvil por parte de The Phone House, debido al número muy reducido de solicitudes de portabilidad analizadas.

La STC núm. 76/90 de 26 de abril (RTC 1990, 76) señala lo siguiente:

*“(...) En tal sentido, el derecho a la presunción de inocencia comporta: que la sanción esté basada en actos o medios probatorios de cargo o incriminadores de la conducta reprochada; que la carga de la prueba corresponda a quien acusa, sin que nadie esté obligado a probar su propia inocencia; y **que cualquier insuficiencia en el resultado de las pruebas practicadas, libremente valorado por el órgano sancionador, debe traducirse en un pronunciamiento absolutorio**”.*

En idéntico sentido se pronuncia el Tribunal Supremo en su Sentencia de fecha 12 de enero de 1996 (RJ1996/156), entre otras.

Además, la tramitación de un único supuesto irregular en procesos complejos de tramitación de solicitudes de portabilidad móvil constituye un hecho aislado, insuficiente y muy poco representativo para determinar que The Phone House sea culpable, ni siquiera a título de simple negligencia, ya que no revela una falta de diligencia debida respecto de la que tiene que aplicar dicho operador en el marco de su obligación de realizar las actuaciones necesarias para grabar las solicitudes en el Nodo Central en la forma establecida.

Por todo lo anterior, debe excluirse el elemento de culpabilidad o negligencia de la conducta realizada por The Phone House.

Por otra parte, se ha comprobado otra irregularidad en los procesos de grabación de las solicitudes de portabilidad, consistente en no grabar la hora en la que el abonado ha efectuado la solicitud de portabilidad en el operador receptor, sino en calcular una hora ficticia de las solicitudes de exactamente de 5 minutos antes respecto al momento de la grabación, tal y como exige el apartado 6.3.1 de la Especificación técnica de portabilidad móvil.

Tal y como se ha señalado en el Hecho probado Primero, The Phone House no interactúa directamente con el Nodo Central de portabilidad, 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 Constitucional¹⁴, 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.

Por lo tanto, se concluye que el único operador responsable de la comisión de la citada conducta antijurídica es Orange como único operador titular y responsable del diseño funcional del su sistema *SGP*.

En consecuencia, a la luz de los actos de instrucción realizados, los hechos probados y las manifestaciones realizadas por The Phone House que constan en la presente propuesta de resolución, únicamente concurre el requisito de culpabilidad en la comisión de dos actos imputados, al quedar probado que las ha realizado sin la debida diligencia exigida, esto es, a título de mera inobservancia, para evitar el resultado antijurídico producido.

La anterior conclusión no se ve afectada por la existencia de circunstancia alguna de exención o exclusión de la responsabilidad del operador.

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.*
- 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 de graduación de la sanción a aplicar:

¹⁴ 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).

“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.”

Para la determinación de la sanción, debe tenerse en cuenta, por una parte, la concurrencia de circunstancias atenuantes aplicables a todos los operadores imputados y, por otra parte, determinadas circunstancias particulares que concurren en el seno del presente expediente y que deben ponderarse para graduar correctamente la sanción.

De acuerdo con los criterios de graduación expuestos se considera que concurren las siguientes circunstancias:

- La inexistencia de repercusión social de la infracción, según el criterio establecido por el artículo 56.2 de la LGTel.
- La ausencia de beneficio bruto obtenido por The Phone House en la comisión de la infracción, según el criterio establecido en el mismo artículo 56 de la LGTel.
- El inexistente o 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.

The Phone House, en su escrito de alegaciones a la propuesta de resolución, señala la concurrencia de otra circunstancia atenuante más, concretamente: *“la gravedad de las infracciones cometidas anteriormente por el sujeto al que se sanciona”*, en virtud de lo establecido en el artículo 56.2 de la LGTel.

Como ha señalado en ocasiones anteriores, dicha circunstancia hace referencia a la reiteración como un posible criterio a tomar en consideración en la graduación de la sanción a imponer y que se tiene en cuenta como una circunstancia agravante de la conducta antijurídica imputada. Por lo tanto, se desestima esta alegación.

Quinto.- Sanción aplicable a la infracción.

1. Límite legal de la sanción.

La LGTel establece 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 The Phone House.

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 la extinta CMT en su práctica administrativa¹⁵, 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

¹⁵ 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.

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 2010¹⁶ 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 considera, en el presente caso, como rama de actividad afectada por la infracción cometida, el servicio minorista de telefonía móvil donde tiene lugar la infracción¹⁷.

La infracción nace del incumplimiento, por parte de The Phone House, 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 los ingresos procedentes del servicio minorista telefónico móvil de 2012 (últimos aportados a esta Comisión) que ascienden a **[INICIO CONFIDENCIAL ... FIN CONFIDENCIAL]** euros (no hay ingresos mayoristas afectados en este caso).

Por tanto, “*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 calcular 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 [...]*”.

¹⁶ 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.

¹⁷ Esta ha sido la línea adoptada por este organismo público (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).

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

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, la sanción máxima que se podría imponer es de 20 millones de euros.

3. Determinación de la sanción: circunstancias concurrentes.

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.
- Debe tenerse en cuenta que, con respecto a la propuesta de resolución notificada a la entidad imputada y a la **primera conducta imputada**, The Phone House ha aportado 13 solicitudes de portabilidad –de las 22 no aportadas inicialmente–, lo cual ha de influir en la sanción a imponer por la comisión de la primera conducta imputada (véase el Hecho Probado Segundo).
- En lo que respecta a ambas conductas imputadas, ha de considerarse que los procesos de portabilidad, conforme a la Especificación técnica de portabilidad móvil, son complejos y aunque las irregularidades en un determinado número constituyen una infracción, la sanción ha de minorarse de forma proporcional a los hechos probados.
- Asimismo, esta Sala de Supervisión Regulatoria otorga mucha relevancia a las circunstancias atenuantes apreciadas en el presente caso, en concreto, la ausencia de repercusión social y de afectación al mercado, por tratarse de un volumen de portabilidades menor, así como a la ausencia de beneficio bruto obtenido en la comisión de las conductas imputadas (véase apartado de 4.2).
- Adicionalmente, la Sala de Supervisión Regulatoria tiene 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”*, de conformidad con el artículo 56.2 de la LGTel. Por ello, se concluye la necesidad de minorar la sanción en atención a los ingresos declarados por The Phone House por sus actividades de telecomunicaciones (véase el apartado anterior).

En definitiva, por los principios y límites cuantitativos a que se hace referencia, la modificación de los Hechos probados 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, se considera que procede imponer a The Phone House una sanción de seis mil (6.000) euros por el incumplimiento de la Especificación técnica de portabilidad móvil y, concretamente, por la no conservación de las solicitudes de portabilidad y por la no consignación de la hora de cumplimentación en dichas solicitudes.

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 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 al operador THE PHONE HOUSE MÓVIL, S.L.U. 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 del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, de 7 de julio de 2011, por la que se aprobó la vigente Especificación técnica de portabilidad móvil.

SEGUNDO.- Imponer a THE PHONE HOUSE MÓVIL, S.L.U. una sanción económica por importe de seis mil (6.000) 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.