

RESOLUCIÓN DEL EXPEDIENTE SANCIONADOR CONTRA MOREMINUTES COMMUNICATIONS, S.L. 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/340/13/ESPECIFICACIÓN MÓVIL MOREMINUTES)

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 Moreminutes Communications, S.L. 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 Moreminutes Communications, S.L. –en adelante, Moreminutes– 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 denunciaba la realización de las siguientes actuaciones 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 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 Moreminutes 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 la que los abonados formalizaron las solicitudes de portabilidad, (ii) la fecha y hora en que las solicitudes se grabaron en el Nodo Central de portabilidad móvil y, (iii) la copia de las solicitudes de portabilidad firmadas por los abonados.

Con fecha 2 de octubre de 2012, Moreminutes contestó al citado requerimiento de información (Documento núm. 3), afirmando que había enviado (como operador receptor) seis -6- solicitudes de portabilidad a Vodafone (como operador donante) los 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 Moreminutes para su examen durante el periodo de información previa, por contener información que pudiera afectar a su secreto comercial e industrial (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 Moreminutes 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 Moreminutes la presunta realización de una infracción por *“no consignar la hora de cumplimentación en las solicitudes de portabilidad firmadas por los abonados”*.

Mediante escrito del Secretario de la CMT de fecha 15 de febrero de 2013, se procedió a notificar a Moreminutes 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, Moreminutes presentó escrito de alegaciones al acuerdo de inicio del presente procedimiento, solicitando su archivo (Documento núm. 6).

Sexto.- Requerimientos de información.

A la vista de las alegaciones formuladas por Moreminutes, 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 a Moreminutes sendos requerimientos de información de fechas 19 de junio y 6 de noviembre de 2013 (Documentos núm. 7 y 9).

Con fechas 9 de agosto de 2013 y 25 de noviembre de 2013, Moreminutes contestó a dichos requerimientos de información (Documentos núm. 8 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 MOREMINUTES COMMUNICATIONS, S.L. por la comisión de dos infracciones administrativas muy graves tipificadas en los artículos 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 MOREMINUTES COMMUNICATIONS, S.L. una sanción económica por importe de diez mil (10.000) euros”.*

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

Octavo.- Ampliación del plazo de resolución y notificación.

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 Moreminutes el día 28 de enero de 2014 (Documento núm. 15).

Noveno.- Escrito de alegaciones de Moreminutes a la propuesta de resolución.

Mediante escrito de fecha 27 de enero de 2014, Moreminutes formuló alegaciones a la propuesta de resolución (Documento núm. 14), 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 Moreminutes durante la instrucción del expediente (Documento núm. 16).

Undécimo.- 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 Moreminutes a dicha propuesta de resolución (Documento núm. 17).

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.- Moreminutes, 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.

De conformidad con el Registro de Operadores de redes y servicios de comunicaciones electrónicas, Moreminutes es un operador móvil virtual prestador de servicios –OMVPS-² 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 finales.

² Exp. núm. RO 2008/764.

En virtud del citado acuerdo, Moreminutes 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 su canal de venta presencial y las tramita a través de la web de portabilidad de Orange o de los “web services” del citado operador.

En el seno del periodo de información previa, se comprobó que Moreminutes no interactúa directamente con el Nodo Central de portabilidad móvil, sino que lo hace a través del *Sistema de Gestión de Portabilidad*³ de Orange –en adelante, sistema *SGP*–.

Durante la instrucción del expediente, Moreminutes afirmó que dispone de una aplicación web propia, **[INICIO CONFIDENCIAL FIN CONFIDENCIAL]** que se comunica, de forma automática, con el citado sistema *SGP* de Orange.

Asimismo, se ha podido analizar, a través de la información aportada por Moreminutes, cuál es el procedimiento interno empleado para la tramitación administrativa de las solicitudes de portabilidad cursadas como operador receptor en su canal de venta presencial (tiendas de diversa índole, locutorios, supermercados, tiendas de conveniencia, etc.), desde su recepción por parte de los abonados hasta su grabación en el Nodo Central de portabilidad móvil.

Según afirmaciones propias del operador, el procedimiento empleado es el siguiente:

- El abonado solicita la portabilidad en los puntos de venta presenciales del operador cuyo personal comercial (i) atiende tal petición, (ii) introduce en la aplicación web de Moreminutes los datos necesarios para su tramitación, entre éstos, “la fecha y la hora de su cumplimentación”, e (iii) imprime la solicitud de portabilidad que firma el abonado.
- Formalizada la solicitud de portabilidad, ésta se remite, a través de *web service* y de forma automática, al sistema *SGP* de Orange.
- Registrada la solicitud de portabilidad en el sistema *SGP* de Orange, ésta se envía al Nodo Central para su posterior grabación.

Por lo tanto, queda probado que Moreminutes es un OMVPS que participa únicamente en el proceso administrativo de portabilidad móvil, ya que la ejecución técnica de la portabilidad y el cambio de enrutamiento del tráfico durante la ventana de cambio corresponde a su operador móvil de red, Orange. Esto es, Moreminutes 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.

Segundo.- Moreminutes no ha consignado la hora en las solicitudes de portabilidad cursadas desde el día 2 de julio de 2012 hasta el día 13 de marzo de 2013.

³ El sistema *SGP* se encarga de gestionar la portabilidad tanto de Orange como de sus OMVs *Branded Resellers*.

En el acuerdo de inicio del procedimiento se señala que Moreminutes no consignó la hora de cumplimentación en ninguna de las seis -6- solicitudes de portabilidad analizadas de los días 2, 11 y 16 de julio de 2012.

En su escrito de alegaciones al acuerdo de inicio, Moreminutes reconoció este hecho y afirmó que “el día 14 de marzo de 2013 realizó un trabajo técnico consistente en solucionar este defecto formal, por lo que, desde esa fecha en adelante todas las solicitudes llevan impresa la hora de su cumplimentación por el abonado”.

Solicitada información adicional durante la instrucción del expediente, Moreminutes aportó copia de todas las solicitudes de portabilidad enviadas a Vodafone -como operador donante- los días 14 y 15 de marzo y de la semana del 24 al 28 de junio de 2013, ascendiendo el número total de solicitudes a veintiuna -21-.

Analizadas tales solicitudes de portabilidad durante la instrucción del expediente, se constató que Moreminutes consignó, en todas ellas, la fecha y hora de su cumplimentación por los abonados, así como la fecha de ventana de cambio elegida por éstos. De forma que, desde el día 14 de marzo de 2013, y sobre la base de las comprobaciones realizadas, Moreminutes está consignando correctamente la fecha y hora de cumplimentación en las solicitudes de portabilidad.

En consecuencia, de la documentación obrante en el expediente se desprende que Moreminutes no consignó la hora de cumplimentación en las solicitudes de portabilidad formalizadas por los abonados desde el día 2 de julio de 2012 hasta el día 13 de marzo de 2013.

Tercero.- Con respecto a las solicitudes analizadas de marzo y junio de 2013, Moreminutes ha grabado en el Nodo Central todas las solicitudes de portabilidad dentro del plazo del mismo medio día hábil en el Nodo Central de portabilidad móvil.

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 pudo comprobar si éstas fueron grabadas dentro del plazo del mismo medio día hábil en el Nodo Central 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 en el Nodo Central de cada MSISDN, que las solicitudes de portabilidad aportadas por Moreminutes de los días 14 y 15 de marzo de 2013 y de la semana del 24 al 28 de junio de 2013 fueron correctamente grabadas en el Nodo Central dentro del plazo del mismo medio día hábil ya que, tal y como ha quedado probado en el hecho anterior, en éstas Moreminutes consignó correctamente la hora de su cumplimentación por los abonados.

En consecuencia, a la vista de los datos anteriores, ha quedado probado que Moreminutes grabó todas las solicitudes de portabilidad analizadas de los días 14 y 15 de marzo de 2013 y de la semana del 24 al 28 de junio de 2013 dentro del plazo del mismo medio día hábil, en el Nodo Central de portabilidad móvil.

Cuarto.- La hora de grabación en el Nodo Central de las solicitudes de Moreminutes, cursadas desde el día 2 de julio de 2012 hasta el día 22 de marzo de 2013, no coincidía con la hora efectiva de cumplimentación por los abonados de dichas solicitudes.

Tal y como se ha comprobado en el seno del expediente sancionador RO 2013/335⁴ 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, Moreminutes 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 consulta en el Nodo Central 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 Moreminutes 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.- Conclusión sobre los Hechos probados.

En definitiva y, como consecuencia de lo anterior, resultan probados los siguientes hechos:

- Moreminutes 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.
- Moreminutes no consignó, desde el día 2 de julio de 2012 hasta el día 13 de marzo de 2013, la hora de cumplimentación en las solicitudes de portabilidad analizadas.
- Moreminutes grabó las solicitudes de portabilidad analizadas de marzo y junio de 2013 dentro del plazo del mismo medio día hábil desde su formalización por los abonados en el Nodo Central de portabilidad móvil.
- 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 Moreminutes 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

⁴ 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.

calculaba una hora ficticia de las solicitudes exactamente de 5 minutos antes respecto al momento de la grabación.

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 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 3/2013⁵, 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 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 mencionada anteriormente 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 operadores para la conservación de números de telefonía móvil (MSISDN) por cambio de operador así como la migración de numeración telefónica móvil e impone a los operadores receptores de la portabilidad numérica móvil, entre otras, el cumplimiento de determinadas obligaciones destacándose -a los efectos del presente procedimiento- las siguientes:

⁵ 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.

- 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 hábil⁶ en el que se formaliza la citada solicitud de portabilidad (apartado 7.2.1.2.2).

Dicha grabación debe realizarse dentro del horario permitido, esto es, días laborables 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. Ello se establece con la finalidad de garantizar la tramitación del procedimiento de portabilidad en el plazo de un día laborable.

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.

Moreminutes es un OMV prestador de servicios, 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 electrónicas⁷. 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.

De acuerdo con el Hecho Probado Primero, Moreminutes únicamente participa en el proceso administrativo de portabilidad móvil llevado a cabo con los abonados 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. Ello implica que Moreminutes no graba directamente las solicitudes de portabilidad en el Nodo Central sino que éstas se envían al Nodo Central desde el sistema SGP de Orange, para su posterior grabación.

⁶ 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*”.

⁷ 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.

Sin embargo, puesto que los abonados son clientes de Moreminutes -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.

Se analiza a continuación la tipificación de los Hechos probados Segundo y Cuarto, determinados anteriormente⁸:

1. 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 constituye 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, marca el inicio del cómputo del plazo máximo para portar dicha numeración.

La ausencia de tal información en las solicitudes de portabilidad tiene una consecuencia clara, y es la imposibilidad de hacer un seguimiento y comprobar de forma transparente si las solicitudes se graban en el medio día hábil de cumplimentación dicha solicitud, tal y como establece la Especificación técnica, extremo que es relevante para poder comprobar a su vez si las portabilidades se gestionan en los plazos y con las garantías establecidas en la Especificación técnica.

De acuerdo con el Hecho Probado Segundo, Moreminutes no consignó la hora de cumplimentación en las solicitudes de portabilidad firmadas por los abonados, durante el periodo comprendido entre el día 2 de julio de 2012 y el día 13 de marzo de 2013, incumpléndose con este hecho el apartado 8 de la Especificación técnica de portabilidad móvil.

⁸ Ha quedado acreditado en el Hecho Probado Tercero que Moreminutes grabó correctamente las solicitudes de portabilidad de los días 14 y 15 de marzo de 2013 y de la semana del 24 al 28 de junio de 2013 dentro del plazo del mismo medio día hábil en el Nodo Central de portabilidad móvil a contar desde su formalización por los abonados, de conformidad con lo previsto en la Especificación técnica de portabilidad, por lo que esta obligación no se analiza en detalle.

2. Sobre la obligación de grabar la información necesaria de las solicitudes de portabilidad cursadas en el Nodo Central.

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 el 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 era la hora consignada en las solicitudes de portabilidad cursadas por Moreminutes, debido al diseño funcional del sistema SGP de Orange, que calculaba la hora de la solicitud restando cinco minutos al momento de grabación de las solicitudes en el Nodo Central, lo que supone una irregularidad con respecto al apartado 6.3.1 de la Especificación técnica de portabilidad móvil.

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

En definitiva y como consecuencia de lo anterior, la documentación obrante en el expediente ha revelado la comisión por parte de Moreminutes de una infracción administrativa muy grave tipificada en el artículo 53.r) de la LGTel consistente en el incumplimiento de la Resolución, de 7 de julio de 2011, mediante la que se aprueba la Especificación técnica de portabilidad móvil, en concreto por no consignar la hora de cumplimentación en las solicitudes de portabilidad desde el día 2 de julio de 2012 hasta el día 13 de marzo de 2013, en virtud de lo dispuesto en el apartado 8 de la Especificación técnica de portabilidad móvil.

En su escrito de alegaciones a la propuesta de Resolución, Moreminutes reconoce la comisión de la conducta antijurídica, si bien señala que tal comisión se produjo por un error de impresión derivado de su propia aplicación web, que fue solucionado de forma inmediata, tras el inicio del presente expediente.

En este sentido, Moreminutes manifiesta que “un mero error de impresión no puede interpretarse como un incumplimiento de una resolución de la CMT y mucho menos entenderse como una infracción administrativa muy grave”. A su entender, el citado error de impresión “debería haberse tratado de otro modo, simplemente advirtiéndolo, esto es, como un mero apercibimiento y nunca tratarse como infracción alguna, y menos como muy grave”.

El único tipo infractor previsto en la LGTel cuyo bien jurídico protegido es el correcto cumplimiento de las resoluciones dictadas por esta Comisión en el ejercicio de sus funciones públicas, es el definido en el artículo 53.r) de la LGTel, que está calificado como una infracción administrativa muy grave. No existe en la vigente LGTel un tipo infractor de menor gravedad que vaya dirigido a sancionar la misma conducta antijurídica, por lo que cuando se incumplen resoluciones de la CNMC la modulación de la gravedad de la conducta se produce a través de la sanción impuesta, al tener

en consideración la conducta efectivamente llevada a cabo y las circunstancias agravantes o atenuantes concurrentes.

Por otra parte, cabe señalar que la consecuencia de la infracción (daño al mercado u otras) no es un elemento que forme parte del tipo en virtud del cual se incoa el presente procedimiento sancionador (incumplimiento de las Resoluciones de la CMT (ahora CNMC), tal como establece el artículo 53.r) de la LGTel), siendo el bien jurídico protegido la “auctoritas” de esta Comisión.

En este sentido se manifiesta el Tribunal Supremo en su sentencia de 14 de diciembre de 2007 (RJ 2008\361), en la que se señala lo siguiente:

“(...) el menoscabo de la "auctoritas" de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones se consume por el simple hecho de no ejecutar sus mandatos, sin que se requiera un dolo específico dirigido a ello, ni la existencia de efectos perjudiciales a terceros (...)”

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 jurisprudencial existente⁹, 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

⁹ Por todas, la STS de 22 de noviembre de 2004 (RJ 2005\20).

imprudencia¹⁰, 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 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 LGTel¹¹, 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 Moreminutes una conducta antijurídica consistente en 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, en concreto:

- No consignar la hora de cumplimentación en las solicitudes de portabilidad desde el día 2 de julio de 2012 hasta el día 13 de marzo de 2013, en virtud de lo dispuesto en el apartado 8 de la Especificación técnica de portabilidad móvil.

¹⁰ 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”*.

¹¹ 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”*.

Tal y como se concluyó en la propuesta de resolución, la inobservancia en el cumplimiento de la obligación es atribuible al menos a título de culpa a Moreminutes, 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.

Como se ha señalado *supra*, Moreminutes ha reconocido, en su escrito de alegaciones a la propuesta de Resolución, la comisión de la citada conducta antijurídica, si bien señala que tal comisión se produjo por un error de impresión derivado de su propia aplicación web, el cual fue solucionado de forma inmediata, tras el inicio del presente expediente.

Tradicionalmente la doctrina ha distinguido dos tipos de error: error de hecho y error de derecho. Actualmente, esta clasificación ha sido sustituida en la mayor parte de la doctrina más moderna que distingue entre error de tipo y error de prohibición. Así, el error de tipo es aquél que supone un desconocimiento de alguno de los elementos, descriptivos o normativos, de la situación descrita por la norma que tipifica la infracción. Por su parte, el error de prohibición supone que la persona infractora no sepa o pueda saber que aquella conducta está tipificada como infracción.

Esta clasificación de error de tipo y de prohibición tiene un reflejo normativo directo en el artículo 14 del Código Penal que dispone:

“1. El error invencible sobre un hecho constitutivo de la infracción penal excluye la responsabilidad criminal. Si el error, atendidas las circunstancias del hecho y las personales del autor, fuera vencible, la infracción será castigada, en su caso, como imprudente.

2. El error sobre un hecho que cualifique la infracción o sobre una circunstancia agravante, impedirá su apreciación.

3. El error invencible sobre la ilicitud del hecho constitutivo de la infracción penal excluye la responsabilidad criminal. Si el error fuera vencible, se aplicará la pena inferior en uno o dos grados”.

Tal precepto es una manifestación del principio de culpabilidad y, con la necesaria adecuación, es trasladable al ámbito del derecho administrativo sancionador. Por un lado, si el error es invencible, no existe culpabilidad, y por el otro, si la actuación se produce bajo un error vencible supone siempre un cierto grado de negligencia, en el sentido de no haber advertido el error.

En el caso que nos ocupa, aun cuando las características de la aplicación web de Moreminutes hubieran propiciado el error de impresión, se entiende que tal error hubiera podido ser fácilmente advertido, aplicando la suficiente diligencia.

De forma adicional, cabe señalar que el supuesto error de impresión aducido por Moreminutes se ha producido durante un período de tiempo muy prolongado, por lo que no puede sostenerse el supuesto carácter puntual de dicho error. En efecto, de acuerdo con el Hecho Probado Segundo, el supuesto error de impresión se mantuvo

al menos durante nueve meses, concretamente, desde el día 2 de julio de 2012 hasta el día 13 de marzo de 2013, lo que parece un plazo de tiempo suficientemente largo como para no haber procedido a subsanar dicho error.

En suma, nos encontramos ante una conducta que evidencia un descuido o inadvertencia claramente negligente, al no haberse desplegado la diligencia necesaria en la comprobación de la impresión de las solicitudes de portabilidad que hubiera podido detectar y corregir el error de impresión.

- No consignación de la hora de las solicitudes en el Nodo Central.

Por otra parte, se ha comprobado la existencia de una irregularidad en los procesos de grabación de las solicitudes de portabilidad desde el día 2 de julio de 2012 hasta el día 25 de marzo de 2013, 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 (véase Fundamento anterior).

De acuerdo con el Hecho Probado Primero, Moreminutes, como OMV prestador de servicios, 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 Tribunal Constitucional¹², 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, de la documentación obrante en el expediente, los hechos probados y las manifestaciones realizadas por Moreminutes que constan en la presente resolución, únicamente concurre el requisito de culpabilidad en la comisión de la conducta antijurídica consistente en la no consignación de la hora en las solicitudes de portabilidad, al quedar probado que la ha realizado sin la debida diligencia exigida para evitar el resultado antijurídico producido.

Esta 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.

¹² 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).

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 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:

- Desde el día 14 de marzo de 2013 Moreminutes está consignando en las solicitudes de portabilidad analizadas correctamente la fecha y hora de su formalización por parte de los abonados. Nada más advertir la existencia de la conducta antijurídica, Moreminutes actuó como un operador diligente y corrigió –a futuro- dicha conducta antijurídica.

El artículo 21.5ª del Código Penal señala como circunstancia atenuante de la responsabilidad criminal, “[l]a de haber procedido el culpable a reparar el daño ocasionado a la víctima, o disminuir sus efectos, en cualquier momento del procedimiento y con anterioridad a la celebración del acto del juicio oral”, siendo de aplicación los principios inspiradores y conceptos del Derecho penal al Derecho Administrativo sancionador, como ha afirmado en varias ocasiones la jurisprudencia (SSTS de 9 de junio de 1986 –RJ 1986\6612-, de 30 de mayo de 1989 –RJ 1989\4107-, de 13 de octubre de 2004 –RJ 1986\6612- y STC núm. 18/1981, de 8 de junio).

- 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 Moreminutes 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 sus alegaciones a la propuesta de Resolución, Moreminutes pone de manifiesto la inexistencia de daños para el mercado, lo que, en su opinión, debería dar lugar a la minoración de la sanción que pudiera imponerse por parte de esta Comisión.

Esta circunstancia es efectivamente relevante y ya se tomó en consideración en la propuesta de resolución. En particular, no se ha detectado que la no consignación de la hora haya supuesto un retraso en las portabilidades analizadas de julio de 2012 puesto que éstas fueron grabadas en el Nodo Central el mismo día hábil en que fueron firmadas las solicitudes –esto es, si hubiera habido retrasos, habrían sido como mucho de medio día hábil-.

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 Moreminutes.

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 CMT en su práctica administrativa¹³, 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

¹³ 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.

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 2010¹⁴ 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 infracción¹⁵. En efecto, la infracción nace del incumplimiento, por parte de Moreminutes, de una obligación establecida en la Especificación técnica de portabilidad móvil. Por tanto, se estima que la rama de actividad afectada se conforma por los ingresos que ascienden a **[INICIO CONFIDENCIAL ... FIN CONFIDENCIAL]** de euros¹⁶.

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 calcular los 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 Moreminutes.

¹⁴ 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.

¹⁵ 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).

¹⁶ Información aportada por el operador para la elaboración del Informe Anual.

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.
- 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 Moreminutes no ha tenido una repercusión directa en el mercado al tratarse de un volumen de portabilidades menor y no haberse detectado que la no consignación de la hora en las solicitudes haya supuesto un retraso en su tramitación, puesto que éstas fueron grabadas en el Nodo Central el mismo día hábil en que fueron firmadas.

Asimismo, se ha de tener en cuenta la diligencia que ha tenido Moreminutes a la hora de modificar sus sistemas internos para reflejar correctamente la hora de cumplimentación de las solicitudes de portabilidades formalizadas por los abonados.

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 Moreminutes una sanción de cuatro mil (4.000) euros por el incumplimiento de la Especificación técnica de portabilidad móvil, por la no consignación de la hora de cumplimentación en las solicitudes de portabilidad.

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 a MOREMINUTES COMMUNICATIONS, S.L. 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 MOREMINUTES COMMUNICATIONS, S.L. una sanción económica por importe de cuatro mil (4.000) 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.