

**Resolución por la que se archiva el expediente sancionador incoado a France Telecom España, S.A. por el presunto incumplimiento de la Resolución de 29 de julio de 2009, debido al uso indebido de las causas de denegación de la portabilidad.
(SNC/D TSA/1926/13/INCUMPLIMIENTO RESOLUCIÓN ORANGE CTTI)**

SALA DE SUPERVISIÓN REGULATORIA DE LA CNMC

Presidenta

D^a. María Fernández Pérez

Consejeros

D. Eduardo García Matilla.

D. Josep María Guinart Solá.

D^a Clotilde de la Higuera González.

D. Diego Rodríguez Rodríguez.

Secretario de la Sala

D. Miguel Sánchez Blanco, Vicesecretario del Consejo

En Madrid, a 17 de julio de 2014

Visto el expediente relativo al archivo del expediente sancionador incoado a France Telecom España, S.A., la **SALA DE SUPERVISIÓN REGULATORIA** acuerda lo siguiente:

I ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Resolución de 19 de septiembre de 2013, por la que se acuerda la apertura del presente procedimiento sancionador.

El 19 de septiembre de 2013 la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones¹ (en adelante, CMT) aprobó la Resolución sobre el conflicto de portabilidad presentado por Telefónica de España, S.A. sociedad unipersonal (en adelante, Telefónica) frente a France Telecom España, S.A. sociedad unipersonal -actualmente Orange Espagne, S.A. sociedad unipersonal² (en adelante, Orange), por la denegación de las solicitudes de portabilidad de la numeración del Centre de Telecomunicacions i Technologies de la

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

² Desde el 1 de febrero de 2014, France Telecom España, S.A.U ha pasado a denominarse Orange Espagne, S.A. sociedad unipersonal. Dicho cambio de denominación fue notificado formalmente a esta Comisión el 7 de abril de 2014.

Informació de la Generalitat de Catalunya (en adelante, CTTI), mediante el uso indebido de la especificación técnica de portabilidad fija³(RO 2013/569) (Documento nº 30).

En dicha resolución se acordó lo siguiente:

FIRST.- *France Telecom España, S.A.U. deberá tramitar todas las solicitudes de portabilidad que le curse Telefónica de España, S.A.U. de líneas fijas que sean titularidad del Centre de Telecomunicacions i Tecnologies de la Informació de la Generalitat de Catalunya, a partir del día siguiente en el que le sea notificada la presente resolución, siguiendo lo establecido en la especificación técnica de portabilidad fija vigente.*

Para ello, el día siguiente en el que le sea notificada la presente resolución France Telecom España, S.A.U. deberá traspasar a Telefónica de España, S.A.U. toda la información que sea necesaria sobre las líneas telefónicas del Centre de Telecomunicacions i Tecnologies que deban ser portadas o sobre sus accesos.

SECOND.- *En caso de que France Telecom España, S.A.U. disponga aún de la titularidad de líneas minoristas que sean usadas en la práctica por el Centre de Telecomunicacions i Tecnologies de la Informació de la Generalitat de Catalunya como usuario final, France Telecom España, S.A.U. deberá solicitar a Telefónica de España, S.A.U. el cambio de titularidad a favor de esta empresa pública el día siguiente a la notificación de esta resolución.*

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

(...)"

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

SEGUNDO.- Escrito de alegaciones de Orange al inicio del procedimiento

El 30 de octubre de 2013 Orange presentó su escrito de alegaciones al inicio del procedimiento sancionador. En dicho escrito Orange comunicó que la entidad que llevó a cabo los rechazos de las portabilidades solicitadas por Telefónica sobre numeración del CTTI no fue Orange sino Orange Catalunya Xarxes de Telecomunicacions, S.A. (en adelante, OCAT), operadora perteneciente al grupo empresarial de Orange, que mantiene unos procesos de portabilidad totalmente separados, con identificaciones

³ Resolución, de 29 de julio de 2009, sobre la modificación de la especificación técnica de los procedimientos administrativos para la conservación de numeración fija en caso de cambio de operador.

distintas a efectos de la Entidad de Referencia. En concreto, OCAT utiliza el código 039 mientras que Orange utiliza el 03.

Por ello, Orange solicita *“que se proceda al archivo del expediente por error en la identificación de la entidad que realmente llevó a cabo las actuaciones denunciadas por Telefónica dentro del expediente RO 2013/569”*.

No obstante lo anterior, Orange realizó alegaciones, en su opinión a *“efectos informativos”*, aportando detalles sobre las actuaciones seguidas por el CTTI y OCAT para la devolución de los servicios, incluida la portabilidad de las líneas fijas del CTTI, y justificando el uso por parte de OCAT de la causa de rechazo de la portabilidad por motivos de fuerza mayor. Orange señala todo ello *“sin perjuicio de la información que pueda requerírsele a OCAT”* (Documento nº 35).

TERCERO.- Requerimientos de información

Con fechas 11 de noviembre y 5 de diciembre de 2013 y 25 de febrero de 2014 la instructora del expediente realizó diversos requerimientos de información a Orange, OCAT, el CTTI, Telefónica y la AOP (Asociación de Operadores para la Portabilidad), con la finalidad de conocer los hechos susceptibles de infracción y determinar, en su caso, las presuntas responsabilidades objeto de sanción (Documentos nº 36, 37, 38, 43, 44 y 52).

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

CUARTO.- Declaraciones de confidencialidad

Mediante escritos de fechas 15 de diciembre de 2013 y 23 de enero, 28 de febrero y 25 de marzo de 2014 la instructora del expediente declaró la confidencialidad de determinada información aportada por Orange, Telefónica, el CTTI y la AOP en sus escritos de fecha 30 de octubre y 19 de diciembre de 2013, 10 de enero y 7 de marzo de 2014, respectivamente (Documentos nº 40, 50, 53 y 57).

QUINTO.- Escrito de alegaciones adicionales de Orange

El 7 de abril de 2014 tuvo entrada en el Registro de esta Comisión un nuevo escrito de Orange, en el que adjunta la copia de una carta que le envió el CTTI, el 3 de abril de 2014, en contestación de un previo escrito enviado por Orange al CTTI, el 19 de marzo de 2014. En esta carta, el CTTI muestra su conformidad con ciertas manifestaciones de Orange y con que éstas se aporten en el presente expediente. (Documentos nº 58 y 58.1).

Las citadas manifestaciones de Orange son una reiteración de las ya aportadas en el presente procedimiento en relación con: (i) la participación de OCAT en el rechazo de las solicitudes de portabilidad, (ii) la falta de un plan de migración acordado por las partes, y (iii) que *“no había certeza del mantenimiento de la continuidad del servicio de comunicaciones”*, si las solicitudes de portabilidad hubieran progresado sin existir un

plan de migración en marcha, a pesar de no aportar prueba alguna que acredite este último punto.

SEXTO.- Propuesta de resolución

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

*“**ÚNICO.-** Archivar el expediente sancionador incoado contra Orange Espagne, S.A., sociedad unipersonal, por la presunta comisión de una infracción 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 29 de julio de 2009, sobre la modificación de la Especificación técnica de los procedimientos administrativos para la conservación de numeración fija en caso de cambio de operador”.*

SÉPTIMO.- Escrito de alegaciones de Orange a la propuesta de resolución

Mediante escrito de fecha 4 de julio de 2014 Orange presentó sus alegaciones a la propuesta de resolución formulada por la instructora del presente procedimiento. En dicho escrito Orange apoya la propuesta de resolución de archivo del procedimiento sancionador incoado contra ella, aunque dedica la mayor parte de su escrito a reiterar alegaciones ya presentadas en defensa de OCAT, al objeto de justificar la falta de culpabilidad de esta operadora en la denegación de las solicitudes de portabilidad del CTTI (Documento nº 60).

OCTAVO.- Inicio de la fase de decisión

Con fecha 17 de julio 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.

HECHO PROBADO

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

ÚNICO.- Las solicitudes de portabilidad correspondientes a trescientas ochenta y seis (386) numeraciones de titularidad del CTTI fueron rechazadas sucesivamente por OCAT, durante los meses de febrero a julio de 2013, ambos incluidos, mediante la utilización injustificada de diversas causas de denegación establecidas en la especificación técnica de portabilidad fija.

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

El 1 de octubre de 2006, Al-PI Telecomunicacions⁴ (marca comercial de la actual OCAT⁵) suscribió con el CTTI el Contrato de Servicios Corporativos de Voz y Datos, como adjudicataria de la prestación de los servicios de telefonía fija, videoconferencia y red inteligente. Tras una prórroga adicional de dos años, este contrato tenía acordada como fecha de vencimiento el 30 de septiembre de 2012, sin perjuicio del proceso de devolución de todos los servicios para su prestación por parte del nuevo adjudicatario (Documento nº 12.1). Esta última fase del contrato, destinada a la devolución de los servicios, debía durar un máximo de un (1) año, esto es, con finalización el 30 de septiembre de 2013, de conformidad con lo estipulado en el citado contrato (Documento nº 5.2).

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

En este proceso de licitación la UTE formada entre Orange y OCAT (en adelante, UTE de Orange) presentó asimismo una oferta. Al no estar de acuerdo con el informe y las valoraciones efectuadas por la Mesa Especial de Diálogo Competitivo⁷, la UTE de Orange interpuso un recurso contra la citada resolución provisional de adjudicación ante el Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de Cataluña (en adelante, OARCC). La interposición de este recurso supuso la suspensión automática de la ejecución de la citada resolución, de acuerdo con lo establecido en la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de contratos del sector público. (Documento nº 12.2)

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

Como consecuencia de la eficacia y ejecutividad de la resolución de adjudicación del contrato adoptada por el CTTI, esta entidad pública y la UTE de Telefónica, el 1 de octubre de 2012, formalizaron el contrato de servicios (Documento nº 12.4).

Debido al próximo vencimiento del contrato que el CTTI mantenía con OCAT y que había que comenzar con la devolución de los servicios con la finalidad de que pasaran a ser prestados por la nueva adjudicataria (UTE de Telefónica), el 16 de octubre de 2012, el CTTI y OCAT se reunieron para iniciar el precitado plan de devolución. No obstante,

⁴ Orange Catalunya Xarxes de Telecomunicacions, S.A. (OCAT), que opera con la marca comercial Al-PI Telecomunicacions, a finales de 2007, fue comprada en su totalidad (100%) por el grupo France Telecom, pasando a ser el operador global para empresas de Catalunya del grupo France Telecom <http://www2.al-pi.com/ca/al-pi/companyia.html>.

⁵ De acuerdo con los datos consultados en el Registro Mercantil Central, en octubre de 2011 Orange registró su condición de socio único de OCAT (Documento nº 53).

⁶ UTE: Unión Temporal de Empresas.

⁷ Órgano de asistencia del órgano de contratación.

OCAT no quiso firmar el acta levantada tras la reunión por considerar que hasta que no se resolviera el recurso interpuesto por la UTE de Orange ante el OARCC no procedía iniciar el proceso de devolución de los servicios.

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

Por otra parte, con fecha 4 de noviembre de 2012, el OARCC aprobó una resolución estimando parcialmente el recurso interpuesto por la UTE de Orange, con respecto a la valoración de las mejoras presentadas por esta operadora en relación con el Acuerdo de Nivel de Servicios (ANS) aplicable a los servicios objeto de la nueva licitación (Documento nº 12.5).

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

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

Como consecuencia de la conducta adoptada por la UTE de Orange y que el CTTI consideraba que su resolución de adjudicación era plenamente eficaz y ejecutiva, con independencia de la medida cautelar de suspensión solicitada por dicha UTE ante el TSJC, el CTTI acordó con Telefónica, el 5 de diciembre de 2012, la elaboración de un Plan de Contingencia que se aprobó con fecha 24 de diciembre de 2012. Según Telefónica alegó en el seno del expediente RO 2013/569⁸, este plan estaba “(...) basado en realizar la interconexión mediante la red pública, la realización de peticiones de cambio de titularidad para asumir los servicios de dichas líneas, y diversos planes para afrontar el cambio de numeración” (subrayado nuestro) (Documento nº 11).

⁸ Conflicto de portabilidad presentado por Telefónica frente a Orange por la denegación de las solicitudes de portabilidad de la numeración del Centre de Telecomunicacions i Tecnologies de la Informació de la Generalitat de Catalunya (en adelante, CTTI), mediante el uso indebido de la especificación técnica de portabilidad fija.

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

En virtud de la instrucción llevada a cabo en el presente expediente, debido a la interposición de los precitados recursos por parte de la UTE de Orange ante el TSJC, OCAT, en cuanto entidad integrante de la citada UTE, se negó reiteradamente a reunirse con el CTTI y la UTE de Telefónica, por no reconocer a esta última como adjudicataria del contrato de servicios a prestar al CTTI, tal y como se desprende de varios correos electrónicos intercambiados entre noviembre de 2012 y febrero de 2013 (Documento nº 11.1).

Por ello, el 12 de febrero de 2013, el CTTI solicitó a Telefónica que cursase la portabilidad de cincuenta (50) líneas telefónicas con conservación de la numeración. Dicha solicitud de portabilidad, firmada por una persona del CTTI que intervino en la reunión de 16 de octubre de 2012, ha sido aportada por Telefónica para acreditar este hecho en el marco del presente procedimiento sancionador (Documento nº 45.1).

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

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

Adicionalmente, a través de otro informe de la AOP, requerido durante la instrucción de este procedimiento, se ha podido demostrar que los procesos de portabilidad de un total de trescientas sesenta y ocho (368) numeraciones de titularidad del CTTI que cursó Telefónica, entre las que se encuentran las citadas cincuenta (50) numeraciones anteriores, no lograron cursarse correctamente debido a que OCAT decidió denegarlos sucesivamente, desde febrero hasta julio de 2013, en una media de más cinco (5) veces por cada numeración, alegando las causas mencionadas anteriormente.

Por último, esta información se ha podido corroborar a través de otros informes de la AOP elaborados por el Nodo Central que han sido aportados tanto por Telefónica, en el seno del expediente RO 2013/569, como por Orange, en su escrito de alegaciones al inicio del presente procedimiento, sobre los procesos de portabilidad de sesenta y nueve (69) y cuatro (4) numeraciones del CTTI, respectivamente. De dichos informes se desprende que los citados procesos fueron reiteradamente denegados por OCAT a través de la causa de “ *fuerza mayor* ”. Además, del citado informe de la AOP presentado por Orange se puede observar que el motivo alegado por OCAT para denegar las portabilidades cursadas por Telefónica sobre numeración del CTTI era “***Pdte TSJC***”

resuelva petición suspensión cautelar adjudicación servicio” (Documentos nº 9.1 y 35.1).

A este respecto, el 21 de febrero de 2013, el TSJC se declaró incompetente para conocer del recurso interpuesto contra la resolución de confirmación de la adjudicación del contrato de servicios objeto de controversia. El 7 de junio de 2013, el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº12 de Barcelona se hizo cargo del recurso interpuesto por la UTE de Orange contra la citada resolución, así como de la solicitud de medida cautelar de suspensión de su ejecución. Mediante auto, de 5 de julio de 2013, dicho Juzgado acordó no adoptar la medida cautelar solicitada por la UTE de Orange, sobre la suspensión de la ejecutividad de la Resolución de 3 de diciembre de 2012, de ratificación de la adjudicación del contrato CCP/CTTI/2011/4C2 a Telefónica (Documentos nº 13 y 15.1).

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

Puesto que no prosperó el motivo alegado por la UTE de Orange para evitar que se iniciase la devolución de los servicios, en virtud del cual OCAT estaba denegando las portabilidades de la numeración del CTTI a favor de Telefónica, el 23 de julio de 2013, tras el auto del Juzgado de Barcelona, OCAT accedió finalmente a reunirse con el CTTI y, tres días después (25 de julio de 2013), junto con Telefónica y la citada entidad pública - ambas reuniones celebradas en las dependencias del CTTI-, con el fin de que se llevara a cabo el proceso de devolución de los servicios. Este hecho fue acreditado por la propia Orange en el expediente RO 2013/569, al aportar copia de las actas levantadas en dichas reuniones (Documento nº 27.1).

Del acta levantada el 25 de julio de 2013 se desprende que el personal de OCAT manifestó su intención de colaborar al 100% en la migración y estar totalmente alineado con el CTTI y Telefónica para cumplir los términos que se acordasen⁹. Asimismo, **OCAT indicaba que, para ella, “el inicio de la migración del servicio comenzaba en ese momento, ya que hasta el momento había un marco jurídico que le impedía actuar”¹⁰**. En otra reunión mantenida el 31 de julio de 2013, OCAT volvió a insistir en que **“no era posible entregar a Telefónica el plan de devolución de los servicios prestados hasta el momento por Orange debido a que había un recurso jurídico en**

⁹ “Orange indica que la seva intenció es **col·laborar al 100%** en la migració totalment alienats amb el CTTI i amb Telefónica per aconseguir els terminis que s’acordin”

¹⁰ **“Per a Orange l’inici de la migració del servei comença avui (fins al moment hi havia un marc jurídic que impedía a Orange actuar) (...)”**

curso¹¹, aunque mostró su predisposición a trabajar para acordar un plan de devolución de conformidad con los requerimientos del CTTI (Documento nº 27.1).

En relación con este aspecto, el CTTI recordó a OCAT, en la reunión de 25 de julio de 2013, que la activación del plan de devolución del servicio se le pidió en octubre de 2012. Asimismo, el CTTI indicó que había urgencias que se habrían de gestionar al margen de lo dispuesto en el plan global y, sobre todo, durante la ejecución del referido plan. Es más, se acordó que el CTTI indicaría cuales serían dichas urgencias y que, tanto OCAT como Telefónica, llevarían a cabo las actuaciones correspondientes para ejecutarlas, como por ejemplo, las portabilidades¹² (subrayado nuestro).

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

Además, en este sentido y según acreditó Telefónica mediante pantallazos obtenidos del Nodo Central sobre la tramitación de los procesos de portabilidad, OCAT siguió, hasta el mismo día de la reunión (25 de julio de 2013), denegando las solicitudes de portabilidad relativas a seis (6) numeraciones del CTTI. El motivo utilizado en estos casos para denegar la portabilidad de las líneas del CTTI era "**Pendiente comunicación CTTI del plan de devolución**", a pesar de que el CTTI ya propuso a OCAT, en octubre de 2012, iniciar dicho plan y que ese mismo día la propia OCAT manifestó, en la reunión mantenida con el CTTI y Telefónica, que a partir de dicha reunión consideraba comenzada la migración (devolución) de los servicios (Documento nº 45.1).

Finalmente, a este respecto, es de interés mencionar que OCAT, en su escrito de contestación al requerimiento formulado por la instructora¹³, el 23 de diciembre de 2013, admite que *“tomó por sí misma y con total independencia la decisión de denegar las portabilidades a Telefónica (...)”* (Documento nº 47).

• Conclusión

Durante la instrucción de este procedimiento se ha podido acreditar que OCAT, como operador asignatario de la numeración de titularidad del CTTI, denegó los procesos de portabilidad tramitados por Telefónica sobre las citadas numeraciones del CTTI,

¹¹ *“Orange considera que és possible lliurar a Telefónica el Pla de Devolució de l’oferta d’Orange (...) en quan hi ha un recurs a nivell jurídic en curs”.*

¹² *“CTTI recorda que va demanar l’activació del pla de devolució a Orange a l’octubre de 2012”.*

“CTTI indica que, malgrat la planificació que es pugui consensuar, hi ha urgències que s’ha de poder gestionar al marge de disposar d’un pla global i, fins i tot, durant l’execució de l’esmentat pla. S’acorda que CTTI indicarà quines són aquestes urgències i que, tant Orange com Telefónica, duren a terme les actuacions corresponents per a executar-les (per exemple, portabilitats)”.

¹³ Este requerimiento se realizó para conocer la relación societaria existente entre esta operadora y Orange, en cuanto socio único de OCAT, así como averiguar si OCAT conoció de la interposición y tramitación del expediente RO 2013/5969, a la vista de las revelaciones realizadas por Orange, en su escrito de alegaciones al inicio del procedimiento, sobre la autoría de la infracción que se le imputó en el acuerdo de inicio del presente expediente.

mediante el uso injustificado de diferentes causas de denegación reguladas en la Especificación técnica, principalmente, la de “fuerza mayor”, impidiendo con ello la portabilidad de la numeración del CTTI y el traspaso a Telefónica del contrato de prestación de los servicios, que OCAT venía prestando a esta entidad pública.

Asimismo, se ha demostrado que esta conducta vino motivada por la disconformidad manifestada por la UTE de Orange, de la que forma parte OCAT, con la Resolución de adjudicación de los servicios licitados por el CTTI a favor de Telefónica y la pendencia del recurso contencioso-administrativo interpuesto por dicha UTE contra la citada resolución.

A los anteriores Antecedentes y Hecho Probado les son de aplicación los siguientes

III FUNDAMENTOS JURÍDICOS PROCEDIMENTALES

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

Las competencias de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (en adelante, CNMC) para intervenir resultan de lo dispuesto en la normativa sectorial. Tal y como señala el artículo 6.5 de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (en adelante, Ley 3/2013), corresponde a la CNMC “realizar las funciones atribuidas por la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, y su normativa de desarrollo”.

El 11 de mayo de 2014 entró en vigor la Ley 9/2014 General de Telecomunicaciones (publicada en el Boletín Oficial del Estado el 10 de mayo de 2014) (en adelante, LGTel de 2014) que ha derogado, entre otras normas, la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones. No obstante, siguiendo lo dispuesto en el artículo 128 de la LRJPAC, “Serán de aplicación las disposiciones sancionadoras vigentes en el momento de producirse los hechos que constituyan infracción administrativa. Las disposiciones sancionadoras producirán efecto retroactivo en cuanto favorezcan al presunto infractor”.

En virtud de lo anterior, en el presente procedimiento seguirá siendo de aplicación lo dispuesto en la Ley 32/2003, salvo en aquellos aspectos en los que la LGTel de 2014 sea más beneficiosa para el presunto infractor.

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

El Reglamento sobre mercados de comunicaciones electrónicas, acceso a las redes y numeración, aprobado por el Real Decreto 2296/2004, de 10 de diciembre¹⁴, establece en su artículo 43.1 que:

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

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

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

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

En uso de la habilitación competencial precitada, con fecha de 29 de julio de 2009 se acordó la Resolución por la que se aprobó la especificación técnica para la portabilidad fija¹⁵ en la cual se recogen, entre otros aspectos relacionados con los procesos de la portabilidad, las causas de denegación de la portabilidad que los operadores pueden utilizar en caso de que éstas acontezcan.

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

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

¹⁴ La Disposición Transitoria Primera de la vigente LGTel establece que “Las normas reglamentarias en materia de telecomunicaciones vigentes con anterioridad a la entrada en vigor de la presente Ley o dictadas en desarrollo de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones continuarán vigentes en lo que no se opongan a esta Ley, hasta que se apruebe su normativa de desarrollo”.

¹⁵ El 26 de abril de 2012 la CMT adoptó la Resolución por la que se aprobó la modificación de la especificación técnica de portabilidad fija de 29 de julio de 2009.

El tipo infractor analizado en el presente procedimiento sancionador, en concreto el artículo 53.r) de la LGTel de 2003, se mantiene redactado en términos similares en el artículo 76.12 de la LGTel de 2014, salvo porque el artículo 76.12 requiere que el incumplimiento sea de resoluciones “firmes en vía administrativa”, motivo por el cual el inicio del cómputo del periodo de la infracción puede producirse con posterioridad, y ello es más beneficioso para el posible infractor.

No obstante, esta diferencia no tiene incidencia alguna en el presente expediente sancionador, en tanto que el inicio de la conducta analizada en el Hecho Probado es posterior al momento en que adquirió firmeza la Resolución supuestamente infringida. Por ello, procederá tener en cuenta la LGTel de 2003.

En aplicación de los preceptos citados, la CNMC tiene competencia para conocer sobre la conducta mencionada en los Antecedentes de hecho y el Hecho probado y resolver sobre el incumplimiento de la Resolución de 29 de julio de 2009 arriba mencionada, de conformidad con el artículo 53.r) de la LGTel de 2003 (y del artículo 76.12 de la LGTel de 2014), que tipifica como infracción muy grave el incumplimiento de las resoluciones adoptadas por la Comisión en el ejercicio de sus funciones.

Asimismo, teniendo en cuenta lo dispuesto en el artículo 20.2 del Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto, por el que se aprueba el Reglamento del Procedimiento para el ejercicio de la Potestad Sancionadora, la CNMC decidirá motivadamente sobre las cuestiones planteadas por los interesados y aquellas otras que se deriven del propio procedimiento.

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 CMT.

En virtud de lo anterior, de conformidad con la habilitación competencial anterior y de lo dispuesto en la Disposición Transitoria Quinta, apartado 1, de la Ley 3/2013¹⁶, una vez constituida la CNMC y atendiendo a lo previsto en los artículos 20.2 y 21.2 de la citada Ley y en el artículo 14.1.b) del Estatuto Orgánico, aprobado por el Real Decreto 657/2013, de 30 de agosto, el órgano competente para resolver el presente procedimiento es la Sala de Supervisión regulatoria de la CNMC.

El procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora se rige por lo establecido en la Ley 3/2013 y en la LGTel, así como, en lo no previsto en las normas anteriores, por la LRJPAC. Por otra parte, según el apartado 2 del artículo 29 de la Ley 3/2013, “[p]ara el ejercicio de la potestad sancionadora, se garantizará la debida separación funcional entre la fase instructora, que corresponderá al personal de la dirección correspondiente en virtud de la materia, y la resolutoria, que corresponderá al Consejo”.

¹⁶ 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.

IV FUNDAMENTOS JURÍDICOS MATERIALES

PRIMERO.- Tipificación del Hecho Probado

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

En particular, tal y como consta en el Fundamento de Derecho Sexto del acuerdo de inicio del presente procedimiento sancionador, el expediente se incoó contra Orange debido a que existían *“suficientes elementos de juicio que permiten deducir que Orange podría estar realizando actividades e incurriendo en omisiones tipificadas en el apartado (r)¹⁷ del artículo 53 de la LGTel, susceptible de motivar la incoación de un procedimiento sancionador, en los términos establecidos por el artículo 12.1 del Reglamento del procedimiento para el ejercicio de la Potestad Sancionadora, aprobado por Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto (en adelante, Reglamento del Procedimiento Sancionador).*

Por tanto, procede iniciar contra Orange un procedimiento sancionador por el presunto incumplimiento de la Resolución del Consejo de esta Comisión, 29 de julio de 2009, sobre la modificación de la especificación técnica de los procedimientos administrativos para la conservación de numeración fija en caso de cambio de operador, como consecuencia de haber utilizado irregularmente una causa de denegación para impedir la tramitación de las portabilidades cursadas por Telefónica sobre líneas del CTTI”.

Las resoluciones, tanto las dictadas en su momento por la CMT como ahora por la CNMC, no constituyen meras declaraciones sin fuerza vinculante, sino verdaderos mandatos. Así sucede en el presente caso puesto que la Especificación técnica, aprobada por la Resolución de 29 de julio de 2009, regula, entre otras cuestiones, de forma taxativa las causas de denegación de las solicitudes de portabilidad que los operadores donantes pueden utilizar, claro está, siempre que dichas causas concurren.

Dichas causas están regladas con la finalidad de dotar de garantía y seguridad jurídica a los procesos de portabilidad iniciados por los usuarios ante un cambio de operador de sus servicios.

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

(...)

¹⁷*“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.”*

□ **Denegación por el operador donante:**

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

De acuerdo con lo analizado durante la instrucción de este expediente, se ha podido acreditar que las solicitudes de portabilidad que cursó Telefónica sobre numeraciones del CTTI fueron denegadas sucesivamente, hasta cinco (5) veces de media, utilizando irregularmente, con carácter general, la causa de fuerza mayor, para de este modo evitar la devolución de estos servicios que venía prestando OCAT al CTTI desde el año 2006.

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

Sin embargo, los particulares motivos utilizados por OCAT para justificar el uso de la citada causa de denegación fueron “*Pdte TSJC resuelva petición suspensión cautelar adjudicación servicio*” o “*Pendiente comunicación CTTI del plan de devolución*”, que nada tenían que ver con las citadas situaciones imprevistas o ajenas a los operadores descritas en el párrafo anterior, que gozan del carácter de fuerza mayor, sino con el momento procesal de los recursos que OCAT, como parte integrante de la UTE de Orange, tenía interpuestos contra la resolución del CTTI de adjudicación a Telefónica de la prestación de los servicios de voz y videoconferencia.

Asimismo, se ha comprobado que, a partir de julio de 2013, OCAT comenzó también a utilizar irregularmente otra causa de denegación de las solicitudes de portabilidad, como es “*Otras causas acordadas por operadores*”, para impedir el cambio de operador de las numeraciones del CTTI. Pues bien, de conformidad con lo establecido en el Hecho Probado Único, no existe un listado de causas específicas acordadas entre los operadores que motive la denegación de la portabilidad, de conformidad con la información proporcionada por la AOP a esta Comisión.

En consecuencia, de conformidad con las conclusiones alcanzadas en la propuesta de resolución de la instructora, existen elementos de juicio suficientes que permiten

determinar que OCAT desarrolló una conducta irregular a lo largo de más de seis meses (desde febrero hasta julio de 2013), que pudiera suponer el posible incumplimiento de la Resolución de 29 de julio de 2009, y por tanto, presuntamente incurrir en la comisión de una infracción muy grave tipificada en el artículo 53.r) de la LGTel de 2003.

Por ello, la Sala de Supervisión Regulatoria de la CNMC incoará el correspondiente expediente sancionador contra OCAT, en virtud de los resultados obtenidos durante la instrucción del presente procedimiento.

SEGUNDO.- Culpabilidad en la comisión de la infracción

De conformidad con la jurisprudencia recaída en materia de Derecho Administrativo Sancionador¹⁸, actualmente no se reconoce la responsabilidad objetiva en la comisión de una infracción, sino que se exige el elemento de la culpabilidad, lo que supone que la conducta antijurídica sea imputable a un sujeto pasivo responsable de dicha conducta (esto es, que exista un nexo psicológico entre el hecho y el sujeto).

Así se interpreta la expresión recogida por el legislador español cuando, al regular la potestad sancionadora de la Administración en el artículo 130.1 de la LRJPAC, establece que *“sólo podrán ser sancionados por hechos constitutivos de infracción administrativa las personas físicas y jurídicas que resulten responsables de los mismos aun a título de simple inobservancia.”*

Como se desprende del precepto anterior y se ha afirmado asimismo en reiteradas ocasiones, en el Derecho Administrativo Sancionador no se exige dolo o intención maliciosa para responder de la comisión de una infracción, sino que basta la culpa o imprudencia¹⁹. En consecuencia, con carácter general, cabe atribuir responsabilidad a título de simple negligencia, entendida como la falta de diligencia debida para evitar un resultado antijurídico, previsible y evitable.

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

¹⁸ Por todas, la STS de 22 de noviembre de 2004 (RJ 2005\20).

¹⁹ Por todas, la STS de 3 de marzo de 2003 (RJ 2003\2621), indica que *“en Derecho Administrativo Sancionador [...] por regla basta la imprudencia para que se entienda cometida la infracción y, salvo advertencia legal expresa en contrario, no es exigible el dolo que de otra suerte, caso de haberse dado, únicamente opera como elemento de graduación (agravante) de la sanción. Así se establece con carácter general en el artículo 131.3.a) LRJPAC – con el rótulo de intencionalidad – sin perjuicio de que en muchas leyes sectoriales se haga esta prevención con mayor o menor precisión”*.

En la normativa sectorial de comunicaciones electrónicas se pueden 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 los artículos 76.6 y 77.32 de la LGTel de 2014, donde el ilícito debe cometerse de forma deliberada, y otros como el artículo 76.12 de la misma norma (y el artículo 53.r) de la LGTel de 2003, cuyo incumplimiento se sanciona en el presente procedimiento), en el que no se exige la concurrencia de dolo, siendo suficiente la negligencia consistente en no dar cumplimiento a determinadas resoluciones de la Comisión, lo que equivale a una infracción del deber de cuidado que era exigible y cuyo resultado podría haberse previsto.

En el presente caso se señala que, si bien el procedimiento se abrió frente a Orange debido a la existencia de indicios de haber cometido una conducta antijurídica, consistente en el incumplimiento de la Resolución adoptada en fecha 29 de julio de 2009, de conformidad con lo determinado en fase de instrucción, se ha acreditado que fue OCAT quien en la práctica, a través de su “código de operador de portabilidad” -039-, utilizó inadecuadamente las causas de denegación establecidas en la Especificación técnica de portabilidad fija.

La justificación de que se incoara a Orange la apertura de un procedimiento sancionador se encuentra en el hecho de que esta operadora participó como interesada durante todo el procedimiento en el que se instruyó y resolvió el conflicto de portabilidad interpuesto por Telefónica y el CTTI contra dicha operadora, así como en la apertura de este expediente. Así, Orange contestó en su nombre al requerimiento de información que se le formuló sobre las denegaciones de las solicitudes de portabilidad referentes a la numeración del CTTI y las causas de denegación utilizadas. Asimismo, Orange presentó las alegaciones y la información que consideró oportuna para su defensa, incluso en el trámite de audiencia del procedimiento del conflicto de portabilidad mencionado, en el que se le notificó el Informe de los Servicios de la CMT donde se proponía al Consejo de dicho Organismo acordar la apertura de este procedimiento.

Sin embargo, en ningún momento esta operadora manifestó su falta de condición de interesado, a pesar de que desde el inicio del citado expediente Orange tenía que conocer que la numeración del CTTI sobre la que versaba el conflicto no era de su titularidad sino de la de OCAT. Asimismo, OCAT tampoco tuvo la iniciativa de personarse en el conflicto como interesada a pesar de tener conocimiento de la iniciación de dicho procedimiento a través de Orange.

En efecto, en el marco del conflicto de portabilidad Orange podía haber manifestado sobre su no responsabilidad en los hechos analizados y sobre la necesidad de incluir a OCAT como interesada en el citado procedimiento. Sin embargo, durante la tramitación del procedimiento Orange estuvo aportando información relativa a OCAT, como la copia del acuerdo firmado entre AI-PI y el CTTI, relativa al plan de devolución de los servicios, así como correos electrónicos y actas de reunión mantenidas entre el CTTI y OCAT, en los que OCAT manifestaba su negativa a devolver los servicios prestados al CTTI.

De acuerdo con lo alegado tanto por Orange como por OCAT, en sus escritos de 26 de noviembre y 23 de diciembre de 2013, y de conformidad con los datos que constan en el

Registro Mercantil Central, dicha operadora es el único accionista de OCAT, por lo que pertenece a su grupo empresarial. Por tanto, conocía, como socio único de OCAT, que desde el año 2006 el prestador de servicios del CTTI era OCAT. De hecho, durante la tramitación del citado conflicto, ambas operadoras, como partícipes de la UTE de Orange que participó en el proceso de licitación de 2012, estaban inmersas en varios recursos administrativos y contencioso-administrativos contra las resoluciones del CTTI de adjudicación de los servicios a favor de Telefónica, por lo que ambas empresas conocían perfectamente cuál era la causa que había originado el conflicto de portabilidad que interpuso Telefónica.

Es más, en el escrito de contestación al requerimiento de información realizado durante la instrucción de este expediente, Orange comunicó a esta Comisión que las actuaciones realizadas por ella *“hasta la fecha lo han sido con información que desde Orange se ha solicitado a OCAT y que esta compañía ha facilitado y que mi representada ha considerado según el criterio, que eran las cuestiones adecuadas para la defensa de los intereses en disputa”*. Asimismo, en ese mismo escrito Orange manifestó que *“Desde la apertura del procedimiento (conflicto) se ha informado a OCAT de la existencia del mismo y de hecho la información remitida dentro del expediente ha sido aportada y/o elaborada de forma conjunta con personal de tal empresa que ha respondido a todas cuantas peticiones de información que les hemos remitido desde Orange”*.

No obstante lo anterior, en su escrito de alegaciones al inicio del presente procedimiento sancionador, Orange alega que se consideró por error interesada en el conflicto de portabilidad debido a que *“Orange presta también ciertos servicios al CTTI a través de OCAT, fundamentalmente líneas de servicios de red inteligente”*. Por ello, Orange manifiesta que *“la relación operativa con los empleados de OCAT que gestionan al CTTI como cliente es fluida y constante”*. Además, Orange manifiesta que *“fueron empleados de OCAT los que advirtieron del hecho de que tales solicitudes se habían rechazado desde el código 039, pero una vez ya abierto el procedimiento sancionador”*.

Efectivamente, como ya se ha señalado, se ha podido acreditar que fue OCAT quien en la práctica llevó a cabo las denegaciones indebidas de las portabilidades del CTTI, como operadora titular de la numeración y con código de portabilidad propio. De hecho, en el escrito de contestación al requerimiento de información que se le realizó a OCAT durante la instrucción de este expediente, esta operadora ha reconocido que *“tomó por sí misma y con total independencia la decisión de denegar las portabilidades a Telefónica (...). Fue una decisión estrictamente operativa que se adoptó como último recurso ante la necesidad de controlar la migración (...)”*.

Según los datos proporcionados por Orange y OCAT, la gestión de la portabilidad se lleva de manera diferenciada por ambas compañías, teniendo presencia individualizada frente a la Entidad de Referencia. A través de la propia AOP, así como de los informes elaborados por la Entidad de Referencia, se ha podido corroborar que ambas operadoras actúan como asociados diferenciados en la AOP, ya que sufragan su respectiva contribución y se identifican en el entorno de la Entidad de Referencia mediante su propio código de operador de portabilidad, que les asignó la CMT en su

momento. Es más, OCAT ha alegado que *“para el tratamiento de las solicitudes del CTTI tan sólo intervino el perfil de OCAT así como personal de esta entidad”*.

Resulta de interés señalar que, según alega OCAT, esta operadora gestiona parte de los clientes del segmento de Grandes Cuentas (empresas-excluidas Pymes y Autónomos) de Orange en Cataluña, así como los clientes de grandes cuentas de la propia OCAT. Además, la gestión de las portabilidades de estos clientes se realiza mediante los sistemas de Orange aunque a través de la creación de usuarios específicos para los empleados de OCAT. Asimismo, según OCAT reconoce, Orange presta servicios 900 para que sea OCAT quien los revenda en su nombre al CTTI. Sin embargo, bajo ninguna de estas colaboraciones entre ambas compañías Orange ha sido la entidad que gestionó y denegó las solicitudes de portabilidad objeto del Hecho Probado Único.

En conclusión, a pesar de la relación societaria y contractual que existe entre Orange y OCAT, no se ha podido acreditar la responsabilidad por parte de Orange en la toma de decisiones relacionadas con la conducta irregular de OCAT, consistente en denegar reiteradamente las solicitudes de portabilidad del CTTI, según las conclusiones alcanzadas en la instrucción del presente procedimiento, mediante el uso indebido de las causas de denegación reguladas en la Especificación técnica de portabilidad fija vigente.

En Derecho Administrativo sancionador cabe la responsabilidad solidaria *“[c]uando el cumplimiento de las obligaciones previstas en una disposición legal corresponda a varias personas conjuntamente”*, en virtud del artículo 130.3 de la LRJPAC, aspecto que no ocurre en el presente caso, de conformidad con la LGTel.

La LGTel de 2003, en su artículo 51, y la LGTel de 2014, en su artículo 74, relativo a la *“Responsabilidad por las infracciones en materia de telecomunicaciones”*, atribuyen la responsabilidad por las infracciones cometidas, de la siguiente forma:

“La responsabilidad administrativa por las infracciones de las normas reguladoras de las telecomunicaciones será exigible:

- a) *En el caso de incumplimiento de las condiciones establecidas para la explotación de redes o la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas, a la persona física o jurídica que desarrolle la actividad.*
- b) (...).
- c) *En las cometidas por los usuarios, por las empresas instaladoras de telecomunicación, por los agentes económicos relacionados con equipos y aparatos de telecomunicación o por otras personas que, sin estar comprendidas en los párrafos anteriores, realicen actividades reguladas en la normativa sobre telecomunicaciones, a la persona física o jurídica cuya actuación se halle tipificada por el precepto infringido o a la que las normas correspondientes atribuyen específicamente la responsabilidad”.*

Tratándose del tipo de infracción consistente en el incumplimiento de una resolución de la CMT o CNMC, dado que la conducta analizada se ha determinado que ha sido desarrollada por OCAT, como operador titular de la numeración del CTTI que se encuentra dado de alta en la Entidad de Referencia de la portabilidad fija como operador

con perfil propio e individual, que tenía la responsabilidad de cumplir la citada resolución como operador destinatario del acto administrativo, y que actuaba de manera independiente a Orange en la gestión de la portabilidad, se entiende que conforme a estas circunstancias no es posible atribuir a Orange una responsabilidad solidaria, ni siquiera a título de simple inobservancia, por la conducta descrita.

En definitiva, a la luz de los actos de instrucción llevados a cabo, se concluye que la conducta probada no es imputable a Orange como infracción, al no concurrir el elemento de culpabilidad. Por consiguiente, no puede concluirse que exista un incumplimiento, por parte de esta operadora, de la Resolución de fecha 29 de julio de 2009, sobre la modificación de la Especificación técnica de los procedimientos administrativos para la conservación de numeración fija en caso de cambio de operador.

No obstante, como ya se ha indicado en el fundamento jurídico anterior, la Sala de Supervisión Regulatoria de la CNMC incoará el correspondiente expediente sancionador contra OCAT, en virtud de los resultados obtenidos durante la instrucción del presente procedimiento.

Llegados a este punto, ha de señalarse que las manifestaciones de Orange vertidas a lo largo del presente procedimiento son algo contradictorias, a juicio de esta Comisión. Por un lado, se ha erigido en sociedad interesada en el marco del conflicto de portabilidad del que trae causa el presente procedimiento, afirmando que sus alegaciones las ha hecho en colaboración con OCAT, para posteriormente excluir toda responsabilidad por no ser la entidad que ha denegado, en última instancia, las portabilidades.

En este contexto, sorprende que Orange en su escrito de alegaciones de 4 de junio de 2014, después de incurrir en un “error” –según sus manifestaciones- que tiene tanta trascendencia para esta Comisión, pues ha hecho alegaciones en nombre de OCAT constantemente desde hace más de un año, acuse a esta Comisión de extralimitarse en sus funciones por imputar a OCAT, en el seno de este expediente, la infracción por la que se le incoó expediente sancionador a Orange. Ello porque esta entidad alegó en su escrito de 30 de octubre de 2013 que fue OCAT la operadora que había denegado las portabilidades del CTTI, extremo que se ha podido acreditar a lo largo de la instrucción del expediente.

Tal y como se indica en el Fundamento Jurídico Procedimental, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 20 del Reglamento del Procedimiento para el Ejercicio de la Potestad Sancionadora, aprobado por Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto, “*el órgano competente dictará resolución que será motivada y decidirá todas las cuestiones planteadas por los interesados y aquellas otras derivadas del procedimiento*”.

En consecuencia, dado que la participación directa de OCAT en los hechos por los que se abrió este procedimiento sancionador a Orange fue puesta de manifiesto por esta última operadora, en calidad de interesada e imputada en el expediente, y confirmada por OCAT, y debido a que Orange, como parte del grupo empresarial al que pertenece OCAT, ha aportado todas las alegaciones y pruebas que ha considerado convenientes, -habiéndose quedado clara la colaboración entre ambas compañías en sus actividades empresariales-, no existe ninguna extralimitación en pronunciarse en la presente

resolución sobre las cuestiones puestas de manifiesto por Orange que se han podido acreditar durante la fase de instrucción .

No obstante, la posible responsabilidad de OCAT a efectos sancionatorios se determinará en el procedimiento que se inicie a tales efectos, a través de la propuesta y aportación de las pruebas que OCAT considere oportunas y la presentación de las alegaciones que a su derecho convenga. Por lo que las referencias a la supuesta antijuridicidad de la conducta de dicha entidad que se realizan en la presente resolución, a raíz de los hechos constatados, de ningún modo se puede entender que lesionen los intereses y derechos de la entidad que no ha sido interesada en el presente expediente, a la que se notificará la presente resolución y el acuerdo de incoación del procedimiento sancionador oportuno.

Orange también acusa a esta Comisión de generar indefensión a OCAT y vulnerar su derecho de legítima defensa, al considerar que se está anunciando en este expediente la futura sanción de OCAT antes de haberse iniciado el procedimiento sancionador contra tal empresa. Además, esta operadora entiende que *“no es posible trasladar el contenido del presente expediente al que se entienda, en su caso, con OCAT puesto que esta entidad ha permanecido realmente al margen de toda la instrucción”*, por lo que pide que se omita *“toda alusión o juicio en la Resolución final del presente expediente respecto de las actuaciones de OCAT (...)”*.

Esta acusación de Orange incide en la misma línea que las anteriores. En primer lugar, esta alegación da muestras de la contradicción a la que antes se hacía referencia. Sí, de conformidad con los datos que dispone este Organismo, Orange no es el representante de OCAT, al objeto de defender sus legítimos derechos e intereses, no se entiende porqué defiende sus intereses en este procedimiento.

En segundo lugar, en ningún momento a lo largo de la propuesta formulada por la instructora ni en la presente Resolución se analiza la presunta culpabilidad de OCAT en la comisión de la infracción, sino tan sólo los hechos concluidos tras la instrucción y la presunta responsabilidad de Orange por la posible participación en la toma de decisiones de OCAT- como empresa matriz del grupo- o su posible colaboración en la comisión de la infracción. La acreditación y posible defensa de OCAT sobre su responsabilidad en la comisión de la infracción se realizarán en el eventual expediente sancionador que se incoe a esta operadora.

En tercer lugar, OCAT no es totalmente ajena al presente expediente. Durante la instrucción del procedimiento se le comunicaron a dicha operadora las alegaciones que Orange realizaba sobre su autoría en las denegaciones de las portabilidades solicitadas por el CTTI. Además, al objeto de determinar las presuntas responsabilidades susceptibles de sanción, en dicha comunicación se le realizó un requerimiento de información a OCAT, al que contestó corroborando dicha imputación de su autoría en las denegaciones de la portabilidad realizada por Orange.

Finalmente, se adelanta a Orange que, por ser necesario para identificar al presunto responsable y determinar los hechos que motivan la incoación de un expediente sancionador a OCAT, su calificación y la posible sanción que puedan corresponder, en

virtud de lo establecido en el artículo 13 del Reglamento del Procedimiento para el Ejercicio de la Potestad Sancionadora, toda la documentación obrante en el presente procedimiento se incorporará al expediente que se abra a OCAT, dándole la oportunidad de hacer las alegaciones que estime oportunas.

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

RESUELVE

ÚNICO.- Archivar el expediente sancionador incoado contra Orange Espagne, S.A., sociedad unipersonal, por la presunta comisión de una infracción 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 29 de julio de 2009, sobre la modificación de la Especificación técnica de los procedimientos administrativos para la conservación de numeración fija en caso de cambio de operador.

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.