



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

D. JOSÉ GIMÉNEZ CERVANTES, Secretario del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, en uso de las competencias que le otorga el artículo 40 del Reglamento de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, aprobado por Real Decreto 1994/1996, de 6 de septiembre,

CERTIFICA:

Que en la Sesión nº 42/02 del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones celebrada el día 28 de noviembre de 2002, se ha adoptado el siguiente

ACUERDO

Por el que se aprueba la:

RESOLUCIÓN DEL EXPEDIENTE SANCIONADOR AJ 2002/6028 INCOADO A LA ENTIDAD TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U. POR ACUERDO DEL CONSEJO DE LA COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES DE 30 DE MAYO DE 2002.

Finalizada la instrucción del expediente sancionador AJ 2000/6028 incoado a Telefónica de España, S.A.U. por acuerdo del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de 30 de mayo de 2002 y, vistas la propuesta de resolución elevada a este Consejo por el Instructor del citado procedimiento sancionador y las alegaciones formuladas por la entidad inculpada, el Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones ha adoptado, en su sesión núm. del día de la fecha, la siguiente Resolución:

Resolución de 28 de noviembre de 2002, recaída en el expediente sancionador AJ 2002/ 6028.

I

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Denuncia de RETECAL (*Documento 1 del expediente*).



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Con fecha 6 de febrero de 2002 tuvo entrada en el Registro de esta Comisión, escrito presentado por RETECAL Sociedad Operadora de Telecomunicaciones de Castilla y León (en adelante, RETECAL). En dicho escrito, Retecal denuncia un incumplimiento de parte de Telefónica de España, S.A.U. (en adelante, TESAU) de las Especificaciones Técnicas de los procedimientos administrativos para la conservación de numeración en caso de cambio de operador de red telefónica fija, aprobadas por Resolución de la CMT de 6 de mayo de 1999. En concreto, expone lo siguiente:

“Pues bien, desde el mes de octubre de 2001, Telefónica viene incumpliendo el proceso de portabilidad, tal y como fue acordado en la Resolución citada.

En este sentido, se ha constatado la existencia de casos en los que siendo TELEFÓNICA, el operador donante, y RETECAL, el operador receptor y habiendo acordado ambos operadores una ventana de cambio, ésta no ha sido respetada por Telefónica.

En concreto la actuación de Telefónica se traduce en cursar la baja del usuario que ha solicitado la portabilidad, con carácter previo a que transcurra el período de tiempo fijado en la ventana de cambio. Teniendo en cuenta que RETECAL, obviamente no activa su línea hasta que no ha transcurrido el plazo prefijado, el usuario, durante ese plazo, no dispone de servicio telefónico.”

A continuación identifica RETECAL veinticuatro supuestos en los que se ha producido esta situación. Señala también, en su escrito, lo siguiente:

“Debido a que en el proceso de portabilidad no se documenta físicamente el momento en que el operador donante rescinde el servicio al usuario que ha solicitado la baja, no le es posible a RETECAL demostrar que TELEFÓNICA ha dejado sin servicio a esos usuarios. Evidentemente, hemos sabido de esta práctica, a través de sus quejas, realizadas telefónicamente, o bien mediante el envío de mensajes de correo electrónico.

Estos hechos una vez fueron conocidos, se pusieron en conocimiento de TELEFÓNICA, y en reiteradas ocasiones, se ha mantenido tanto intercambio de correspondencia como de conversaciones telefónicas. Hasta la fecha TELEFÓNICA no ha depuesto su actitud, y esta práctica continúa teniendo lugar.

(...)

Esta situación está suponiendo un gravísimo perjuicio para la imagen y el prestigio de RETECAL, puesto que el usuario que solicita el cambio de operador con la conservación de su número, no tiene por qué conocer cómo se



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

produce técnicamente el proceso de portabilidad, ni todas las circunstancias que conlleva.

Por esta razón, el usuario que se ve privado de servicio telefónico, asocia esta situación con una negligencia o mal funcionamiento cometido por el operador al que ha solicitado el alta en el servicio, puesto que ha sido a partir de ese momento cuando han empezado las deficiencias en su servicio.”

Al escrito de denuncia presentado, RETECAL acompaña copia de una carta, de fecha 17 de enero de 2002, enviada a TESAU (que la recibe el 22 de enero), en la que se identifican los veinticuatro números de teléfono en los que RETECAL ha detectado que se ha producido la situación denunciada, y acompaña, asimismo, impresión de unos correos electrónicos cruzados entre RETECAL y TESAU entre las fechas 30 de octubre de 2001 y 14 de enero de 2002, que se refieren a los hechos denunciados.

SEGUNDO.- Apertura de un período de información previa (Documento 2).

Por escrito de 8 de febrero de 2002, 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), y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 12 del Reglamento del Procedimiento para el Ejercicio de la Potestad Sancionadora (aprobado por Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto) se acordó abrir, con relación a los hechos denunciados, un período de información previa con el fin de conocer las circunstancias del caso y la conveniencia o no de iniciar un procedimiento sancionador contra la entidad denunciada. Lo cual fue notificado a TESAU y a RETECAL.

TERCERO.- Actuaciones en el período de información previa.

TERCERO.1.- Vista del expediente (Documento 3). Con fecha 15 de febrero de 2002, TESAU tomó vista del expediente.

TERCERO.2.- Alegaciones de TESAU (Documento 4). Con fecha 25 de febrero de 2002 tuvo entrada en el Registro de esta Comisión escrito presentado por TESAU. En dicho escrito, TESAU expone lo siguiente:

“Que Telefónica de España viene cumpliendo escrupulosamente lo dispuesto en las “especificaciones técnicas aplicables a la conservación de numeración en caso de cambio de operador en las redes públicas telefónicas fijas” que fueron aprobadas mediante Resolución de esa CMT de fecha 6 de mayo de 1999.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

(...)

Como quedará acreditado a lo largo del presente escrito, Telefónica de España no viene incumpliendo, en medida alguna, el proceso de portabilidad, siendo los hechos denunciados por parte de RETECAL hechos puntuales que no suponen una conducta habitual por parte de mi representada y que además no prueban el incumplimiento alegado por el denunciante. En efecto, con su denuncia RETECAL pretende llevar a la CMT la imagen de que esta conducta es la conducta habitual de Telefónica de España, cuando ello es absolutamente incierto, como tendremos oportunidad de acreditar.

(...)

En conclusión, la conducta de Telefónica de España ha sido intachable en el supuesto que nos ocupa, dado que no sólo se ha limitado a subsanar estos errores, sino que, a raíz de las incidencias detectadas en el último trimestre de 2001, adoptó las medidas correctoras oportunas para la tramitación de las solicitudes de portabilidad que dificulten que puedan volver a producirse los fallos detectados.”

Al escrito de alegaciones presentado, TESAU acompaña impresión de un correo electrónico enviado por RETECAL a TESAU el 25 de octubre de 2001 y otro enviado también por RETECAL a TESAU en fecha 30 de octubre de 2001, coincidente –este último correo- con uno de los que fue aportado por RETECAL. Asimismo, TESAU acompaña una carta enviada de TESAU a RETECAL, en contestación a la enviada por este operador de fecha 17 de enero. En esta carta se señala lo siguiente:

“Madrid, 1 de febrero de 2002.

Muy Sra Mía.

En contestación a su carta de 17 de enero de 2002, donde se nos informa de los problemas que están surgiendo con la portabilidad numérica. Le informo que debido a la gran complejidad del servicio, del poco tiempo de maniobra de que disponemos y de diferentes aplicaciones que deben coordinarse para llevar a cabo con éxito la Portabilidad, hemos detectado que esta situación de desfase de tiempo y en algunas ocasiones se ejecuta la baja de línea con antelación a la fecha acordada.

Esta situación está siendo algo puntual, aunque entendemos su malestar por los inconvenientes ocasionados. Por ello ruego acepte mis disculpas indicándole que estamos realizando las gestiones oportunas para solventar estos inconvenientes lo antes posible.

Sin otro particular reciba un cordial saludo.”



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

TERCERO.3.- Comunicación de los hechos denunciados a otros posibles afectados (*Documento 5*). Por escrito de 5 de marzo de 2002 se acordó poner los hechos denunciados en conocimiento de otros operadores, posibles afectados, concediendo plazo de diez días para efectuar alegaciones y aportar documentos u otros elementos de juicio que estimaran pertinente.

TERCERO.4.- Alegaciones de TESAU (*Documento 6*). Con fecha 13 de marzo de 2002 se recibió en el Registro de esta Comisión escrito presentado por TESAU, por el que se reafirma en su escrito presentado el 25 de febrero.

TERCERO.5.- Alegaciones de AUNACABLE (*Documento 7*). Con fecha 26 de marzo de 2002 tuvo entrada en el Registro de esta Comisión escrito presentado por AUNACABLE en el que señala que los operadores miembros de este grupo se están encontrando, en la tramitación de las solicitudes de portabilidad, con diferentes trabas impuestas por parte de TESAU. Al escrito presentado, se acompañan los siguientes documentos:

- Un listado de doce casos correspondientes a solicitudes de portabilidad presentadas por Aragón de Cable, S.A.U. (en adelante, ABLE), producidos en enero y febrero de 2002, en los que se habría incumplido la ventana de cambio.
- Una carta de 21 de noviembre de 2001 dirigida, por *burofax*, de Madritel Comunicaciones, S.A.U. (en adelante, MADRITEL) a TESAU, en la que se exponen tres casos en los que, con posterioridad a la fecha de la ventana de cambio, el abonado habría dejado de recibir llamadas originadas en la red de TESAU.
- Un modelo de certificado que MADRITEL facilitaría a sus abonados acerca de la realización de la portabilidad, y que se estaría utilizando, según se indica en el escrito presentado, en aquellos casos en los que los abonados continúan recibiendo facturas de TESAU una vez realizada la portabilidad.

TERCERO.6.- Escrito de UNI2. Con fecha 26 de marzo de 2002 (*Documento 8*) se recibió en el Registro de esta Comisión escrito presentado por Lince Telecomunicaciones, S.A.U. (actualmente, UNI2 Telecomunicaciones, S.A.U.; en adelante, UNI2), en el que expone que, además de los casos en los que se produce un adelanto de la ventana de cambio, son igualmente gravosos para el cliente los casos en los que se produce, por parte de TESAU, una ampliación injustificada de la ventana de cambio más allá del plazo de duración de la misma. Asimismo, expone que: *“Un problema adicional es la falta de información por parte de TESAU, quien en la tramitación de incidencias a través de SGO da una información muy escueta que no permite identificar el problema concreto*



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

que está produciendo la incidencia, ni la posible responsabilidad que TESAU tenga respecto a la misma.”

Al escrito presentado acompaña un Anexo con supuestos (más de cuarenta números) en que se habría producido un incumplimiento de la ventana de cambio por parte de TESAU, ya por desconexión previa ya por exceso sobre la duración fijada. Dicho Anexo fue declarado, inicialmente, confidencial por parte de UNI2 por la mención que se realizaba de clientes concretos y la valoración económica que en algunos casos figuraba con relación a tales supuestos. No obstante, con fecha 11 de abril de 2002 (*documento 10*), UNI2 presentó de nuevo la información contenida en el Anexo, una vez eliminada la parte confidencial, a los efectos de que los interesados en el expediente pudieran acceder a la misma.

TERCERO.7.- Vista del expediente (Documento 9). Con fecha 2 de abril de 2002, TESAU tomó vista del expediente.

TERCERO.8.- Comunicación a TESAU de los escritos de UNI2 y AUNACABLE (Documento 11). Por escrito de 18 de abril de 2002 se comunicó a TESAU la entrada en el Registro de esta Comisión del escrito presentado por AUNACABLE y de los escritos presentados por UNI2, el segundo de los cuales levantaba la confidencialidad de los documentos adjuntos al primero.

TERCERO.9.- Alegaciones de AUNACABLE (Documento 12). Con fecha 23 de abril de 2002 tuvo entrada en el Registro de esta Comisión escrito presentado por AUNACABLE, por el que se adjuntan diversas cartas enviadas por AUNACABLE a TESAU con relación a incidencias detectadas en la tramitación de solicitudes de portabilidad. Tales incidencias se refieren tanto al corte de línea con anterioridad a la ventana de cambio, como al hecho de que desde la realización de la portabilidad no se reciben llamadas procedentes de TESAU. Junto a los doce casos que se mencionaban en el escrito presentado el día 26 de marzo, AUNACABLE se refiere a otros dieciocho casos.

TERCERO.10.- Alegaciones de TESAU (Documento 13). Con fecha 9 de mayo de 2002 tuvo entrada en el Registro de esta Comisión escrito presentado por TESAU.

En este escrito se analizan los hechos denunciados por UNI2 y AUNACABLE. Con carácter previo a la realización de ese análisis, manifiesta que el expediente tramitado debería quedar circunscrito a los hechos denunciados y que si la CMT quería oír al resto de los operadores, el cauce procedimental adecuado hubiera sido solicitar su testimonio en fase de instrucción. En cualquier caso, destaca TESAU que sólo UNI2 y AUNACABLE han presentado alegaciones. Puntualiza,



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

no obstante, que las alegaciones realizadas por estos dos operadores no se circunscriben al objeto de la denuncia presentada por RETECAL.

Finalmente, TESAU manifiesta lo siguiente:

- Que “En opinión de esta parte, esa CMT no debería admitir ese tipo de actuaciones dado que las incidencias de portabilidad se resuelven por un procedimiento específico creado al efecto, sin necesidad de intervención de la CMT”.
- Destaca el esfuerzo que le ha supuesto comprobar las incidencias denunciadas, una por una.
- Concluye que ninguno de los extremos denunciados por los otros operadores ha quedado suficientemente acreditado.

CUARTO. Inicio del expediente sancionador (Documento 15).

Por Resolución de 30 de mayo de 2002, el Consejo de la CMT acordó iniciar expediente sancionador contra TESAU por el presunto incumplimiento de la Resolución de 6 de mayo de 1999, por la que se establecen las Especificaciones Técnicas aplicables a la conservación de numeración en caso de cambio de operador en las redes públicas telefónicas fijas. En concreto, en el RESUELVE primero de la mencionada Resolución se establece:

“Iniciar expediente sancionador contra Telefónica de España, S.A.U., como presunto responsable directo de una infracción administrativa de carácter muy grave tipificada en el artículo 79.15 de la Ley 11/1998, de 24 de abril, General de Telecomunicaciones, por el incumplimiento de la Resolución de 6 de mayo de 1999, sobre las especificaciones técnicas aplicables a la conservación de numeración en caso de cambio de operador en las redes públicas telefónicas fijas. La citada infracción administrativa puede dar lugar a la imposición por el Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de una sanción en los términos expresados en el fundamento de derecho segundo de la presente resolución.

El presente expediente sancionador tiene por finalidad el debido esclarecimiento de los hechos y cualesquiera otros relacionados con ellos que pudieran deducirse, determinación de responsabilidades que correspondieren y, en su caso, sanciones que legalmente fueran de aplicación según lo establecido en el artículo 82 de la Ley 11/1998, de 24 de abril, General de Telecomunicaciones, todo ello, con las garantías previstas en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (B.O.E. 285 de 27 de noviembre de 1992) y el Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto, por el que se aprueba el Reglamento del Procedimiento para el ejercicio de la Potestad Sancionadora.”

QUINTO.- Notificación del Acuerdo de inicio (Documento 16).



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Por escrito 31 de mayo de 2002, el inicio del expediente sancionador fue notificado al Instructor del procedimiento.

Asimismo, el acuerdo de inicio fue notificado al denunciante y a TESAU, siendo recibido por este último el escrito de notificación el día 4 de junio de 2002.

SEXTO.- Vista del expediente (*Documento 17*).

Con fecha 6 de junio de 2002, TESAU tomó vista del expediente.

SÉPTIMO.- Escrito de alegaciones de TESAU (*Documento 18*).

Con fecha 21 de junio de 2002 tuvo entrada en el Registro de esta Comisión escrito de alegaciones presentado por TESAU, en uso del trámite de quince días hábiles para alegaciones que confiere a los interesados el artículo 16.1 del Reglamento del Procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora.

En el escrito presentado, TESAU realiza, básicamente, las siguientes alegaciones:

- Que *“A lo largo de lo expuesto en este escrito podrá observarse que Telefónica de España viene cumpliendo escrupulosamente lo dispuesto en las “especificaciones técnicas aplicables a la conservación de numeración en caso de cambio de operador en las redes públicas telefónicas fijas” que fueron aprobadas mediante Resolución de esa CMT de fecha 6 de mayo de 1999”.*
- Que *“para analizar la procedencia del presente Expediente Sancionador habría que examinar si Telefónica de España ha realizado los hechos que RETECAL le imputa en su denuncia, y no otros que aunque pudieran tener relación con el proceso de Portabilidad, son ajenos a la denuncia de dicha operadora”.*
- Que *“Telefónica de España no ha incumplido, en medida alguna, la fecha de la ventana de cambio, tal y como denuncia RETECAL, siendo los hechos denunciados por RETECAL meras incidencias en el proceso de portabilidad, que además de haber sido resueltas, suponen un porcentaje ínfimo de las portabilidades realizadas en el mismo período y que en ningún caso representa el incumplimiento alegado por el denunciante”.*
- Que *“Telefónica de España inició inmediatamente las correspondientes actuaciones para subsanar las incidencias desde el momento de la reclamación, dando las oportunas instrucciones para que se diese de alta de forma inmediata el servicio en todas esas líneas hasta la fecha acordada de ventana de cambio”.*



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

- Que *“Hay que tener en cuenta que estas incidencias en los procesos de portabilidad se dan en todos los operadores, como se demostrará posteriormente, y que únicamente la colaboración entre los mismos facilitará la resolución de las mismas, en el caso de que estas llegasen a producirse”*. Se refiere, a estos efectos, a los procedimientos existentes en materia de resolución de incidencias.
- Que de todos los operadores a los que la CMT remitió la denuncia presentada por RETECAL, *“únicamente presentaron alegaciones dos de ellos (LINCE y AUNACABLE)”*. Especifica que *“al contrario de lo que parece indicar el informe de los servicios, LINCE señala que no se han producido casos como los manifestados por RETECAL en su escrito de denuncia”*. En cuanto a los casos expuestos por AUNACABLE, TESAU manifiesta que *“AUNACABLE no aporta ningún dato con respecto a esta situación que justifique la apertura del presente Expediente sancionador”*.
- Que las Especificaciones Técnicas aplicables en materia de portabilidad contienen, *“en el caso de la especificación de red... actuaciones preventivas para evitar incoherencias y cómo debe la red tratar estas incoherencias en los datos”*. Asimismo señala que, *“con respecto a la especificación de procedimientos, ésta prevé una serie de procedimientos que permiten restablecer el servicio y solucionar diversas incidencias en el supuesto de producirse”*.
- Que *“en este sentido y con el objeto de reducir en la medida de lo posible el número de incidencias y resolverlas a la mayor brevedad, se ha estado trabajando en el Grupo de Red”*. Añade que *“Como consecuencia de ello, entre otros aspectos, se han circulado documentos de pruebas previas que permiten delimitar el operador origen de la incidencia en cuestión”*.

En el escrito presentado, TESAU aporta información sobre el porcentaje de incidencias que, desde enero de 2002 a mayo de 2002, son debidas a operadores distintos de TESAU. Por lo demás, y con relación a los hechos expuestos por UNI2 y AUNACABLE, TESAU se remite a lo señalado en el escrito presentado el día 9 de mayo.

TESAU concluye su escrito con una alegación sobre la improcedencia de la apertura del presente expediente sancionador, con base en las siguientes razones:

- Considera TESAU que para el acuerdo de inicio del expediente sancionador no se ha tomado en consideración la totalidad de sus alegaciones. Ello lo concluye porque considera que la Resolución de inicio sólo cita ciertas de las



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

alegaciones efectuadas por este operador en el trámite de información previa, en las que presuntamente TESAU vendría a reconocer la existencia de incidencias en portabilidad. Manifiesta que *“si se lee detenidamente el escrito de mi representada puede observarse que este reconocimiento, que no supone reconocimiento de los hechos denunciados por RETECAL, consistente en el incumplimiento reiterado por Telefónica de España de la fecha de la ventana de cambio, se limita únicamente a admitir la existencia de unos errores puntuales e incidencias, normales por otro lado, en un proceso tan complejo como es el de Portabilidad y que además fueron subsanados inmediatamente”*.

- Considera TESAU que no existen indicios de incumplimiento. Aclara que la existencia de incidencias aisladas por parte de todos los operadores no supone un incumplimiento de las Especificaciones Técnicas aplicables en materia de portabilidad. Manifiesta, en esta línea, que del total de las solicitudes de portabilidad tramitadas en los meses de octubre y noviembre, los casos denunciados por RETECAL representan un porcentaje muy bajo del total.
- Considera TESAU que no existe prueba que acredite los hechos denunciados.

Termina su escrito con el siguiente SOLICITO:

“SOLICITO que teniendo por presentado este escrito, y por reiteradas las alegaciones contenidas en el escrito de mi representada de 7 de mayo de 2002 [con entrada el día 9 de mayo] y su anexo, se sirva admitirlo y en su virtud proceda al archivo del expediente sancionador incoado por esa CMT contra Telefónica de España AJ 2002/6028 por entender que Telefónica de España no ha incumplido las especificaciones técnicas de portabilidad.”

OCTAVO.- Actuaciones realizadas en instrucción del procedimiento.

Al amparo de lo dispuesto en el artículo 16.2 del Reglamento del Procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora, el Instructor del procedimiento realizó las siguientes actuaciones:

OCTAVO.1.- Requerimientos efectuados a UNI2 y a AUNACABLE (Documentos 19 y 20). A la vista de que el escrito presentado por TESAU en fecha 21 de junio se reiteraba -con relación a lo manifestado por UNI2 y AUNACABLE- en el escrito presentado por el propio TESAU el 9 de mayo, y teniendo en cuenta que en este escrito presentado el 9 de mayo se exponían ciertos datos con relación a los casos expuestos por UNI2 y AUNACABLE, se acordó dar traslado del escrito presentado por TESAU el 9 de mayo a esos dos



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

operadores para que, en plazo de diez días, confirmaran si se habían producido los hechos aportados por TESAU en su escrito. El traslado a UNI2 y AUNACABLE se efectuó por medio de sendos escritos de fecha 1 de julio de 2002 y se refirió, para cada operador, a aquella parte del escrito presentado por TESAU que le afectaba.

OCTAVO.2.- Trámite conferido a TESAU (Documento 21). A la vista de que el escrito de alegaciones presentado por TESAU en fecha 21 de junio hacía una referencia concreta, con relación a la denuncia presentada por RETECAL, por una parte, a las **trece líneas** correspondientes a solicitudes de portabilidad de RETECAL tramitadas en el mes de octubre de 2001, y, por otra parte, a **siete líneas** correspondientes a solicitudes de este operador tramitadas en el mes de noviembre de 2001, y teniendo en cuenta que la denuncia de RETECAL aludía a un total de veinticuatro números, se confirió a TESAU, por escrito de fecha 1 de julio de 2002, un plazo de diez días para que aclarara los hechos que se habían producido con relación a los cuatro números restantes, correspondientes a solicitudes de portabilidad tramitadas en los meses de diciembre de 2001 y enero 2002. Tales números eran el 921444644, 923404394, 983390742 y 983378016.

OCTAVO.3.- Nuevo trámite conferido a TESAU (Documento 23). A la vista de que el escrito presentado por TESAU en fecha 21 de junio se reiteraba, con relación a los hechos expuestos por AUNACABLE, en el escrito presentado por el propio TESAU el 9 de mayo, y teniendo en cuenta que en este escrito presentado el 9 de mayo no se contemplaba la totalidad de los supuestos expuestos por AUNACABLE en los escritos presentados por este operador durante el trámite de información previa, se confirió a TESAU, por escrito de fecha 8 de julio de 2002, un plazo de diez días para que aclarase los hechos que se habían producido con relación a los supuestos a los que no hacía alusión.

Asimismo, por medio del mismo escrito, se confirió igual plazo a TESAU para que aclarase los hechos expuestos por D. Manuel Blanco Labrado en un escrito presentado en el Registro de esta Comisión el día 1 de julio de 2002 (*Documento 22*). En dicho escrito, D. Manuel Blanco Labrado manifiesta que se le ha cortado la línea, teniendo pendiente la portabilidad desde TESAU a TELECABLE DE AVILÉS.

OCTAVO.4.- Vista del expediente (Documento 24). Con fecha 11 de julio de 2002, TESAU tomó vista del expediente.

OCTAVO.5.- Alegaciones de TESAU (Documento 25). Con fecha 16 de julio de 2002 tuvo entrada en el Registro de esta Comisión escrito presentado por



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

TESAU por el que vino dar cumplimiento al trámite conferido por escrito de 1 de julio de 2002, con relación a los cuatro números de teléfono correspondientes a las solicitudes de portabilidad de RETECAL tramitadas en los meses de diciembre de 2001 y enero de 2002.

En el escrito presentado, TESAU expone lo siguiente:

“MANIFESTACIONES

ÚNICA.- Tal y como mi representada ha manifestado en diversas ocasiones, a lo largo de este Expediente la participación de Retecal, entidad denunciante, se ha limitado a realizar manifestaciones, que no figuran acreditadas por prueba alguna.

De conformidad con lo establecido con la normativa vigente, la carga de la prueba de los hechos alegados corresponde a quien manifiesta dichos hechos, por lo que, en el supuesto que nos ocupe, es Retecal quien debe presentar la documentación que estime oportuna para probar los hechos por ella denunciados.

A mi representada no le consta haber incumplido la fecha de la ventana de cambio en relación a los números 921444644, 923404394, 983390742 y 98378016, máxime si tenemos en cuenta el tiempo transcurrido desde que, según la versión de Retecal, se produjeron los hechos (Diciembre 2001 – Enero 2002).”

OCTAVO.6.- Escrito de UNI2 (Documento 26). Con fecha 16 de julio de 2002 tuvo entrada en el Registro de esta Comisión escrito presentado por UNI2, con relación al requerimiento que le fue efectuado, en el que expone lo siguiente:

- Que *“es innegable la preocupación que se extiende sobre todo el sector acerca de la falta de cumplimiento de algunos aspectos de las Especificaciones”. Añade que “Tal preocupación se ha manifestado de modo reiterado durante los debates que ha mantenido el sector para la revisión de las Especificaciones, de modo que finalmente se ha elaborado una propuesta concreta de penalizaciones para los incumplimientos más frecuentes –con especial énfasis, para el incumplimiento de las Ventanas de Cambio-, propuesta que ha sido apoyada por todos los operadores con excepción de la propia TESAU”.*
- Que *“el operador donante, en este caso TESAU, consigue, a través de la falta de rigurosidad en el cumplimiento de las especificaciones de portabilidad, mantener la desconfianza de los clientes al cambio de operador, así como deteriorar la imagen de sus competidores, puesto que son ellos los que se enfrentan a las quejas de los clientes, por comprender éstos que son ellos la causa de sus problemas al*



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

desconocer los procesos o entender con desconfianza que el operador alternativo únicamente trata de descargar su responsabilidad sobre el operador histórico”.

- Que “Sobre los hechos denunciados por Uni2 en su anterior escrito, no tenemos más que reafirmarnos en lo dicho en aquellos escritos. Sí que debemos mencionar que no son hechos puntuales, ni aislados, y que con fecha de hoy se podrían aportar un mismo número de casos correspondientes a los procesos de portabilidad realizados durante los meses de mayo y junio, puesto que según la oficina de gestión de portabilidad de Uni2 el 95% de los procesos de portabilidad han sufrido incumplimientos de la VC”.
- Que “Las afirmaciones de TESAU sobre la falta de diligencia propia de Uni2 en el análisis de la causa de las incidencias demuestran una falta completa de comprensión respecto a la gestión interna que realiza nuestro equipo técnico”.

OCTAVO.7.- Nuevo requerimiento a UNI2 (Documento 27). A la vista de las afirmaciones realizadas por UNI2 en el escrito presentado el 16 de julio, acerca de los incumplimientos de la ventana de cambio en los procesos de portabilidad tramitados durante los meses de mayo y junio de 2002, se requirió a UNI2 para que aportara toda la información de que dispusiera en relación a los hechos a los que aludía (incumplimientos de TESAU de la fecha de la ventana de cambio en los meses de mayo y junio), así como las quejas de clientes o cualquier otra documentación de la que dispusiera con relación a los supuestos de presunto incumplimiento de la ventana de cambio que ya había puesto en conocimiento de esta Comisión.

OCTAVO.8.- Escrito presentado por Iberbanda (Documento 26). Con fecha 19 de julio de 2002 tuvo entrada en el Registro de esta Comisión escrito presentado por Iberbanda, S.A. (antes Firstmark Comunicaciones; en adelante, IBERBANDA), por el que pone en conocimiento de esta Comisión un caso de presunto incumplimiento de la ventana de cambio por parte de TESAU, consistente en el hecho de dar curso a la baja del abonado con anterioridad a la fecha acordada. Este caso afecta a una solicitud de portabilidad, a favor de IBERBANDA, presentada por *Renfe*, correspondiente a un bloque de quinientos números (987842000 a 987842499).

Al escrito presentado, IBERBANDA acompaña copia de la solicitud de portabilidad remitida por *Renfe*, la impresión de diversos mensajes de proceso (incluido el de aceptación de la fecha de la ventana de cambio) y la impresión de un correo electrónico enviado por el Jefe de Planificación de Medios de Transmisión del Gabinete de Telecomunicaciones de *Renfe* a Iberbanda, en el



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

que se refleja la fecha en que la central ha quedado aislada de llamadas entrantes.

OCTAVO.9.- Nuevas alegaciones de TESAU (Documento 29). Con fecha 22 de julio de 2002 tuvo entrada en el Registro de esta Comisión escrito presentado por TESAU, por el que vino a dar cumplimiento al trámite conferido por escrito de 8 de julio de 2002, con relación a los casos expuestos por AUNACABLE sobre los que TESAU no se había pronunciado hasta la fecha y con relación a los hechos expuestos por D. Manuel Blanco Labrado.

En el escrito presentado, TESAU realiza, básicamente, las siguientes manifestaciones:

- Que *“RETECAL, AUNCABLE y, más recientemente, D. Manuel Blanco Labrado, en este caso, entidades denunciantes, se han limitado a realizar manifestaciones, que no figuran acreditadas por prueba alguna”*.
- Que con relación a los tres números correspondientes a las solicitudes de MADRITEL, recogidos en el escrito presentado por AUNACABLE el 26 de marzo de 2002, TESAU manifiesta que *“debido al gran volumen de comprobaciones que fue necesario realizar en relación a los casos presentados, por omisión no se adjuntaron las conclusiones sobre los tres números concretos objeto de este requerimiento”*. TESAU señala que los hechos son debidos a que el abonado, después de haberse efectuado la portabilidad, se puso en contacto con TESAU, para solicitarle, *“incorrectamente”*, dar de baja a los tres números con sus servicios asociados. TESAU aporta copia de fax en la que consta esa solicitud de baja.

Manifiesta TESAU que, en cualquier caso, la incidencia fue solucionada en muy breve plazo.

- Con relación a los casos recogidos en el escrito presentado por AUNACABLE el 23 de abril de 2002 sobre los supuestos en los que, después de la realización de la portabilidad, no se reciben llamadas procedentes de TESAU, TESAU indica que no realizó alegación alguna sobre los mismos pues desconocía el documento en que se recogían: *“En efecto, esa CMT dio traslado a mi representada de la documentación remitida por Aunacable en fecha 22 de abril de 2002, cuando el escrito respecto del ques e solicita ahora aclaración tuvo entrada en esa CMT el 23 de abril”*.

Indica TESAU que tales supuestos corresponden a *“incidencias de red y que las mismas siguieron un trámite normal mediante el cual se cursan al operador que supuestamente es el causante de la incidencia, siendo entonces resueltas y*



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

comunicada su resolución". En este sentido, manifiesta que "El hecho de que no se reciban llamadas desde una numeración de TESAU no supone que sea esta la causante de la incidencia, puesto que si el cliente que genera la llamada está preseleccionado o cursa las llamadas con otro operador, es este operador de carrier quien debe encaminar y consultar correctamente".

Adjunta TESAU a su escrito un formulario de pruebas previas a la apertura de incidencias, *"que –según indica- algunos operadores ya aplican y que permiten facilitar la identificación del causante de las mismas [las incidencias]"*.

- En cuanto a la queja expuesta por D. Manuel Blanco Labrado, TESAU manifiesta que *"en dichas fechas se produjeron diversos problemas con los sistemas implicados en los operadores y la Entidad de Referencia y es posible que el mensaje de aceptación de la portabilidad no llegara a TELECABLE DE AVILÉS, con lo cual Telefónica de España podía considerar que estaba ejecutada la portabilidad y sin embargo, desde el punto de vista del citado operador se podría considerar que ésta se había cancelado".* Concluye que *"Como se puede apreciar por lo señalado anteriormente, en esta solicitud de portabilidad, se han producido una serie de circunstancias desafortunadas y coincidencias, que en un servicio de coordinación tan complejo como es la portabilidad han podido derivar en esta incidencia".*

OCTAVO.10.- Nuevo escrito de UNI2 (Documento 30). Con fecha 1 de agosto de 2002 tuvo entrada en el Registro de esta Comisión escrito presentado por UNI2, relativo al segundo requerimiento que le fue efectuado, en el que después describir la gestión interna que realizan los departamentos de UNI2 involucrados en los procedimientos de portabilidad se adjunta queja recibida de algunos abonados:

- Queja de *Turyocio*, con relación a la solicitud de portabilidad correspondiente al número 902121012, número mencionado en el escrito presentado por UNI2 el 26 de marzo de 2002. En esta queja se expone que no se recibían llamadas procedentes de TESAU, Amena y Movistar, después de efectuada la portabilidad.
- Queja de *Equant*, reservándose acciones legales contra UNI2 por irregularidades detectadas en el proceso de portabilidad correspondiente a cuatro números de teléfono.

OCTAVO.11.- Requerimientos efectuados a posibles afectados (Documento 31). Con fecha 9 de agosto de 2002 se acordó requerir a diversos operadores, posibles afectados por los hechos objeto de denuncia, para que aportaran la información de que dispusieran sobre la conducta en la que estaría consistiendo la supuesta infracción antes denunciada (el presunto incumplimiento de la ventana de cambio por parte de TESAU), y acompañasen –en su caso- esa información



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

con cuantos documentos, como quejas de clientes, u otro tipo de documentación, de los que, asimismo, dispusieran, y que pudieran servir para determinar los hechos.

Retevisión I, S.A., Supercable Sevilla, S.A., Supercable Andalucía, S.A., Supercable Almería Telecomunicaciones, S.A.U., Cableropa, S.A.U., MADRITEL, R Cable y Telecomunicaciones Galicia, S.A. y R Cable y Telecomunicaciones Coruña, S.A. solicitaron ampliación de plazo para contestar al requerimiento (*Documento 33*). De conformidad con lo dispuesto en el artículo 49 de la LRJPAC, la ampliación de plazo fue concedida a Retevisión I, S.A., Supercable Sevilla, S.A., Supercable Andalucía, S.A., Supercable Almería Telecomunicaciones, S.A.U., Cableropa, S.A.U. y MADRITEL (*Documento 34*).

Por escrito de la misma fecha (9 de agosto de 2002) –*Documento 32*-, se requirió a RETECAL para que presentase la documentación de que dispusiera en relación con la conducta objeto de denuncia, que no hubiese presentado ya, y, en particular, para que aportase la información de que dispusiera en relación con las cuatro solicitudes de portabilidad de RETECAL tramitadas en los meses de diciembre de 2001 y enero de 2002, que identificaba este operador en su escrito de denuncia presentado el 6 de febrero de 2002.

OCTAVO.12.- Escrito de RETECAL (*Documento 35*). El 26 de agosto de 2002 se recibió en el Registro de esta Comisión escrito presentado por RETECAL, por el que se da cumplimiento al requerimiento efectuado. Aporta los siguientes documentos:

- Queja de Estudio Gráfico Llorente Rubio, S.L., en la que con relación al número 921444644, identifica el día en que se sufrió la baja de la línea.
- Carta dirigida por TESAU a Estudio Gráfico Llorente Rubio, S.L. en la que se indica que: “*Por indicación de su nuevo operador de telefonía, procedimos a dar de baja su línea telefónica y a facilitar la portabilidad de su número indicado al pie, para que pueda seguir usándolo con su nuevo operador*”.
- Queja de D. Ramón Luis Gutiérrez Acero en la que expresa el día en el que le fue cortado el servicio. En este documento no se identifica número de teléfono, que según RETECAL sería el 983390742.

OCTAVO.13.- Escrito de Supercable Sevilla, S.A., Supercable Andalucía, S.A. y Supercable Almería Telecomunicaciones, S.A.U. (*Documento 36*). El 30 de agosto de 2002 se recibió en el Registro de esta Comisión escrito presentado por Supercable Sevilla, S.A., Supercable Andalucía, S.A. y Supercable Almería Telecomunicaciones, S.A.U. (en adelante, SUPERCABLE), por el que se da cumplimiento al requerimiento efectuado. En dicho escrito SUPERCABLE expone lo siguiente:



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

- Que *“Supercable ha padecido numerosos casos en los que no se respetado la ventana de cambio que había sido convenida con TESAU, como operador donante en tales procesos de portabilidad”*.
- Que *“Tales incumplimientos generan importantes molestias a los clientes que quieren portar su número a Supercable, en un momento especialmente delicado para el operador receptor, ya que la primera imagen que percibe el cliente al cambiar de proveedor es la presencia de un problema que afecta a la continuidad del servicio telefónico (en casos de adelanto) o de duplicidad de facturación (en casos de retraso), que no padecía en su anterior situación, y que normalmente asocia a su nuevo proveedor”*.
- Que *“Es especialmente destacable esta situación en relación con clientes empresas, a los que el adelanto de la ventana de cambio deja sin servicio: en tales supuestos; por la propia naturaleza de la actividad desarrollada por los clientes empresas, que precisan de sus comunicaciones para su propio tráfico mercantil, se plantea una situación sumamente lesiva para los afectados, la cual ha justificado, en muchas ocasiones, la anulación del contrato y de la solicitud de portabilidad y el regreso con el operador donante”*.

En su escrito, SUPERCABLE alude a dieciocho casos de incumplimiento de la ventana de cambio.

OCTAVO.14.- Escrito de Cableuropa, S.A.U. (Documento 37). Con fecha 2 de septiembre de 2002 tuvo entrada en el Registro de esta Comisión escrito presentado por Cableuropa, S.A.U., en el que alude a nueve casos relativos de incumplimiento de la ventana de cambio por parte de TESAU, correspondientes a solicitudes de portabilidad presentadas por Cableuropa, S.A.U.

OCTAVO.15.- Escrito de MADRITEL (Documento 38). Con fecha 2 de septiembre de 2002 tuvo entrada en el Registro de esta Comisión escrito presentado por MADRITEL, por el que se aporta una relación de incidencias generadas por TESAU desde junio de 2001, por fallos del citado operador – según indica MADRITEL-. En total, se indican más de trescientos casos; en alguno de los cuales no identifica la incidencia, si bien la mayoría de los casos del listado se refiere al hecho de que, realizada la portabilidad, no se reciben llamadas desde la red de TESAU.

OCTAVO.16.- Escrito de Aló Comunicaciones, S.A. (Documento 39). Con fecha 6 de septiembre de 2002 tuvo entrada en el Registro de esta Comisión escrito presentado por Aló Comunicaciones, S.A., en el que señala que la



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

mencionada compañía no ha constatado la existencia de incumplimientos por parte de TESAU con relación a la ventana de cambio.

OCTAVO.17.- Vista del expediente (Documento 40). Con fecha 17 de septiembre de 2002, TESAU tomó vista del expediente.

OCTAVO.18.- Nuevo requerimiento a RETECAL (Documento 41). A la vista de que en el queja firmada por D. Ramón Luis Gutiérrez Acero – que RETECAL adjuntaba al escrito presentado 26 de agosto de 2002- no se identificaba el número de teléfono al que correspondía la queja, y teniendo en cuenta que según RETECAL la misma se refería al número 983390742, se requirió a RETECAL, por escrito de fecha 19 de septiembre de 2002, para que aportase copia de la solicitud de portabilidad correspondiente a ese número.

OCTAVO.19.- Trámite conferido a D. Ramón Luis Gutiérrez Acero (Documento 42). En línea con el requerimiento anterior, por escrito de fecha 19 de septiembre de 2002, se señaló plazo de diez días para que D. Ramón Luis Gutiérrez Acero confirmara que su queja se correspondía al número 983390742.

OCTAVO.20.- Traslado a TESAU de la reclamación de CABLETEL (Documento 43). En el marco del presente expediente sancionador, con fecha 19 de septiembre de 2002 se acordó dar traslado a TESAU de la reclamación remitida a esta Comisión por CABLETEL Cables Especiales y Telecomunicaciones, S.A. Dicha reclamación fue remitida por fax a esta Comisión en fecha 5 de febrero de 2002. En la misma, se hace alusión a la portabilidad solicitada con relación al número 950280028 a favor de SUPERCABLE, y a un supuesto de corte del servicio anterior a la portabilidad del número, indicando la fecha en que dicho corte se produjo.

Asimismo, CABLETEL pone de relieve en la reclamación que, tras realizar la portabilidad del número 950280028 mencionado, no se recibían llamadas de los clientes, razón por la cual decidió anular las solicitudes de portabilidad de otros cinco números, que estaba prevista a favor de SUPERCABLE, y, al objeto de tener todos los accesos con un mismo operador, procedió a portar de nuevo el número 950280028, esta vez a favor de TESAU.

OCTAVO.21.- Requerimiento a la Entidad de Gestión Técnica de Portabilidad (Documento 44). Por escrito de fecha 19 de septiembre de 2002 se acordó recabar de la Entidad de Gestión Técnica de la ER de Portabilidad cuál era la fecha que se había acordado con carácter definitivo para la ventana de cambio de los números 921 444 6444, 983 390 742, 950 280 028 y para el rango 987 842 000 a 987 842 499.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

OCTAVO.22.- Nuevo escrito de RETECAL (Documento 45). Por escrito recibido en el Registro de esta Comisión en fecha 26 de septiembre de 2002, RETECAL aportó copia de la solicitud de portabilidad correspondiente al número 983390742, la cual aparece firmada a nombre de D. Ramón Luis Gutiérrez Acero en fecha 23 de noviembre de 2001.

OCTAVO.23.- Escrito de la Entidad de Gestión Técnica de Portabilidad (Documento 46). El 26 de septiembre de 2002 se recibió en el Registro de esta Comisión escrito presentado por la Entidad de Gestión Técnica de la ER de Portabilidad, por el que remite la siguiente información:

Teléfono	Op. Donante	Op. Receptor	Fecha Ventana	Hora Ventana
921444644	Telefónica	Retecal	15/01/2002	14:00
983390742	Telefónica	Retecal	26/12/2001	11:00
950280028	Supercable	Telefónica	10/01/2002	14:00
987842000- 987842499	Telefónica	Firstmark	16/07/2002	17:00

OCTAVO.24.- Nuevo requerimiento a la Entidad de Gestión Técnica de Portabilidad (Documento 47). A la vista de que la información remitida por la Entidad de Gestión Técnica con relación al número 950280028 se refiere a un supuesto en que actúa como donante SUPERCABLE y como receptor TESAÚ, y teniendo en cuenta que la situación denunciada por CABLETEL Cables Especiales y Telecomunicaciones, S.A. era la inversa, por escrito de 30 de septiembre de 2002 se requirió a la Entidad de Gestión Técnica para que aportara la fecha de la ventana de cambio relativa al número 950280028, en el supuesto en que actuaba como donante TESAÚ y como receptor SUPERCABLE.

OCTAVO.25.- Nuevo escrito de la Entidad de Gestión Técnica de Portabilidad (Documento 48). Con fecha 2 de octubre de 2002 tuvo entrada en el Registro de esta Comisión escrito presentado por la Entidad de Gestión Técnica en el se aporta la siguiente información:

Teléfono	Op. Donante	Op. Receptor	Fecha Ventana	Hora Ventana
950280028	Telefónica	Supercable	20/11/2001	11:00

OCTAVO.26.- Solicitud de la declaración de ingresos brutos de TESAÚ (Documento 49). Con fecha 10 de octubre de 2002, se solicitó de la Dirección de Administración de la CMT copia compulsada de la declaración de ingresos brutos del ejercicio de 2001 presentada ante esta Comisión por TESAÚ.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

OCTAVO.27.- Vista del expediente (Documento 50). Con fecha 16 de octubre de 2002 TESAU tomó vista del expediente.

OCTAVO.28.- Copia compulsada de la declaración de ingresos brutos de TESAU. Con fecha 22 de octubre de 2002, la Dirección de Administración de la CMT envió copia compulsada de la declaración de ingresos brutos de TESAU en 2001 (Documento 51).

NOVENO.- Sobre la prueba.

No habiendo propuesto TESAU la práctica de prueba alguna, ni habiendo considerado necesario el Instructor la práctica de oficio de la misma, no se ha acordado en el presente procedimiento la apertura de un período de prueba.

DÉCIMO.- Propuesta de resolución (Documento 52).

Con fecha 29 de octubre de 2002, el Instructor del procedimiento redactó la correspondiente propuesta de resolución en la que, tras relatar, los antecedentes de hecho, fijar los hechos considerados probados y analizar los fundamentos de derecho aplicables al caso, propuso:

“PRIMERO.- *Que se declare responsable directa a Telefónica de España, S.A.U. de la comisión de una infracción muy grave tipificada en el artículo 79.15 de la Ley 11/1998, de 24 de abril, General de Telecomunicaciones, por el incumplimiento de las especificaciones técnicas aplicables a la conservación de numeración en caso de cambio de operador en las redes públicas telefónicas fijas, aprobadas por Resolución de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de 6 de mayo de 1999.*

SEGUNDO.- *Que se imponga a Telefónica de España, S.A.U. una sanción por importe de SIETE MILLONES DE EUROS (7.000.000 euros).”*

UNDÉCIMO.- Notificación de la propuesta de resolución (Documento 53).

La propuesta de resolución fue notificada a TESAU el mismo día 29 de octubre, concediéndole el plazo de quince días hábiles previsto en el artículo 19 del Reglamento del Procedimiento para el Ejercicio de la Potestad Sancionadora, para que pudiera formular alegaciones y presentar los documentos e informaciones que estimara pertinentes ante el Instructor del procedimiento.

DUODÉCIMO.- Alegaciones de TESAU (Documento 54).



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Con fecha 18 de noviembre de 2002 ha tenido entrada en el Registro de esta Comisión escrito de alegaciones presentado por TESAU.

Las alegaciones que se realizan en este escrito se estructuran en ocho apartados. Tales alegaciones son, básicamente, las siguientes:

- *Previa:* Con carácter general, señala TESAU que *“la propuesta de resolución presenta los hechos de forma incompleta y descontextualizada, circunstancias estas de las que resulta una inadecuada consideración jurídica de tales elementos fácticos”*, concluyendo que *“la realidad de los hechos y su adecuada consideración conforme a derecho ha de llevar necesariamente a concluir que TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A. (en lo sucesivo, TESAU) no ha incurrido en la infracción que se le imputa”*.
- *Primera:* TESAU manifiesta que la conducta que se le reprocha no es constitutiva de la infracción que la propuesta de resolución dice haberse cometido, por lo que se estarían vulnerando los principios de legalidad y tipicidad.

Expone TESAU que la tipificación exige una subsunción *“razonable, predecible y lógica”* de los hechos probados en el tipo que se dice realizado. A estos efectos, destaca que la Resolución de 6 de mayo de 1999 que se considera infringida tiene por objeto aprobar las especificaciones técnicas aplicables a la conservación de numeración en caso de cambio de operador en redes telefónicas públicas fijas, con lo que la obligación que dimana de la Resolución *“no se agota o se limita a un acto concreto sino que se proyecta y se materializa sobre un ingente número de operaciones”* (en concreto, *“cientos de miles de operaciones de portabilidad al año de considerable complejidad técnica y administrativa”*). Ante una obligación de esta naturaleza, considera TESAU que únicamente puede reputarse cometido un incumplimiento de la misma en caso de incumplimientos de carácter voluntario, doloso, o de supuestos de determinada relevancia; lo contrario, según TESAU, conduciría al absurdo de que cualquier incidencia o error en una única operación de portabilidad resultara constitutiva de incumplimiento de la Resolución de 6 de mayo de 1999.

En esta línea, TESAU indica que entre octubre de 2001 y septiembre de 2002 se han recibido y cumplimentado por TESAU un total de 233.519 peticiones de portabilidad donante, habiéndose portado, con motivo de dichas peticiones, 257.922 números. Según TESAU, el total de treinta y un casos que imputa la propuesta de resolución supone el 0,01% de los procesos de portabilidad llevados a cabo.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Concluye TESAU que las incidencias que le imputa la propuesta de resolución no tienen relevancia y no pueden constituir un incumplimiento de la Resolución de 6 de mayo de 1999. A título de ejemplo, TESAU se refiere a la Orden de 14 de octubre de 1999, reguladora de las condiciones de calidad en la prestación de los servicios de telecomunicaciones, en la que se contemplan los niveles mínimos de calidad de los proveedores del servicio telefónico fijo que tengan la consideración de dominantes y se admiten ciertos niveles de fallo o error que no podrían ser reprochados.

Pone de manifiesto TESAU dos circunstancias adicionales: Por una parte, el hecho de que en el procedimiento se haya efectuado, en dos ocasiones, un llamamiento a la totalidad de los operadores a fin de que pusieran de manifiesto las incidencias que hubiesen sufrido, y tan sólo se haya acreditado un total de treinta y un casos, y, por otra parte, el hecho de que las propias especificaciones aprobadas por la Resolución de 6 de mayo de 1999 se dediquen a la detección de incidencias y errores, lo que evidencia la complejidad técnica y administrativa de los procesos de portabilidad.

Añade TESAU que *“El criticable carácter abierto o de norma en blanco que constituye el artículo 79.15 de la Ley General de Telecomunicaciones exige, en este caso a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, que su aplicación se lleve a cabo extremando el cuidado y respeto a los principios que rigen el ejercicio de la potestad sancionadora por parte de las Administraciones Públicas”*. Cita ciertas Sentencias del Tribunal Constitucional sobre la razonabilidad en la aplicación de la norma sancionadora, el principio de seguridad jurídica en el ámbito penal, la exigencia de predeterminación normativa de las conductas ilícitas y los principios de legalidad y tipicidad en relación con el reenvío normativo a normas no penales.

Finalmente, destaca TESAU que la Sentencia de la Audiencia Nacional de 17 de septiembre de 2002 (recurso número 78/2001) redujo el importe de la sanción impuesta por la CMT a Jazz Telecom, S.A., teniendo en cuenta las circunstancias atenuantes aplicadas, la inexistencia de voluntad de cometer la infracción y el hecho de que la Resolución de 30 de marzo de 2000 incumplida no estableciera un plazo concreto para su cumplimiento, no obstante su ejecutividad inmediata.

- *Segunda:* TESAU considera que se ha vulnerado el derecho de defensa y el derecho a ser informado de la acusación, habiéndose alterado los hechos imputados. Destaca a este respecto TESAU que con posterioridad a la incoación del expediente, la CMT procedió de nuevo a requerir a los



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

operadores del sector la remisión de nuevas incidencias, *“admitiendo la incorporación al expediente... de nuevas denuncias de hechos distintos a los contemplados en el acuerdo de incoación”*.

TESAU cita una Sentencia del Tribunal Constitucional sobre vulneración del derecho de defensa en un caso en el que ha tenido lugar una modificación sustancial de los hechos imputados.

- *Tercera:* Manifiesta TESAU que ni ha incumplido ni ha admitido haber incumplido las especificaciones técnicas en materia de portabilidad, *“sino que se ha limitado a reconocer, cuando así ha correspondido, que, como el resto de operadores y la propia ER, y habida cuenta de la extrema complejidad del proceso de portabilidad, se han producido incidencias o desfases tiempo puntuales”*, añadiendo que dichas incidencias fueron resueltas en su momento *“mediante la colaboración de todas las partes implicadas”*.
- *Cuarta:* Considera TESAU que el caso de la solicitud de portabilidad de SUPERCABLE correspondiente al número 950280028, y el caso de IBERBANDA correspondiente al rango 987 842 000 a 987 842 499, no han quedado suficientemente acreditados en el expediente. En concreto, con relación al caso de IBERBANDA, dice TESAU que se produjo una cancelación de una primera solicitud de portabilidad que, *“por un problema de mensajería entre ER y TESAU”*, no fue recibido por TESAU, y, por consiguiente, TESAU no confirmó dicha cancelación, *“circunstancia ésta que IBERBANDA debería haber confirmado mediante la Base de datos de confirmaciones”*.
- *Quinta:* TESAU considera que no concurre el requisito subjetivo de la culpabilidad y que las incidencias detectadas *“lejos de constituir una negligencia grave, son muestra de un grado de diligencia notable, fruto de un esfuerzo técnico, económico, y humano considerable en orden a la aplicación de las especificaciones técnicas de portabilidad aprobadas por esta Comisión”*.
- *Sexta:* Alega TESAU que el presente procedimiento sancionador constituye un ejercicio desproporcionado y desviado de la potestad sancionadora, por el que se persigue *“un fin distinto al legítimo y querido por el Ordenamiento Jurídico”*, dada la *“absoluta falta de todo punto de conexión entre los hechos que se imputan a mi principal y la innecesaria, injustificada y desproporcionada reacción desarrollada por esta Comisión mediante el expediente que nos ocupa”*.
- *Séptima:* Según TESAU, no concurre la circunstancia agravante de daño causado. En cuanto al daño a los abonados, entiende que dicho daño se produciría en cualquier supuesto de incidencia o error en la realización de una



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

portabilidad, y que a estos supuestos da respuesta el artículo 56.3 del Reglamento del Servicio Universal, que establece el derecho de indemnización del usuario en un caso de interrupción del servicio. En cuanto al daño a los operadores alternativos, entiende TESAU que no consta acreditado en el expediente.

- *Octava:* TESAU considera que la sanción propuesta no guarda ninguna adecuación con la nula gravedad de los hechos que se le imputan. Estas consideraciones habrían de determinar, según TESAU que *“en el negado caso de acordarse la imposición de sanción a TESAU ésta deba ser fijada en su grado mínimo, esto es, en el importe de 0,001 euros”*.

TESAU termina su escrito de alegaciones solicitando que se proceda a archivar el presente expediente sancionador.

Al escrito presentado se acompaña un Anexo I (que consiste en un certificado expedido por D. Pablo de Carvajal González, Secretario General y del Consejo de Administración de TESAU, acerca de las peticiones de portabilidad tramitadas entre los meses de octubre de 2001 y septiembre de 2002) y un Anexo II (con un informe de la Entidad de Gestión Técnica de la ER sobre la solicitud de portabilidad de IBERBANDA correspondiente al rango de numeración 987 842 000 a 987 842 499).

II HECHOS PROBADOS

De la documentación obrante en el expediente han quedado probados, a los efectos del procedimiento de referencia, los siguientes hechos:

PRIMERO.- Que TESAU, obrando como operador donante, ha realizado actuaciones que son necesarias para hacer efectiva la portabilidad fuera del plazo acordado como ventana de cambio.

Este hecho se deduce, particularmente, de la carta de fecha 1 de febrero de 2002 enviada por TESAU a RETECAL, que ha sido aportada por la propia TESAU con el escrito presentado el 25 de febrero de 2002 (*Documento 4*). En dicha carta se expresa lo siguiente:

“En contestación a su carta 17 de enero de 2002, donde se nos informa de los problemas que están surgiendo con la portabilidad numérica. Le informo que



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

*debido a la gran complejidad del servicio, del poco tiempo de maniobra de que disponemos y de las diferentes aplicaciones que deben coordinarse para llevar a cabo con éxito la Portabilidad, hemos detectado que esta situación de desfase de tiempo y **en algunas ocasiones se ejecuta la baja de línea con antelación de la fecha acordada.***

Esta situación está siendo algo puntual, aunque entendemos su malestar por los inconvenientes ocasionados. Por ello ruego acepte mis disculpas indicándole que estamos realizando las gestiones oportunas para solventar estos inconvenientes lo antes posible.”

Queda acreditado, por tanto, que TESAU, por el propio reconocimiento que, de esa conducta, efectúa en la carta que dirige a RETECAL el 1 de febrero de 2002, ha realizado actuaciones que son necesarias para hacer efectiva la portabilidad fuera del plazo acordado como ventana de cambio.

Esta conducta ha sido denunciada por diferentes operadores, con relación a una pluralidad de supuestos.

Con carácter específico, de las actuaciones practicadas en el procedimiento, han quedado acreditados los siguientes supuestos concretos, en los que TESAU realiza actuaciones necesarias para hacer efectiva la portabilidad fuera del plazo acordado como ventana de cambio:

a) Con relación a solicitudes de portabilidad de RETECAL:

Ha quedado acreditado que TESAU ha ejecutado la baja de la línea con anterioridad a la fecha acordada como ventana de cambio, con relación a solicitudes de portabilidad presentadas por RETECAL relativas a los siguientes 21 números:

- Números **975 226 669**, **983 354 074**, **923 260 470**, **983 221 594**, **983 201 208**, **983 371 455**, **983 351 728**, **923 210 263**, **975 213 619**, **975 211 380**, **975 224 459**, **983 306 863**: Se trata de 12 números correspondientes a solicitudes de portabilidad que tenían la ventana de cambio prevista para octubre de 2001.

En el escrito presentado el 25 de febrero de 2002 (*Documento 4*), TESAU dice:

“De las líneas detalladas por RETECAL en el correo de 25-10-2001 (13 líneas), llama la atención el hecho de que respecto de una ellas, en concreto la línea 983265693, no exista solicitud de portabilidad alguna.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

En contestación al correo de RETECAL, Telefónica de España, tal y como consta en el documento adjuntado al escrito de denuncia como documento nº 2, remitió un correo señalando que el problema detectado había sido solucionado y que en cualquier caso, se trataba de un hecho puntual.

(...)

En efecto, de los 20 números que aparecen en este correo electrónico del mes de diciembre, debe indicarse lo siguiente:

- a) ***Que respecto a los errores detectados en 12 líneas, denunciados ya en el mes de Octubre, los mismos ya habían sido subsanados.***

Estas consideraciones de TESAU se reiteran en el escrito presentado el 21 de junio de 2002 [HECHO Séptimo], indicando, además, que *“Telefónica de España inició inmediatamente las correspondientes actuaciones para subsanar las incidencias desde el momento de la reclamación, dando las oportunas instrucciones para que se diese de alta de forma inmediata el servicio en todas esas líneas hasta la fecha acordada de ventana de cambio”*.

Queda acreditado, por tanto, que TESAU anticipó el corte de línea respecto a los doce números mencionados.

- Números **983 479 622**, **983 476 038**, **983 344384**, **983 477 519**, **983 356 714**, **947 311 269**, **983 309 850**: Se trata de 7 números correspondientes a solicitudes de portabilidad que tenían la ventana de cambio prevista para noviembre de 2001.

En el escrito presentado el 25 de febrero de 2002, TESAU dice:

“En efecto, de los 20 números que aparecen en este correo electrónico del mes de diciembre [se trata del correo de fecha 3 de diciembre de 2001 enviado por RETECAL a TESAU, y que RETECAL aporta junto con su escrito de denuncia], debe indicarse lo siguiente:

- a) *Que respecto a los errores detectados en 12 líneas, denunciados ya en el mes de Octubre, los mismos ya habían sido subsanados.*
- b) *Que la línea 983265693 correspondía a un error de RETECAL, toda vez que respecto de ella no existe solicitud de portabilidad alguna.*
- c) ***Que respecto a los 7 números restantes, se trata de un hecho puntual, respecto al cual Telefónica inició inmediatamente las correspondientes actuaciones para subsanarlo, dando las oportunas instrucciones para que se diese de alta el servicio hasta la fecha acordada de ventana de cambio. Esta actuación de Telefónica de España tendente a solucionar la problemática planteada ha quedado suficientemente probada en el Expediente con la documentación aportada por el propio denunciante.”***

Estas consideraciones de TESAU se reiteran en el escrito presentado el 21 de junio de 2002.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Queda acreditado, por tanto, que TESAU anticipó el corte de línea respecto a los siete números mencionados.

- Número **921 444 644**: Se trata de 1 número correspondiente a una solicitud de portabilidad que tenía ventana de cambio prevista para enero de 2002.

Según el escrito de denuncia presentado por RETECAL (*Documento 1*), este número tenía la ventana de cambio prevista para el 15 de enero de 2002 y sufrió un corte de línea el 11 de enero de 2002. RETECAL aporta impresión de un correo electrónico enviado el 14 de enero de 2002, a las 13:38, a TESAU, en el que alude al corte de línea que ha sufrido este número.

En su escrito de alegaciones presentado el 16 de julio de 2002 (*Documento 25*), TESAU dice que no le consta haber incumplido la ventana de cambio con relación a ese número.

Sin embargo, en la queja expresada a RETECAL por Estudio Gráfico Lloriente Rubio, S.L. con relación a la portabilidad del mencionado número (*Documento 35*) se manifiesta lo siguiente:

“Según Retecal, el cambio de portabilidad (para lo cual se había concertado fecha con la compañía portadora de la línea de teléfono 921444644, es decir, Telefónica) se tenía previsto hacer el día martes, 15 de enero de 2002, de las 14,00 a las 17,00 horas, cuando realmente no tuvimos disponibilidad de esa línea hasta el miércoles día 16 de enero, a medio día.

*Según Telefónica, a través de su departamento de portabilidad, información que nos fue facilitada mediante el 1004, ésta dio de baja la línea el día miércoles, 9 de enero de 2002 (fecha de la orden de baja), cuando realmente **la línea dejó de tener servicio real el viernes 11 de enero de 2002 a las 14,00 horas aprox.**; de lo que se deduce que el funcionamiento interno de Telefónica no sabe fehacientemente cuándo se ha hecho este cambio de portabilidad.*

*En definitiva, el perjudicado es el usuario, en este caso **Estudio Gráfico S.L.**, que **estuvo sin línea telefónica durante unos días, desde el día 11 al día 16**, con el consiguiente perjuicio.”*

El escrito presentado por la Entidad de Gestión Técnica de la ER (*Documento 46*) confirmó que la portabilidad del número 921 444 644 estaba prevista para el día 15 de enero de 2002, a las 14:00.

Queda acreditado, por tanto, que TESAU anticipó el corte de línea respecto del número 921 444 644.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

- Número **983 390 742**: Se trata de 1 número correspondiente a una solicitud de portabilidad que tenía la ventana de cambio prevista para diciembre de 2001.

Según el escrito de denuncia presentado por RETECAL, este número tenía la ventana de cambio prevista para el 26 de diciembre de 2001 y sufrió un corte de línea el 21 de diciembre de 2002. En su escrito de alegaciones presentado el 16 de julio de 2002, TESAU dice que no le consta haber incumplido la ventana de cambio con relación a ese número.

En la queja expresada a RETECAL por D. Ramón Luis Gutiérrez Acero con relación a la portabilidad del mencionado número (*Documento 35*) se manifiesta lo siguiente:

“El motivo de la presente es expresar una queja a telefónica debido a la portabilidad que era prevista para el día 26 de diciembre de 2001 y sin embargo, el servicio fue cortado el 21 de diciembre de dicho año.”

La solicitud de portabilidad que RETECAL adjunta al escrito presentado el 26 de septiembre de 2002 (*Documento 45*) pone de relieve que la queja expresada por D. Ramón Luis Gutiérrez Acero se refiere al número 983 390 742. El escrito presentado por la Entidad de Gestión Técnica de la ER (*Documento 46*) confirmó que la portabilidad del número número 983 390 742 estaba prevista para el día 26 de diciembre de 2001, a las 11:00.

Queda acreditado, por tanto, que TESAU anticipó el corte de línea respecto al número 983 390 742.

b) Con relación a solicitudes de portabilidad de UNI2:

Ha quedado acreditado que TESAU no ha respetado la ventana de cambio acordada con relación a las solicitudes de portabilidad de UNI2 correspondientes a los siguientes 9 casos:

- Número **906 300 264**:

En el escrito presentado el 26 de marzo de 2002 (*Documento 8*), UNI2 identifica este número como un supuesto en el que TESAU no ha respetado la ventana de cambio acordada. TESAU, en el escrito presentado el 9 de mayo de 2002 (*Documento 13*) manifiesta en relación a ese número: ***“Por un error humano, se introdujo en uno de los sistemas implicados en la portabilidad***



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

una fecha de ventana de cambio errónea. Se resolvió la incidencia en la misma mañana en que fue introducida en el SGO”.

Queda acreditado que, por tanto, que TESAU no respetó la ventana de cambio acordada para el número 906 300 264.

- Números **914 473 027**, **914 473 001**, **914 472 876**, **914 473 152**, **914 473 226**, **914 473 240**, **914 473 098** (7 números):

Con relación a estos números, en el escrito presentado el 26 de marzo de 2002, UNI2 señala que se ha producido un adelanto de la ventana de cambio: *“La ventana de cambio estaba fijada para el día 22/2/2002 a las 17 hrs. Los 7 números mencionados son portados el día 20/2/2002 a las 17 hrs., dos días antes de lo previsto, sin justificación alguna por parte de TESAU”*. UNI2 aporta una serie de correos electrónicos internos, relativos a estos siete números, en los que se señala que la incidencia fue abierta el 21 de febrero a las 17:15 horas y que llegadas las 17:00 horas del día 22, fecha acordada para la ventana de cambio, TESAU no había realizado ninguna actuación para solventar el problema.

Por su parte, TESAU, en el escrito presentado el 9 de mayo de 2002 manifiesta:

*“Los números que nos ocupan 914472801, 914472876, 914473001, 914473027, 914473098, 914473152, 914473226, 914473240 constituyen un grupo de salto por lo que se introdujo una sola orden para el grupo de salto. No obstante, **la fecha de ejecución de esta orden era errónea.** De hecho, **los números de referencia portaron erróneamente el día 20-02-2002 a las 17:08h.**, y así figura en todos los sistemas implicados en la Portabilidad, por lo cual al verificar los datos, todo parecía estar correcto.*

Posteriormente, detectado el error, con fecha 22-02-2002 a las 10:07h de la mañana se introduce orden en el sistema para recuperar los números portados anteriormente. Con lo cual se entiende que en ese momento, por parte de Telefónica de España, debe quedar resuelta la incidencia, hasta la hora de Ventana definitiva. De hecho, consta una nueva Orden de Baja con Donación de Identidad, que se ejecuta correctamente el día 22-02-2002 a las 17:28h.”

Queda acreditado, por tanto, que TESAU efectuó el corte de línea con anterioridad a la ventana de cambio, para los siete números antes mencionados.

- Número **902 121 012**:



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

En el escrito presentado el 26 de marzo de 2002, UNI2 indica que en este caso se produce una incidencia que se detecta el 22 de noviembre de 2001 a las 11:30 y se resuelve ese día a las 21:39. Al escrito presentado el 1 de agosto de 2002 (*Documento 30*), UNI2 acompaña queja presentada por *Turyocio*, con relación a ese número, en la que se expresa lo siguiente:

“Me pongo en contacto con ustedes para transmitirles mi más sincero malestar debido a la situación que se produjo ayer al realizar la portabilidad del número 902121012.

*Según me habían comentado la portabilidad se iba a realizar entre las 8 y las 11h el día 22 de Noviembre de 2001. Teóricamente a las 11 de la mañana el servicio tendría que funcionar sin ningún problema. Sin embargo **detectamos que no se podían realizar llamadas desde teléfonos fijos de Telefónica y móviles Amena y Movistar.** Les transmitimos el problema y ésta es la información de que dispongo respecto a la resolución de la incidencia:*

- Se abrió incidencia a las 11.46 desde el operador receptor Uni2.*
- Durante el resto de la mañana y primera hora de la tarde se estuvieron realizando llamadas (tanto por el personal de Uni2 como propio) sin éxito.*
- Sólo alrededor de las 17.30 comprobamos que comenzaban a entrar llamadas con normalidad.*

Sin embargo Vds. me han comentado que, tras abrir la incidencia, Telefónica la dio por resuelta hacia las 15h cuando seguíamos sin poder recibir llamadas de los operadores antes mencionados.”

Por su parte, TESAU, en el escrito presentado el 9 de mayo de 2002, señala lo siguiente:

“A este respecto, únicamente podemos señalar que LINCE solicitó la Portabilidad del Número 902121012, el día 15-11-2001, siendo aceptada por Telefónica de España el mismo día. No obstante al no recibirse confirmación por parte del operador receptor (CP) el proceso finalizó por W (Expiración de temporizadores críticos detectados E.R.)

De nuevo se cursa una solicitud de portabilidad el día 16-11-2001. Esta vez se completa el proceso con todos los mensajes y se acuerda entre los operadores la Ventana de Cambio para el día 22-11-2001 entre las 08:00h y las 11:00h.

***Por un error humano no se introduce orden los sistemas y no se produce el enrutamiento en su debido momento.** Detectada la incidencia por SGO, procedemos a introducir dicha orden a las 16:40h del mismo día 22. No obstante, se presentó reclamación en SGO. Como consecuencia de esta reclamación se realizaron las pruebas pertinentes detectando la causa de la incidencia por lo que el servicio se restablece el propio 22 de noviembre a las 17.03h.”*

Queda acreditado, por tanto, que TESAU no respetó la ventana de cambio acordada respecto al número 902 121 012.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

c) Con relación a solicitudes de portabilidad de ABLE:

Ha quedado acreditado que TESAU no ha respetado la ventana de cambio acordada con relación a las solicitudes de portabilidad de ABLE correspondientes a los siguientes 5 casos:

- Números **976 510 958**, **976 512 018**, **976 512 436**, **976 512 674**, **976 513 028** (5 números):

En el escrito presentado el 26 de marzo de 2002 por AUNABLE (*Documento 7*), se alude a estos números al indicar los casos en que se ha producido un incumplimiento de la ventana de cambio por parte de TESAU respecto de solicitudes de portabilidad presentadas por ABLE. En concreto, se indica que estos números tenían prevista su portabilidad para el viernes día 1 de febrero de 2002, de 8:00 a 11:00, y, sin embargo, los números seguían activos en TESAU a las 13:30.

Estas alegaciones se reiteran en el escrito presentado por AUNACABLE el 23 de abril (*Documento 12*).

En el escrito presentado el 9 de mayo de 2002 (*Documento 13*), TESAU, con relación a los números mencionados, manifiesta lo siguiente: ***“La incidencia detectada en estos números fue subsanada en la misma mañana en que estaba prevista la ventana de cambio”***.

Queda acreditado, por tanto, que TESAU no respetó la ventana de cambio acordada para esos cinco números de teléfono.

d) Con relación a solicitudes de portabilidad de IBERBANDA:

Ha quedado acreditado en el procedimiento que TESAU no ha respetado la ventana de cambio acordada con relación a una solicitud de portabilidad de IBERBANDA que afectada a quinientos números:

- Bloque **987 842 000 a 987 842 499**:

Con el escrito presentado el 19 de julio de 2002 (*Documento 28*), IBERBANDA presenta copia de la solicitud de portabilidad de RENFE – Dirección Técnica - Dirección General Corporativa, relativa al bloque de números mencionado, solicitud de fecha 13 de marzo de 2002. Asimismo aporta impresión de un correo electrónico enviado a IBERBANDA por el Jefe



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

de Planificación de Medios de Transmisión del Gabinete de Telecomunicaciones de RENFE el 15 de julio de 2002, en el que se expresa:

“Como ya sabrás, en León desde el día 13 (probablemente el 12) tenemos la central telefónica aislada en llamadas entrantes.

Las causas parecen ser que por parte de Telefónica se ha excluido el rango de numeración de esta central, tal y como estaba previsto inicialmente, pero no se ha llevado a efecto la portabilidad de estos números para que sean conocidos por todos los Operadores.”

Aclara en su escrito IBERBANDA que, en una primera solicitud, la ventana de cambio se concedió, efectivamente, para el viernes 12 de julio a las 17:00 horas, pero que dicha solicitud fue cancelada por la Entidad de Referencia el 9 de julio (IBERBANDA aporta impresión del mensaje), y que, presentada una nueva solicitud el 10 de julio (aporta impresión del mensaje), se acordó ventana de cambio para el 16 de julio a las 17:00 horas.

La Entidad de Gestión Técnica de la ER confirmó que el bloque 987 842 000 – 987 842 499 tenía la ventana de cambio para el día 16 de julio de 2002 a las 17:00 horas (*Documento 46*).

TESAU efectuó, por tanto, un corte de línea anterior a la ventana de cambio.

e) Con relación a las solicitudes de portabilidad de SUPERCABLE:

Ha quedado acreditado que TESAU no ha respetado la ventana de cambio acordada con relación a la solicitud de portabilidad de SUPERCABLE para el número **950 280 028**:

En el escrito enviado a la CMT (*Documento 43*) por CABLETEL Cables Especiales y Telecomunicaciones, S.A. se manifiesta lo siguiente:

“Nos dirigimos a ustedes por medio del presente escrito, en relación a la portabilidad que realizó nuestra empresa con el número de teléfono 950280028 de nuestra delegación en la provincia de Almería situada en la siguiente dirección: ...

La portabilidad se solicitó a través de la operadora Supercable de nuestro número anteriormente citado que teníamos con Telefónica.

Supercable se pone en contacto con nuestra empresa indicándonos que la portabilidad se realizará el 20 de noviembre de 2001 en la franja horaria de 14.00 a las 17.00.

Nuestros problemas comienzan el día 15 de noviembre de 2001 en el cual el operador Telefónica suspende el servicio del número 950280028 cortándolo, el servicio no se restablece hasta el día 17 de noviembre de



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

2001. La explicación fue que debido a un error confundieron la solicitud de portabilidad con una solicitud de baja. No se nos ha indemnizado por este perjuicio que consideramos malintencionado y relacionado con la portabilidad a otro operador.”

El escrito presentado por la Entidad de Gestión Técnica de la ER confirmó que la portabilidad solicitada por SUPERCABLE a TESAU con relación al número 950 280 028 estaba prevista para el día 20 de noviembre de 2001 a las 11:00 horas.

TESAU efectuó, por tanto, un corte de línea anterior a la ventana de cambio.

SEGUNDO.- Que TESAU fue advertido de casos en los que había llevado a cabo actuaciones para hacer efectiva la portabilidad fuera del plazo acordado como ventana de cambio, y, que, con posterioridad a estos avisos, ha continuado realizando dicha conducta.

Este hecho se deduce, principalmente, de las comunicaciones sucesivas que RETECAL dirige a TESAU por motivo de los cortes de línea que se estaban produciendo con anterioridad a la fecha acordada como ventana de cambio:

- El 25 de octubre de 2001 RETECAL dirige un correo electrónico a TESAU en el que se expresa lo siguiente: *“Últimamente estamos teniendo problemas con ciertas portabilidades debidas a que la baja de Telefónica se efectúa antes de la VC. El problema se ha repetido en numerosas ocasiones, por lo que os pido que los reviseis para comprobar qué parte del procedimiento está fallando”. A continuación, el correo identifica ciertos casos detectados correspondientes a octubre de 2001.*

Este correo electrónico ha sido aportado por TESAU en su escrito de 25 de febrero de 2002 (*Documento 4*).

- El 30 de octubre de 2001 RETECAL dirige a TESAU un correo electrónico en el que se manifiesta lo siguiente:

“Durante este mes de Octubre se ha venido repitiendo la baja de línea por parte de Telefónica antes de la V.C. Esto provoca que el cliente se quede sin servicio durante este tiempo sin que RETECAL pueda responder. El cliente abre incidencias en el 1002 sin que se le dé una solución. Os volvemos a solicitar una solución urgente a esta situación. Si necesitáis más información al respecto, poneos en contacto con...”

Este correo electrónico ha sido aportado tanto por RETECAL (*Documento 1*) como por TESAU (*Documento 2*).



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

El mismo día 30 de octubre de 2001, TESAU envía un correo electrónico a RETECAL que lleva por título de asunto “RV: CORTE DE LINEA EN TELEFONICA ANTES DE VC”, en el que se manifiesta lo siguiente (*Documento 1*):

“Eva referente a la consulta que haces, sobre este tema, se ha analizado cada uno de los procesos y vemos que es un hecho puntual, que ha quedado resuelto, no obstante si existiese alguna incidencia, la reiteráis, para volver a analizar el tema.

En cuanto a uno de los números que nos pasas en la relación (983265693), no puede haber tenido este problema, ya que no existe solicitud de portabilidad para ese número.”

Este correo de TESAU es aportado por RETECAL junto con su escrito de denuncia (*Documento 1*).

- Con posterioridad a este correo, el 3 de diciembre de 2001, RETECAL remite a TESAU un correo electrónico en el que expresa (*Documento 1*): “Te remito la lista de números que han sufrido un corte de línea anterior a la ventana de cambio. Os ruego vigiléis esta situación que provoca serios problemas en los clientes”. A continuación se recoge una lista que incluye los números correspondientes al mes de octubre, y otros siete números, correspondientes al mes de noviembre –posteriores, por tanto, a los dos correos electrónicos anteriores, enviados por RETECAL-. Respecto de estos siete números, el corte de línea de TESAU anterior a la ventana de cambio ha quedado acreditado en el HECHO PROBADO Primero.
- Con posterioridad a los casos sucedidos en el mes de noviembre, y con posterioridad al correo enviado el 3 de diciembre de 2001, se produce otro caso el 21 de diciembre de 2001. Al respecto, RETECAL remite un correo a TESAU, que tiene fecha de 21 de diciembre de 2001 (*Documento 1*). En este correo se expresa lo siguiente:

“El abonado con número de teléfono 983390742 nos ha comunicado que Telefónica le ha confirmado que le ha cortado la línea hoy 21/12/01 por el proceso de portabilidad. Este abonado tendrá su Ventana de Cambio el día 26/12/01 de 11 a 14 horas.

Según el abonado en la última conversación mantenida con Telefónica le han indicado que como un favor le restablecerán la línea el lunes, por favor activar de nuevo hoy la línea hasta su V.C.”



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

El corte de línea de TESAU anterior a la ventana de cambio, con respecto a ese número, ha quedado acreditado en el HECHO PROBADO Primero.

- Tras este correo, el 14 de enero de 2002 RETECAL remitió un nuevo correo a TESAU (*Documento 1*) con un nuevo caso producido en este mes de enero de 2002. En el correo electrónico mencionado se expresa:

“El número de teléfono 921444644 ha solicitado la portabilidad de su número, y de hecho nosotros ya la hemos solicitado, y la VC que tiene es para mañana día 15/01/02 de 14 a 17h, pero el abonado nos indica que ya se le ha cortado la línea.

El abonado, que es una empresa, indica que no tiene línea de Telefónica, y esto mismo se lo han comunicado desde Telefónica. Le han dicho que ya está dado de baja.”

El corte de línea de TESAU anterior a la ventana de cambio, respecto de este número, ha quedado acreditado en el HECHO PROBADO Primero.

- Con posterioridad a este correo, RETECAL envió una carta a TESAU de fecha 17 de enero de 2002, exponiendo el hecho objeto de denuncia (*Documento 1*), la cual fue contestada por TESAU por carta de fecha 1 de febrero de 2002 (*Documento 4*), en la que se pedían disculpas por la situación producida.

Con posterioridad a estas cartas, han tenido lugar otros casos en los que, fuera de la ventana de cambio, se han llevado a cabo por TESAU actuaciones que han de realizarse para hacer efectiva la portabilidad. Así ha quedado acreditado en el HECHO PROBADO Primero, con relación a siete números de UNI2 (914 473 027, 914 473 001, 914 472 876, 914 473 152, 914 473 226, 914 473 240, 914 473 098), que tenían su portabilidad prevista para el 22 de febrero de 2002 y sufrieron el corte de línea el día 20 de febrero, y con relación al bloque 987 842 000 a 987 842 499, correspondiente a una solicitud de IBERBANDA, que tenía su portabilidad prevista para el día 16 de julio de 2002 y sufrió un corte de línea el día 12 ó 13 de julio.

III

FUNDAMENTOS DE DERECHO



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

PRIMERO.- Habilitación competencial de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones para resolver el presente procedimiento sancionador.

El Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones es el órgano competente para incoar y resolver el presente procedimiento sancionador, a tenor de lo establecido en el artículo 84.1.a) de la Ley 11/1998, de 24 de abril, General de Telecomunicaciones, y el apartado Dos.2. I) del artículo 1 de la Ley 12/1997, de 24 de abril, de Liberalización de las Telecomunicaciones, en relación con lo dispuesto en el apartado Tres del mismo artículo 1. De acuerdo con estos preceptos corresponde a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, por medio de su Consejo, el ejercicio de la potestad sancionadora por el incumplimiento de la instrucciones dictadas para salvaguardar la libre competencia en el mercado de las telecomunicaciones y de los acuerdos y resoluciones que adopte en ejecución de las funciones públicas que se le atribuyen; así como por el incumplimiento de los requerimientos de información formulados por la Comisión en el ejercicio de sus funciones.

SEGUNDO.- Tipificación de los hechos probados.

El presente procedimiento sancionador se inició ante la posible comisión de una infracción tipificada en el artículo 79.15 de la Ley 11/1998, de 24 de abril, General de Telecomunicaciones, que califica como infracción muy grave el incumplimiento de las resoluciones adoptadas por la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones en el ejercicio de sus funciones, con excepción de las que lleve a cabo en el procedimiento arbitral, previo sometimiento voluntario de las partes.

La infracción al artículo 79.15 de la Ley 11/1998 se concreta, en el presente caso, en el incumplimiento del apartado primero del RESUELVE de la Resolución de la CMT de 6 de mayo de 1999, recaída en el expediente RS 168/1998, sobre las especificaciones técnicas aplicables a la conservación de numeración en caso de cambio de operador en las redes públicas telefónicas fijas. En el apartado primero del RESUELVE de esta Resolución se acuerda aprobar las mencionadas especificaciones técnicas que se adjuntan como Anexo I a la Resolución.

En la *Especificación Técnica de los procedimientos administrativos para la conservación de numeración en caso de cambio de operador de red telefónica fija*, recogida en el Anexo I a la Resolución de 6 de mayo de 1999, se establece (apartado 5.1.3):



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

“Dentro de la ventana de cambio acordada, los operadores receptor y donante realizarán los cambios necesarios en planta y predios del abonado si fuese preciso.”

Asimismo, en el apartado 3 de la Especificación Técnica, sobre *Definiciones*, se señala:

“Ventana de cambio de operador.”

Es el plazo de tiempo determinado por la fecha, hora de inicio y su duración, dentro del cual los operadores del dominio de encaminamiento de portabilidad habrán de hacer las necesarias actuaciones en planta, así como en predios del abonado si fuera preciso. Durante este período no será posible garantizar al usuario el correcto funcionamiento del servicio.”

De acuerdo con lo dispuesto en la Especificación Técnica, TESAU, actuando como operador donante, estaba obligado a realizar las actuaciones necesarias para hacer efectiva la portabilidad *dentro del plazo acordado como ventana de cambio*.

Al objeto de determinar la tipificación de la actuación de TESAU, es necesario analizar si, de alguna de las actuaciones de TESAU que han resultado probadas, puede inferirse que ha existido un incumplimiento de la obligación de realizar las actuaciones necesarias para hacer efectiva la portabilidad dentro del plazo acordado como ventana de cambio.

Pues bien, de acuerdo con lo señalado en el HECHO PROBADO Primero, TESAU ha incumplido la Especificación Técnica aprobada por la Resolución de 6 de mayo de 1999.

En concreto, según lo determinado en este HECHO PROBADO Primero, ha habido supuestos en los que TESAU ha procedido a cortar su servicio con anterioridad a la fecha acordada como ventana de cambio, y también ha habido supuestos en los que, después de la fecha acordada como ventana de cambio, no se recibían llamadas desde los números de teléfono de TESAU, por no haber llevado a cabo este operador las actuaciones necesarias para hacer efectiva la portabilidad dentro del plazo acordado como ventana de cambio.

TERCERO.- Culpabilidad de TESAU en la comisión de la infracción.

Una vez acreditada la existencia de una infracción creada y tipificada por la Ley, el ejercicio efectivo de la potestad sancionadora precisa de un sujeto pasivo al que se impute su comisión. La realización de un hecho antijurídico debidamente tipificado ha de ser atribuida a un sujeto culpable.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

La Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de diciembre de 1995 reconoce la aplicabilidad del principio de culpabilidad al ámbito del procedimiento administrativo sancionador:

“La Jurisprudencia del Tribunal Supremo, en línea con la del Tribunal Constitucional, ha establecido que la potestad sancionadora de la Administración, en tanto que manifestación del “ius puniendi” del Estado, se rige por los principios del Derecho penal, siendo principio estructural básico el de culpabilidad, incompatible con un régimen de culpabilidad objetiva, sin culpa, encontrándose esta exigencia expresamente determinada en el artículo 130.1 LRJPAC ...”.

De conformidad con esta doctrina jurisprudencial el legislador español ha recogido el principio de culpabilidad al regular la potestad sancionadora de la Administración. Así, el art. 130.1 LRJPAC establece:

“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.”

De este modo, para la imposición de una sanción por la Administración se exige que el sancionado sea culpable de los actos sancionados; es decir, que le sea imputable la autoría de la infracción, aún a título de simple inobservancia, tal y como establece el artículo 130.1 de la LRJPAC. En este sentido se expresa la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia Andalucía/Granada 28 noviembre 1994 (RJCA 1995/678):

“Asimismo se alega la inexistencia de culpabilidad a título de dolo o culpa. Pero es evidente que el incumplimiento por la Empresa de medidas de obligada observancia constituye al menos una negligencia y, como tal, debe ser calificada de conducta culposa.” (F.D. 5)

En todo caso, el elemento subjetivo que la culpabilidad supone se refiere a la acción en que la infracción consiste y no a la vulneración de la norma, tal y como ha declarado reiteradamente la Jurisprudencia. Así, la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 enero 1991 (Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi 1991/477) en su Fundamento de derecho 4 enuncia claramente la conceptualización del principio de culpabilidad:

“Por último en cuanto a la alegada ausencia de intencionalidad de incumplir las disposiciones legales, referidas en la resolución sancionadora, y a la necesidad del dolo o culpa como elemento de la infracción administrativa, debe señalarse, que, sin negar este elemento, no puede afirmarse que el dolo o la culpa deban



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

entenderse como acto de voluntad directamente referido a la vulneración de la norma que define el tipo de falta, sino que con lo que debe relacionarse dicha voluntad, como elemento del dolo o culpa, es con la conducta y el resultado de ella que dicha norma contempla como supuesto del tipo de falta.

No es que se quiera vulnerar la norma, sino que se quiera realizar el acto que la norma prohíbe.”

En los diferentes escritos de alegaciones presentados por TESAU se señala que la producción de los hechos denunciados ha sido debida a un error, y que tales hechos fueron subsanados. Así, se dice: *“Por un error humano, se introdujo en uno de los sistemas implicados en la portabilidad una fecha de ventana de cambio errónea”, “los números de referencia portaron erróneamente”, “Por un error humano no se introduce orden en los sistemas”...* En esta línea, en el escrito de alegaciones presentado el 18 de noviembre de 2002, en uso del trámite previsto en el artículo 19.1 del Reglamento de Procedimiento para el Ejercicio de la Potestad Sancionadora, TESAU manifiesta que las incidencias detectadas *“constituyen simple y llanamente errores mayoritariamente humanos de corte estadístico habida cuenta del gran número de operaciones llevadas a cabo”*.

Este Consejo entiende que nada en el expediente administrativo de referencia induce a pensar en una supuesta intencionalidad o *dolo* de parte de TESAU en la realización de la conducta que ha quedado acreditada en el HECHO PROBADO Primero. Ha de determinarse, entonces, si estos errores, a que hace referencia TESAU, le son imputables a título de negligencia; esto es, si revelan la falta de aquella diligencia que TESAU tendría que aplicar en el cumplimiento de su obligación de realizar las actuaciones necesarias para llevar a cabo la portabilidad actuando dentro de la ventana de cambio.

Con carácter general puede decirse que la presencia de algún fallo puntual, no doloso, en procesos complejos, es comprensible. En el expediente de referencia se acreditan, en realidad, una serie de fallos; no obstante, de las circunstancias que concurren en los mismos y del escaso número de fallos detectados con relación al volumen total de portabilidades realizadas no resultan evidencias para reprochar, a título punitivo, a TESAU su comisión. Ello se debe al carácter accidental que presentan los casos detectados si se les sitúa en el marco de lo que es la generalidad de las operaciones de portabilidad llevadas a cabo, y al hecho de que TESAU procediese a subsanar tales supuestos puntuales al recibir aviso de los mismos.

En definitiva, no se considera que tales hechos sean reveladores de una negligencia de TESAU en su obligación de cumplir con la ventana de cambio y, por ende, no se estima que la conducta probada sea imputable a TESAU a título de culpabilidad.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

CUARTO.- Contestación a las alegaciones de TESAU.

En relación con las alegaciones presentadas por TESAU el 18 de noviembre de 2002, cabe significar lo siguiente:

- Primero.- Sobre la alegación relativa a la vulneración de los principios de legalidad y tipicidad:

Con relación al principio de legalidad resulta claro que no concurre vulneración alguna del mismo, toda vez que la infracción imputada y la sanción prevista para la misma se encuentran establecidas en una norma con rango de Ley: El artículo 79.15 de la Ley General de Telecomunicaciones establece la infracción imputada a TESAU y el artículo 82 de la misma prevé la sanción correspondiente a esta infracción. Queda al margen de esta consideración la crítica que efectúa TESAU al *“carácter abierto o de norma en blanco que constituye el artículo 79.15 de la Ley General de Telecomunicaciones”*.

Por lo que se refiere al principio de tipicidad, ninguna duda ofrece la Especificación Técnica aprobada por la Resolución de 6 de mayo de 1999 acerca de la obligación de los operadores del dominio de encaminamiento de portabilidad de realizar las actuaciones necesarias en planta dentro del plazo de tiempo acordado como ventana de cambio.

Expone TESAU que la Especificación Técnica aprobada por la CMT le impone la realización de una pluralidad de operaciones. Pues bien, las diversas actuaciones cuya realización se impone a TESAU determinan un *tipo*, que consiste en la violación del deber impuesto. Esto es así, para las diferentes operaciones, en la medida en que la imposición de esas obligaciones no se ha hecho de forma gratuita, y protege, en cada uno de esos casos, un concreto interés que se ha considerado digno de tutela. Por ello, no sería admisible que un determinado operador cumpliera con las previsiones que se contienen en la Especificación Técnica en materia de procedimiento e incumpliera, por ejemplo, las previsiones que se contienen en la mencionada Especificación en materia de requisitos mínimos que han de reunir las solicitudes de abonado.

Del mismo modo no resultaría admisible que un determinado operador cumpliera con la Especificación Técnica con carácter general, excepto en un determinado aspecto.

Es por ello que concurre tipicidad en la conducta desarrollada por TESAU con relación a la ventana de cambio, al margen de que este operador respete otras



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

cuestiones impuestas por la Especificación Técnica; puesto que la Resolución de 6 de mayo de 1999 implica la obligación de cumplir con esta Especificación, considerada en su totalidad, sin excluir ningún aspecto, o sin matizar la obligación como una obligación de cumplir *mayoritariamente* con las cuestiones objeto de la misma.

En este sentido, la vulneración de una concreta obligación impuesta por la Especificación en materia de ventana de cambio (que protege un determinado interés o valor) no puede encontrar justificación en el cumplimiento de otras obligaciones contempladas en la Especificación.

Diferente es que ese incumplimiento de la ventana de cambio sea imputable o no –a título de culpabilidad- a su autor. Es cierto que, por ejemplo, un único caso de incumplimiento de una determinada obligación impuesta por la Especificación Técnica podría no reunir las características necesarias para imputar a su autor una falta de diligencia en el cumplimiento de sus obligaciones; pero ésta es, como se ha dicho, una cuestión de culpabilidad, que en nada afecta a que se entienda o no realizado el tipo (el cual, como se refleja en el Hecho Probado primero, ha quedado realizado).

Por supuesto, ambos requisitos (tipicidad y culpabilidad) son necesarios para que pueda producirse la sanción. Las alegaciones de TESAU acerca de la posibilidad de reprocharle la conducta (en un contexto de recepción y cumplimiento de 233.519 solicitudes de portabilidad, según TESAU) constituyen, en realidad, como se ha dicho, una cuestión, no de tipicidad, sino de *culpabilidad*.

➤ Segundo.- Sobre la alegación relativa a la vulneración del derecho de defensa:

Pese a lo que señala TESAU, difícilmente puede considerarse que ha habido una vulneración del derecho de defensa de TESAU en un procedimiento en el que ha sido habitual el ejercicio del derecho de vista por parte del imputado y en el que, incluso, también se ha producido el traslado a TESAU de documentos que se incorporaban al expediente.

Expone TESAU que se han incorporado hechos nuevos tras la iniciación del expediente. Al respecto, ha de tenerse presente que el artículo 13.1 del Reglamento del Procedimiento para el Ejercicio de la Potestad Sancionadora establece lo siguiente:



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

“La iniciación de los procedimientos sancionadores se formalizarán con el contenido mínimo siguiente:

(...)

*b) Los hechos sucintamente expuestos que motivan la incoación del procedimiento, su posible calificación y las sanciones que pudieran corresponder, **sin perjuicio de lo que resulte de la instrucción.***

(...)”

En consonancia con este precepto, el artículo 16.3 establece: **“Si como consecuencia de la instrucción del procedimiento resultase modificada la determinación inicial de los hechos, de su posible calificación, de las sanciones imponibles o de las responsabilidades susceptibles de sanción, se notificará todo ello al inculpado en la propuesta de resolución.”**

Ha de recordarse que el apartado 2 de este artículo 16 impone al instructor del procedimiento, en consonancia con lo establecido en el artículo 78 de la LRJPAC, la obligación de realizar de oficio cuantas actuaciones sean necesarias para el conocimiento de los datos relevantes para determinar, en su caso, la existencia de responsabilidades susceptibles de sanción.

En este sentido, lo que prohíbe la jurisprudencia constitucional de la que TESAU hace cita es la *“modificación sustancial de los fundamentos fácticos de la acusación”*.

Desde el inicio del procedimiento sancionador sabe TESAU que se le imputa la violación de la Resolución de 6 de mayo de 1999, y, más concretamente, el incumplimiento de la ventana de cambio. El hecho de que, a los casos denunciados en el período de información previa, se añadan otros –en concreto, dos: un caso de solicitud de portabilidad de SUPERCABLE y otro de IBERBANDA- no altera el hecho imputado (la violación de la ventana de cambio), sino que lo corrobora, y, mucho menos, implica, una modificación sustancial de los fundamentos fácticos de la acusación.

Además, del supuesto relativo a SUPERCABLE, TESAU recibió traslado en fecha 19 de septiembre de 2002, según consta en el expediente (*Documento 43*), y del supuesto concerniente a IBERBANDA, TESAU tuvo conocimiento en vista del expediente que tomó en fecha 17 de septiembre de 2002 (*Documento 40*). Ambos supuestos han sido recogidos, ulteriormente, en la propuesta de resolución de 29 de octubre de 2002, de la que se ha dado traslado a TESAU.

No concurre, por tanto, indefensión alguna.

➤ Tercero.- Sobre la alegación relativa a que TESAU no ha incumplido ni admitido incumplir:



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Según consta en el expediente, en diversos documentos, TESAU ha admitido, con relación a diversos supuestos, haber efectuado un corte de línea con anterioridad a la ventana de cambio acordada, o no haber llevado a cabo las actuaciones necesarias para hacer efectiva la portabilidad pese a haberse agotado el plazo señalado como ventana de cambio. De ahí, y de otros supuestos acreditados por otros medios, se deriva la tipicidad de la conducta de TESAU.

- Cuarto.- Sobre la alegación relativa a la falta de acreditación de los supuestos concernientes a SUPERCABLE y a IBERBANDA:

Señala TESAU que no resultan suficientemente acreditados en el expediente los supuestos concernientes a SUPERCABLE (esto es, el número 950 280 028) y a IBERBANDA (rango 987 842 000 a 987 842 499).

Con relación al caso de SUPERCABLE, TESAU no especifica nada más. Se limita a indicar que este caso no resulta suficientemente acreditado.

Al respecto, se cuenta con un escrito del abonado que solicitó la portabilidad del número, cuyos datos se hallan contrastados con la información aportada por la Entidad de Gestión Técnica de la ER, tanto en lo relativo a la fecha de la ventana de cambio acordada como en lo relativo a la nueva portabilidad del número, esta vez a favor de TESAU, lo que son suficientes indicios para tener por ciertas las manifestaciones realizadas en el escrito. Nada ha aportado TESAU que contradiga este escrito.

En cuanto a IBERBANDA, de la información aportada por TESAU con su escrito de alegaciones (el informe de la Entidad de Gestión Técnica de la ER, que aporta como Anexo II), resulta, en efecto, tal como dice TESAU, que no se confirmó la cancelación correspondiente a la primera solicitud de portabilidad. No obstante, el informe de la Entidad de Gestión Técnica confirma que la nueva solicitud de portabilidad efectuada por IBERBANDA, correspondiente al mismo rango, fue aceptada por TESAU el día **10 de julio de 2002** (*Mensaje ASP*) con fecha ventana para el día 16 de julio, y no obstante esto, se produjo el corte el día 12 de julio.

Si bien ha de tenerse en cuenta la alegación efectuada por TESAU, no puede dejar de destacarse (aunque no se confirmara la cancelación de la primera solicitud) que, habiendo acordado el día 10 de julio la ventana de un determinado rango para el día 16 de julio, efectúe el corte de línea el día 12 de julio.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

➤ Quinto.- Sobre la alegación relativa a la ausencia de culpabilidad:

Esta alegación ha sido estimada. Consecuencia de la estimación de esta alegación, no se hace necesario entrar a valorar las alegaciones de TESAU relativas al ejercicio desviado de la potestad sancionadora, a la ausencia de la circunstancia agravante de daño causado que se recogía en la propuesta de resolución y a la falta de proporcionalidad de la sanción propuesta.

Vistos los antecedentes de hecho, hechos probados y fundamentos de derecho y, vistas, asimismo, la Ley 11/1998, de 24 de abril, General de Telecomunicaciones, la Ley 12/1997, de 24 de abril, de Liberalización de las 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, el Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, en uso de la competencia que tiene atribuida,

RESUELVE

ÚNICO.- Archivar el expediente sancionador incoado a Telefónica de España, S.A.U. en fecha 30 de mayo de 2002 por el presunto incumplimiento de la Resolución de esta Comisión de 6 de mayo de 1999, por la que se establecen las especificaciones técnicas aplicables a la conservación de numeración en caso de cambio de operador en las redes públicas telefónicas fijas.

El presente certificado se expide al amparo de lo previsto en el artículo 27.5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, y el Artículo 23.2 de la Orden de 9 de abril de 1997, por la que se aprueba el Reglamento de Régimen Interior de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, con anterioridad a la aprobación del Acta de la sesión correspondiente.

Asimismo, se pone de manifiesto que contra la resolución a la que se refiere el presente certificado, que pone fin a la vía administrativa, podrá interponerse, con carácter potestativo, recurso de reposición ante esta Comisión en el plazo de un mes desde el día siguiente al de su notificación o, directamente, recurso Contencioso-Administrativo ante la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente a su notificación, de acuerdo con lo establecido en el artículo 1.ocho de la Ley



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

12/1997, de 24 de abril, de Liberalización de las Telecomunicaciones, la Disposición adicional cuarta, apartado 5, de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa y el artículo 116 del la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y sin perjuicio de lo previsto en el número 2 del artículo 58 de la misma Ley.

Vº. Bº. EL PRESIDENTE,

EL SECRETARIO,

José María Vázquez Quintana.

José Giménez Cervantes.