

RESOLUCIÓN DEL PROCEDIMIENTO SANCIONADOR INCOADO A MÁSMÓVIL TELECOM 3.0, S.A. (ACTUAL XFERA MÓVILES, S.A.U.), POR EL INCUMPLIMIENTO DE LA RESOLUCIÓN DE 7 DE JULIO DE 2011 POR LA QUE SE APROBARON LAS ESPECIFICACIONES TÉCNICAS DE PORTABILIDAD MÓVIL, MODIFICADA POR LA RESOLUCIÓN DE 4 DE MAYO DE 2017

SNC/DTSA/126/17/INCUMPLIMIENTO EETTPM MASMOVIL

SALA DE SUPERVISIÓN REGULATORIA

Presidenta

D^a. María Fernández Pérez

Consejeros

D. Benigno Valdés Díaz

D. Mariano Bacigalupo Saggese

D. Bernardo Lorenzo Almendros

D. Xabier Ormaetxea Garai

Secretario de la Sala

D. Miguel Sánchez Blanco, Vicesecretario del Consejo

En Madrid, a 19 de julio de 2018

Vista la Propuesta de resolución del instructor, junto con las alegaciones presentadas y el resto de actuaciones practicadas en el expediente sancionador de referencia, la SALA DE SUPERVISIÓN REGULATORIA de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia acuerda lo siguiente:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Expediente CFT/DTSA/033/16

El 7 de octubre de 2016 tuvo entrada en el registro de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) un escrito de Más Móvil Telecom 3.0, S.A. (MASMOVIL) por el que interpuso un conflicto de portabilidad contra República de Comunicaciones Móviles, S.L. (República Móvil)¹ por estar tramitando portabilidades individuales de forma masiva de numeración móvil perteneciente a clientes de MASMOVIL, desde el mes de octubre, sin recabar

¹ República Móvil consta inscrita en el Registro de Operadores de esta Comisión, para la prestación de servicios de comunicaciones móviles como Operador Móvil Virtual (OMV), desde el 20 de enero de 2016 (RO/DTSA/1583/15).

adecuadamente su previo consentimiento. Según MASMOVIL, con esta conducta se estaría vulnerando lo dispuesto en las especificaciones técnicas de portabilidad móvil, aprobadas mediante Resolución de 7 de julio de 2011 (EETTPM) (folios 16 a 178).

El 2 de diciembre de 2016, República Móvil interpuso otro conflicto de portabilidad contra MASMOVIL debido a la conducta presuntamente infractora cometida por esta operadora de denegar indebidamente, el 30 de noviembre de 2016, 1.078 solicitudes de portabilidad, cursadas por República Móvil el 30 de noviembre de 2016, por causa de “fuerza mayor”, sin justificar los motivos de utilización de dicha causa (folios 402 a 428).

Tras acumular ambos expedientes, por su íntima conexión, esta Sala, mediante Resolución de 19 de julio de 2017, resolvió el citado procedimiento desestimando la solicitud de conflicto presentada por MASMOVIL y archivando, por desaparición sobrevenida del objeto, el conflicto presentado por República Móvil (folios 856 a 921).

No obstante, en el Fundamento Jurídico Material Sexto de dicha resolución, la Sala de Supervisión Regulatoria dispuso lo siguiente:

“En consecuencia, a la vista del análisis efectuado sobre la documentación obrante en el expediente, se encuentran indicios de que MASMOVIL ha podido utilizar indebidamente la causa de denegación por fuerza mayor, establecida en el apartado 7.2.1.2 de las Especificaciones Técnicas, para rechazar las solicitudes grabadas por República Móvil el 30 de noviembre de 2016 -tal y como se desprende de los datos obtenidos en el Nudo Central- y así retrasar su portabilidad durante 3 días (hasta el 5 de diciembre de 2016) respecto de la ventana de cambio inicialmente fijada (madrugada del 2 de diciembre de 2016), con los consecuentes perjuicios originados a los usuarios finales y a República Móvil, que tuvo que volver a retransmitir las solicitudes de portabilidad el 1 de diciembre de 2016 y asumir la posible pérdida de potenciales clientes.

Por todo ello, en procedimiento aparte, esta Sala podrá acordar la incoación de un procedimiento sancionador contra MASMOVIL, ya que existen indicios de que esta operadora podría haber incurrido en una conducta tipificada en el artículo 76.12 de la LGTel, por el posible incumplimiento de la Resolución de 7 de julio de 2011, por la que se aprobaron las Especificaciones Técnicas”.

Segundo.- Incoación del presente procedimiento sancionador

El 14 de septiembre de 2017, la Sala de Supervisión Regulatoria de la CNMC acordó la incoación del presente procedimiento sancionador contra MASMOVIL por el presunto incumplimiento de la Resolución de 7 de julio de 2011, por la que se aprobaron las EETTPM. En particular, el expediente se le incoa “*como presunto responsable directo de una infracción administrativa que puede ser calificada como muy grave, tipificada en el artículo 76.12 de la Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones, consistente en el incumplimiento de las resoluciones firmes en vía administrativa dictadas por la CNMC en el*

ejercicio de sus funciones". Este acuerdo fue comunicado y notificado a la instructora de este expediente y a la interesada los días 14 y 19 de septiembre de 2017, respectivamente (folios 1 a 15).

Tras solicitar MASMOVIL, el 16 de octubre de 2017, una ampliación del plazo inicialmente concedido para presentar sus alegaciones, que le fue concedida por cinco días adicionales (folios 922 a 927), el 26 de octubre de 2017 esta operadora presentó su escrito de alegaciones al acuerdo de inicio del referido procedimiento (folios 929 a 957).

Tercero.- Instrucción del procedimiento

El 28 de noviembre 2017 se requirió a MASMOVIL que aportara determinada información sobre necesaria para la instrucción del presente procedimiento (folios 958 a 964).

Mediante escrito de fecha 28 de diciembre de 2017 MASMOVIL contestó al requerimiento de información aportando la información solicitada (folios 965 a 996.1).

El 15 de marzo de 2018 se procedió a incorporar en este expediente la comunicación enviada por MASMOVIL a este organismo, de 29 de diciembre de 2017, sobre la cancelación de su condición de operador inscrita en el Registro de Operadores por haber sido absorbida por la operadora Xfera Móviles, S.A.U. (XFERA), habiendo resultado inscrita en el Registro Mercantil de Madrid la escritura pública de esta fusión, de 30 de noviembre de 2017, el 14 de diciembre del mismo año (folios 1032 a 1034 y 1040). De conformidad con lo dispuesto en dicha comunicación, MASMOVIL alegó que *"XFERA MOVILES S.A.U. se ha subrogado a título universal en todos los derechos y obligaciones de MÁS MÓVIL TELECOM 3.0, S.A.U., sin necesidad de realizar actuación subrogatoria adicional alguna al producirse automáticamente por mandato de la Ley"*.

Asimismo, se incorporó al expediente la Resolución del Secretario del Consejo de la CNMC de 14 de marzo de 2018, por la que se declara la extinción de la condición de operador de MASMOVIL y, por tanto, se cancela su inscripción como operador en el Registro de Operadores² (folios 1035 a 1039).

Mediante escrito de 27 de febrero de 2018, se comunicó a XFERA su condición de interesado en el presente procedimiento, como consecuencia de la fusión por absorción realizada sobre MASMOVIL y comunicada a esta Comisión. Asimismo, se requirió a XFERA que aportara determinada información relativa a sus ingresos y cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2016 y 2017, por ser necesaria para la determinación de las posibles responsabilidades susceptibles de sanción (folios 1026 a 1030).

² Expediente RO/DTSA/1238/17/CANCELACIÓN - MÁS MÓVIL TELECOM 3.0 S.A.

Mediante escrito de 23 de marzo de 2018 XFERA contestó al citado requerimiento, aportando la información solicitada (folios 1104 a 1045).

El 1 de marzo de 2018 se incorporó al expediente un fichero de estadísticas en formato Excel extraído del Nodo Central de Portabilidad Móvil, sobre el número de procesos cancelados por solicitud de los usuarios registrados por los operadores (incluidos República Móvil y MASMOVIL) durante el mes de octubre de 2016³ (folio 1103).

Con fecha 12 de abril de 2018, se declararon confidenciales ciertos datos obrantes en los escritos de MASMOVIL de 16 de octubre y 28 de diciembre de 2017 y 23 de marzo de 2018 de XFERA (folio 1031).

Cuarto.- Propuesta de resolución

Con fecha 28 de mayo de 2018 se dictó la propuesta de resolución del presente procedimiento (folios 1114 a 1191), en la que se proponía:

PRIMERO.- Que se declare responsable directa a la entidad Xfera Móviles, S.A.U. de la comisión de una infracción muy grave tipificada en el artículo 76.12 de la Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones, por el incumplimiento de la Resolución de 7 de julio de 2011, revisada posteriormente mediante la Resolución de 4 de mayo de 2017, por la que se aprobaron las especificaciones técnicas de los procedimientos administrativos para la conservación de numeración móvil en caso de cambio de operador.

SEGUNDO.- Que se imponga a Xfera Móviles, S.A.U., una sanción por importe de quince mil (15.000) euros.

La propuesta fue notificada a XFERA con fecha 30 de mayo de 2018.

Quinto.- Alegaciones a la propuesta de resolución y pago de la sanción

Con fecha 15 de junio de 2018 ha tenido entrada en el Registro de esta Comisión un escrito de XFERA por el que presenta alegaciones a la propuesta de resolución (folio 1197). En este escrito, XFERA señala que, al amparo de lo dispuesto en el artículo 85 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPAC) ha decidido efectuar el pago voluntario de la sanción, con la consecuente reducción del importe en un 20% y la terminación del procedimiento sancionador, renunciando asimismo al ejercicio de cualquier acción o recurso en vía administrativa contra la sanción. XFERA ha aportado justificante del pago señalado (folio 1195).

³ Ello a los efectos de valorar la tasa media de cancelación de los procesos de portabilidad por decisión del usuario que sufrió República Móvil en el mes de octubre de 2016 y las incidencias (discrepancias) que dicha tasa de cancelaciones hubiera ocasionado sobre las bases de datos de clientes migrados a los sistemas de MASMOVIL el 30 de noviembre de 2016, en caso de que no hubiera denegado los procesos de portabilidad ese día (ver pág.22)

Sexto.- Finalización de Instrucción y elevación de expediente a Secretaría de Consejo

Por medio de escrito de fecha 19 de junio de 2018, la Directora de Telecomunicaciones y del Sector Audiovisual ha remitido a la Secretaría del Consejo de la CNMC la Propuesta de Resolución junto con el resto de documentos y alegaciones que conforman el expediente administrativo, debidamente numerado, en los términos previstos en el artículo 89 de la LPAC (folio 1199).

Séptimo.- Informe de la Sala de Competencia

Al amparo de lo dispuesto en el artículo 21.2 a) de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la CNMC (en adelante, Ley CNMC) y del artículo 14.2.b) del Estatuto Orgánico de la CNMC, aprobado por el Real Decreto 657/2013, de 30 de agosto (en adelante, EOCNMC), la Sala de Competencia de la CNMC acordó informar favorablemente y sin observaciones el presente procedimiento (folio 1200).

HECHOS PROBADOS

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

PRIMERO.- El 30 de noviembre de 2016 MASMOVIL utilizó la causa de fuerza mayor establecida en las EETTPM para denegar los procesos de portabilidad de mil setenta y ocho (1.078) solicitudes de portabilidad de líneas móviles de usuarios finales, que solicitaron el cambio de operador hacia República Móvil ese mismo día

Este hecho probado resulta de las pruebas incorporadas procedentes del expediente CFT/DTSA/033/16, en el que se analizaron los hechos denunciados por República Móvil al respecto, y del resto de la información recabada durante la instrucción de este expediente, como se analiza a continuación.

Tal y como se indica en el Antecedente de Hecho Primero, el 2 diciembre de 2016 República Móvil interpuso un conflicto de portabilidad contra MASMOVIL por denegar indebidamente, el 30 de noviembre de 2016, 1.078 solicitudes de portabilidad de líneas móviles de usuarios finales, cursadas por República Móvil el 30 de noviembre de 2016, por la causa de “fuerza mayor” establecida en las EETTPM, sin justificar los motivos de utilización de dicha causa.

Para una mejor comprensión de los hechos que se han probado sobre la conducta seguida por MASMOVIL, procede en primer lugar analizar las relaciones contractuales que existieron entre ambas empresas hasta el 30 de noviembre de 2016. Posteriormente, se examina la causa que motivó que

MASMOVIL denegara las solicitudes de portabilidad mencionadas, así como la planificación del proceso de migración de las bases de datos de clientes entre sistemas.

1.1. Relaciones contractuales entre MASMOVIL y República Móvil

Desde el 1 de octubre de 2013, MASMOVIL y República Móvil estuvieron manteniendo una relación comercial, en virtud de un Acuerdo Marco de Colaboración firmado en esa fecha (calificado de contrato de agencia) y, a partir del 18 de febrero de 2016, a través de un Acuerdo de Colaboración, en el que República Móvil actuaba como marca blanca de MASMOVIL (folios 27-58 y 59-108).

Respecto a la vigencia de este último Acuerdo de Colaboración de 18 de febrero de 2016, su cláusula 2 disponía que este extendería sus efectos hasta el 31 de diciembre de 2018. No obstante, reconocía el derecho de República Móvil a dar por terminado anticipadamente el acuerdo, **[CONFIDENCIAL]**.

El 30 de marzo de 2016 República Móvil comunicó a MASMOVIL su intención de rescindir el Acuerdo de Colaboración de 18 de marzo de 2016 y su voluntad de seguir ofreciendo el servicio de telefonía móvil a los usuarios finales a través de sus propios medios.

En tal caso, este acuerdo recogía los derechos y obligaciones a cumplir por cada una de las partes hasta el 30 de noviembre de 2016, para facilitar a República Móvil la migración pacífica de los usuarios, si éstos decidían quedarse con República Móvil, ya como operador de comunicaciones electrónicas. En concreto, se contemplaba el siguiente derecho de República Móvil -y, por tanto, correlativa obligación de MASMOVIL- a solicitar la colaboración de esa operadora, **[CONFIDENCIAL]**.

No obstante lo dispuesto en dicha disposición contractual, esta colaboración nunca llegó a materializarse, ya que, tal y como se constató en el expediente CFT/DTSA/033/16, surgieron entre ambas operadoras varias disputas relacionadas con la resolución del acuerdo de colaboración de 2016, como la relativa a los clientes sobre los que República Móvil tenía derecho a dirigirse para portar sus líneas de telefonía móvil a su nueva plataforma de OMV, conservando su numeración⁴.

Debido a que esta situación conflictiva entre ambas operadoras se alargaba sin encontrar una solución consensuada, República Móvil decidió enviar un comunicado a todos los clientes, de fecha 29 de septiembre de 2016, en el que les informaba (i) de la posibilidad de darse de alta en sus servicios móviles 4G, (ii) de las nuevas condiciones económicas de contratación, (iii) de la

⁴ En particular, si solo tenía derecho a dirigirse a los clientes que hubiera captado como comercializador en virtud del primer acuerdo de colaboración de 2013, o también a los captados estando vigente el segundo acuerdo de colaboración de 2016.

portabilidad de su numeración, (iv) de la recepción de una nueva tarjeta SIM y (v) de la fecha en la que pasarían a ser clientes de República Móvil (folios 304-305).

El 7 de octubre MASMOVIL decidió interponer el precitado conflicto de portabilidad ante este organismo (CFT/DTSA/033/16), alegando que República Móvil podría estar portando las líneas de sus clientes sin recabar su consentimiento, debido al volumen de solicitudes de portabilidad que tramitaba diariamente.

Las pruebas obtenidas durante la instrucción del expediente CFT/DTSA/033/16 sobre la existencia del consentimiento informado de los usuarios para portarse hacia República Móvil, determinaron que la Sala de Supervisión Regulatoria de esta Comisión resolviera desestimar la solicitud de conflicto presentada por MASMOVIL contra República Móvil, en lo relativo a impedir las portabilidades hacia ese operador o facilitar las retroportabilidades hacia MASMOVIL.

No obstante lo anterior, tal y como también se acreditó en el citado procedimiento de conflicto, cabe señalar que, desde el mes de septiembre de 2016, en el que República Móvil empezó a lanzar de forma masiva solicitudes de portabilidad individuales de las líneas móviles de los clientes de MASMOVIL, hasta el 30 de noviembre de ese mismo año, esta Comisión no tuvo constancia de que MASMOVIL pusiera algún impedimento para la tramitación de dichos procesos de portabilidad.

No fue hasta el 2 diciembre de 2016 -acabado ya el plazo establecido en el acuerdo de colaboración de 18 de febrero de 2016 (el 30 de noviembre de 2016) para poner fin a su relación contractual-, cuando República Móvil interpuso un conflicto de portabilidad contra MASMOVIL, debido a la comisión de una posible conducta infractora, consistente en denegar, como operador donante, el mismo 30 de noviembre de 2016, mil setenta y ocho (1.078) solicitudes de portabilidad cursadas por República Móvil ese día, utilizando la causa de “fuerza mayor” establecida en las EETTPM, sin presuntamente justificar los hechos de fuerza mayor que le llevaron a utilizar dicha causa.

1.2. Sobre la causa que motivó que MASMOVIL denegara las solicitudes de portabilidad alegando “fuerza mayor”

Los hechos puestos de manifiesto por República Móvil sobre la denegación por parte de MASMOVIL de las solicitudes de portabilidad relativas a mil setenta y ocho (1.078) numeraciones móviles de clientes, fueron comprobados a través de la consulta efectuada a la base de datos del Nodo Central de Portabilidad

Móvil, el 22 de febrero de 2017, mediante la interfaz de supervisión de que dispone la CNMC⁵.

Del archivo Excel descargado de dicha base de datos se confirmó que, efectivamente, MASMOVIL, entre las 18:25 horas de la tarde del día 30 de noviembre de 2016 y las 12:08 horas del 1 de diciembre de 2016, rechazó, por causa de fuerza mayor, 1.078 solicitudes de portabilidad grabadas por República Móvil a lo largo del día 30 de noviembre de 2016 (desde las 8:28 hasta las 19:58 horas) y no solo las solicitudes grabadas a partir de las 16:00 horas, como alegó MASMOVIL en su escrito de 29 de diciembre de 2016 (folios 495-536). Además, es de interés resaltar que todas estas solicitudes tenían como fecha de ventana de cambio la madrugada del 1 al 2 de diciembre de 2016.

En el marco del procedimiento de conflicto así como en el presente procedimiento sancionador, MASMOVIL ha justificado su conducta alegando que, tras la finalización del contrato de colaboración de 2016 y debido a que, a partir del 1 de diciembre de ese mismo año, debía pasar a asumir las tareas de atención al cliente y facturación que hasta el momento venía desempeñando República Móvil, le fue necesario abordar un proyecto de migración de los datos de los clientes captados como comercializador por República Móvil, que hubieran decidido no portarse a este operador en dicha fecha, a sus sistemas, lo que le requería “congelar” la base de clientes a migrar, para que no se produjeran procesos de portabilidad la madrugada del 1 al 2 de diciembre de 2016.

Esta situación, a su juicio, se enmarcaba dentro de las causas de fuerza mayor.

En su escrito de 28 de diciembre de 2017 (folios 966 a 996.1), MASMOVIL manifiesta a este respecto que *“Dado que los clientes de República Móvil pasaban a serlo de MASMOVIL el 1 de diciembre, la portabilidad solicitada el día 30 de noviembre se tenía que ejecutar por MASMOVIL el día 2, cuando el cliente ya era suyo”*. Pues bien, como *“MASMOVIL era ya el responsable de la corrección de la portabilidad, la comprobación de la identidad del cliente el día 30 no debía hacerse ya acudiendo a los sistemas de República Móvil, sino a los datos de los clientes propios de MASMOVIL. Sin embargo, como los sistemas debían migrarse simultáneamente a la verificación de los datos de la solicitud de portabilidad, MASMOVIL no podía realizar con garantía ese trámite de verificación”*.

Esto se debía, a que *“la información, estructura y procesos de clientes no eran 100% compatibles entre los sistemas origen y destino, por lo que se asumía que el proceso de migración no podía garantizar en su totalidad la consistencia de la información durante los primeros días del proceso”*.

⁵ Según lo dispuesto en las EETTPM -que permite a este organismo vigilar el desarrollo de la portabilidad móvil y el adecuado cumplimiento de estas especificaciones por parte de los operadores-.

Más en concreto, MASMOVIL alega, en sus escritos de 29 de diciembre de 2016 y 28 de diciembre de 2017, que los datos de los clientes captados por República Móvil residían en dos sistemas gestionados por esta operadora, con arquitecturas, funcionalidades y operativas distintas a las que configuraban el sistema utilizado por MASMOVIL⁶.

Sin embargo, tal y como informa también esta operadora en su escrito de 28 de diciembre de 2017, uno de estos sistemas de República Móvil, donde residía la mayoría de los clientes (93%), era similar al gestionado por MASMOVIL, y ambos tenían una mayor compatibilidad y datos más recientes de los clientes, por lo que se concluye que la mayoría de las posibles inconsistencias que podrían producirse en los datos de los clientes se centraban en un 7% del total de los clientes captados por República Móvil⁷, gestionados a través del otro sistema utilizado por República Móvil que era más antiguo.

Adicionalmente, MASMOVIL alega en los citados escritos de 29 de diciembre de 2016 y 28 de diciembre de 2017, que el último día de vigencia del acuerdo de colaboración con República Móvil necesitaba congelar los datos de los clientes no portados en dicha fecha, que migrarían desde los sistemas utilizados por República Móvil -que dejarían de funcionar- al suyo propio. Para conseguir ese objetivo, esta operadora señala que ningún cliente podía encontrarse en vuelo (en proceso de portabilidad) entre el 30 de noviembre y el 1 de diciembre de 2016, ya que cualquier cambio (de titular, de modalidad de pago o de cambio de operador) haría que los datos migrados no fueran veraces y/o consistentes.

Por tanto, MASMOVIL valoró el impacto que el proceso de migración podría tener sobre la gestión de las portabilidades, y concluyó que era necesario rechazar las portabilidades el día 30 de noviembre de 2016, por la imposibilidad de los sistemas de garantizar la integridad y validez de los datos personales de los clientes titulares de las líneas a portar, así como desconectar sus sistemas de red del Nodo Central mientras durara la referida migración de las bases de datos de los clientes.

A este respecto, esta operadora manifiesta que a la hora de adoptar esa medida evaluó que la suspensión de la tramitación de la portabilidad iba a durar solo un día, por lo que entendió que *“debía prevalecer la consistencia e integridad del proceso de portabilidad, pese a que ello implicaba un mínimo retraso en la tramitación de las portabilidades”*.

De todo lo expuesto se acredita que existía una división interna en los sistemas de gestión de los clientes entre ambas compañías, así como una desalineación de los datos de los clientes registrados en cada uno de dichos sistemas, que

⁶ Ello a pesar de ser clientes de MASMOVIL, por ser esta empresa el proveedor de los servicios de telecomunicaciones, de conformidad con lo dispuesto en los contratos minoristas que firmaban los clientes y que constan en el expediente.

⁷ **[CONFIDENCIAL]**

según MASMOVIL no se solucionó a lo largo de su relación contractual -según alega esta operadora sin acreditarlo, porque República Móvil no quiso proceder a su unificación-.

Según MASMOVIL, esta desalineación de datos justificó su decisión. Y esta decisión provocó que, a la hora de gestionar el fin de la relación contractual entre ambas empresas, algunos usuarios finales ajenos a dicha relación mayorista, que solicitaron portarse ese mismo día 30 de noviembre de 2016 hacia República Móvil (1.078), en calidad de operador receptor, vieron denegadas sus solicitudes por una supuesta causa de fuerza mayor.

1.3. Sobre la planificación del proceso de migración de las bases de datos de clientes entre sistemas

En su escrito de 28 de diciembre de 2017, presentado en este procedimiento en contestación a un previo requerimiento de información, MASMOVIL ha aportado información detallada sobre el proyecto de migración de las bases de datos de clientes que tuvo que acometer el mismo 30 de noviembre de 2016.

De la información aportada sobre el referido proyecto de migración se observa que MASMOVIL comenzó a planificar dicho proyecto el 16 de septiembre de 2016. Además, en un documento inicial basado en las solicitudes cursadas hasta el momento, de 18 de octubre de 2016, relativo al análisis funcional del proyecto, se descubre como ya en dicha fecha, por temas de complejidad y consistencia de los datos, preveían no migrar, entre otra información⁸, los procesos de portabilidad que estuvieran en vuelo, porque a su juicio ello produciría inconsistencias en el sistema y podría llevar a la confusión en la interpretación de los datos de los clientes (folios 975 a 988).

A este respecto, cabe indicar que, en otro documento indicativo de las fechas efectivas de diseño y ejecución de las diferentes fases del proyecto de migración, se descubre que, efectivamente, una de las tareas a ejecutar el 30 de noviembre de 2016 consistía en *“Recordar a (nombre del técnico) rechazar portabilidades salientes del 30/11 por la tarde”* (folios 989 a 990). Esta previsión también se hizo constar en el archivo Excel adjunto a este documento, relativo a las tareas abiertas a desarrollar durante el proyecto de migración, en el que se observa que ya el 23 noviembre de 2016 se hacía constar que el 30 de noviembre de 2016 procedía: *“Recordar a (nombre del técnico) la situación de portabilidades del día”* (folios 991).

Durante la instrucción de este procedimiento se ha planteado a esta operadora si tuvo la posibilidad de adoptar soluciones que mitigaran esas discrepancias en los datos o incluso que las resolvieran, mediante la implantación de medidas alternativas o de contingencia, dado que esta operadora conocía que se podía producir esta situación ya el 18 de octubre de 2016.

⁸ Consumos, movimientos, facturas y tickets.

A este respecto, en su escrito de 28 de diciembre de 2017 MASMOVIL respondió que, en su opinión, *“no era posible (...) la elaboración de un sistema de contingencia paralelo que evitara el apagado de los sistemas y, a su vez, garantizara la migración de los clientes y que sus datos fueran (a ciencia cierta) veraces”*. La empresa añade que dicha posibilidad se estudió durante el proyecto, sin embargo, este extremo no ha sido acreditado a través de la información aportada al expediente.

Por último, es necesario mencionar que, tal y como acreditaron tanto República Móvil como MASMOVIL en el procedimiento de conflicto -mediante la presentación de una copia del acta firmada por ambas partes-, el 28 de noviembre de 2016 estas operadoras mantuvieron una reunión -es decir, dos días antes de la ejecución del mencionado proyecto de migración de bases de datos que quería realizar MASMOVIL- con el objetivo de *“Acordar las acciones a llevar a cabo por las dos partes para asegurar la transición de las funciones llevadas a cabo hasta la fecha por República Móvil, en su relación comercial con Mas Móvil y que pasan a ser responsabilidad de Mas Móvil, con el fin de preservar el servicio a los clientes”* (folios 422 y 835).

De dicha acta de reunión no se extrae ninguna mención sobre la parada de las portabilidades que realizaría MASMOVIL la tarde del día 30 de noviembre de 2016, a los efectos de que República Móvil lo pudiera tener en cuenta de cara a proponer alguna solución a sus futuros clientes -como una “portabilidad diferida”.

A este respecto, MASMOVIL alegó en su escrito de 16 de junio de 2017 que las personas que acudieron a dicha reunión no se encontraban en el área de portabilidad, por lo que ninguno tenía por qué conocer que dos días después se producirían las denegaciones de las solicitudes que se cursasen ese día.

Es de interés señalar que, entre las acciones acordadas a desarrollar en dicha reunión los cuatro (4) días siguientes (del mismo 28 de noviembre al 1 de diciembre de 2016), se encontraba la de realizar por parte de República Móvil, el 1 de diciembre de 2016, una **[CONFIDENCIAL]**. Esta tarea estaba íntimamente ligada al proyecto de migración de la citada base de datos.

Asimismo, en dicha reunión se acordó que República Móvil facilitaría el día 30 de noviembre **[CONFIDENCIAL]**.

SEGUNDO.- La práctica totalidad de los mil setenta y ocho (1.078) usuarios finales que vieron denegadas sus solicitudes de portabilidad el 30 de noviembre de 2016 pudieron cambiar de operador hacia República Móvil el 5 de diciembre de 2016

En sus escritos de 26 de octubre y 28 de diciembre de 2017, MASMOVIL alega que el mismo 1 de diciembre de 2016 avisó a República Móvil para que volviera a presentar las solicitudes de portabilidad rechazadas el 30 de noviembre. Sin embargo, no se ha acreditado este punto.

Con independencia de lo anterior, en sus escritos de 20 y 29 de diciembre de 2016, tanto República Móvil como MASMOVIL confirmaron que casi todas las líneas de usuarios, cuyas solicitudes de portabilidad habían sido denegadas por MASMOVIL utilizando la causa de fuerza mayor, estaban ya portadas a República Móvil tras haber tenido que volver a tramitar la mayoría de sus solicitudes de portabilidad el 1 de diciembre de 2016. Las restantes estaban (i) pendientes de gestionar con el cliente, (ii) rechazadas, pero en gestión, (iii) se habían conseguido portar, pero posteriormente solicitaron la baja por cambio a otro operador o (iii) habían solicitado la cancelación de la portabilidad de la línea hacia República Móvil (folios 464 a 491 y 495 a 536).

En concreto, del archivo Excel aportado por República Móvil en su referido escrito, se observa que novecientas setenta y cuatro (974) solicitudes inicialmente rechazadas por MASMOVIL consiguieron portarse el 5 de diciembre de 2016, mientras que las otras cien (100) lo hicieron entre el 7 y el 20 de diciembre de 2016. Respecto del resto de líneas -cuatro (4)-, República Móvil manifestó que sus usuarios optaron por cancelar su solicitud de portabilidad, debido al malestar sufrido por el retraso en activar su portabilidad.

Para su acreditación, esta operadora aportó cinco (5) grabaciones y dos pantallazos de la aplicación Facebook sobre clientes que llamaron o escribieron mensajes para quejarse del trato dispensado por MASMOVIL en relación con el cambio de operador hacia República Móvil (rechazos), por el corte de línea una vez pasado el 30 de noviembre de 2016 u otras cuestiones relacionadas con facturas. Si bien dos de esas llamadas hacen referencia clara a las denegaciones de solicitud realizadas el 30 de noviembre, ninguna de ellas fue realizada por alguno de los cuatro (4) clientes que finalmente cancelaron su solicitud inicialmente denegada –según los datos de República Móvil-.

En el marco de este expediente se ha pedido a MASMOVIL que aportara también mayor detalle sobre las fechas en las que fueron finalmente portadas las 1.078 numeraciones móviles o las causas que pudieron motivar que finalmente no fueran portadas hacia República Móvil.

De conformidad con los datos aportados por esta operadora, República Móvil no pidió el día 1 de diciembre de 2016 la portabilidad de las mil setenta y ocho (1.078) solicitudes sino de solo novecientas setenta y siete (977), de las que el 99,8%, esto es, novecientas setenta y cinco (975), fueron portadas el día 5 de ese mismo mes. El resto de numeraciones fueron solicitadas y portadas en días posteriores, durante diciembre de 2016, tramitándose en plazo.

Dada la práctica coincidencia de los datos aportados por ambas operadoras involucradas en los procesos de portabilidad, relativos a las fechas en las que fueron finalmente portadas las líneas inicialmente rechazadas en 30 de noviembre de 2016, tras volverlas a re tramitar República Móvil, se da por probado que el 90,4% de las 1.078 líneas fueron finalmente portadas el 5 de

diciembre de 2016 hacia República Móvil, mientras que el 9,6% restante fueron portadas a lo largo del citado mes, a excepción de cuatro (4) clientes que decidieron cancelar su solicitud.

Conclusiones de los hechos probados

A la vista de los datos expuestos, es posible concluir estos hechos probados determinando que MASMOVIL utilizó la causa de fuerza mayor establecida en las EETPM, desde las 18:25 horas de la tarde del día 30 de noviembre de 2016 y hasta las 12:08 horas del 1 de diciembre de 2016, para denegar los procesos de portabilidad de mil setenta y ocho (1.078) numeraciones móviles de usuarios, que solicitaron el cambio de operador hacia República Móvil a lo largo del día 30 de noviembre de 2016.

Esta decisión se tomó porque la división interna de la gestión comercial de los clientes entre ambas compañías a través de distintos sistemas, unido a la desalineación de los datos de los clientes incluidos en cada uno estos sistemas, puso de manifiesto las supuestas inconsistencias que se producirían entre sus sistemas de negocio y de red, en caso de que existieran portabilidades en vuelo mientras se efectuaba dicha migración, a la finalización de la relación contractual el 30 de noviembre de 2016. MASMOVIL alega que dicha desalineación de las plataformas le impedía verificar correctamente los datos de los usuarios que solicitaran la portabilidad de su línea móvil.

No obstante lo anterior, conociendo esta situación por el modo en que se venían gestionado las relaciones comerciales con sus clientes y los problemas que ello podía provocar sobre la futura migración de las bases de datos, al menos, desde el 18 de octubre de 2016, MASMOVIL decidió no adoptar ninguna solución de contingencia durante la planificación de su proyecto, que le evitara denegar por causa de fuerza mayor las solicitudes de portabilidad de 1.078 usuarios que esperaban ver portadas sus líneas móviles la madrugada del día 1 al 2 de diciembre de 2016.

Pues bien, un 90,4% de esos mil setenta y ocho (1.078) clientes tuvieron que esperar hasta el 5 de diciembre de 2016 para ver portada su línea, tras la retransmisión de sus solicitudes por parte de República Móvil el 1 de diciembre de 2016, mientras que el 9,6% restante de clientes, -a excepción de cuatro (4) de ellos, que cancelaron definitivamente su solicitud de cambio de operador-, fueron portados entre el 7 y el 20 de dicho mes, previa su solicitud cursada de nuevo por República Móvil.

Por último, se concluye que, pese a tener decidido MASMOVIL con anterioridad (semanas antes, ver Hecho Probado 1.3) que ese día 30 de noviembre iba a adoptar la medida de denegar los procesos de portabilidad que solicitaran los clientes que quisieran continuar con República Móvil (como operador prestador de sus servicios de telefonía y banda ancha móvil), no avisó en ningún momento a esta compañía de ello. No lo hizo siquiera en la reunión que

mantuvieron el 28 de noviembre de 2016 -es decir, 2 días antes de la denegación de las portabilidades- para gestionar la migración.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Habilitación competencial de la Comisión para resolver el presente procedimiento sancionador y legislación aplicable

Las competencias de la CNMC para intervenir en el presente procedimiento resultan de lo dispuesto en la normativa sectorial. Tal y como señala el artículo 6.5 de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (LCNMC), corresponde a la CNMC *“realizar las funciones atribuidas por la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, y su normativa de desarrollo”*⁹.

La Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones (LGTel), en su artículo 21, indica que *“Los operadores garantizarán, de conformidad con lo establecido en el artículo 47, que los abonados con números del plan nacional de numeración telefónica puedan conservar, previa solicitud, los números que les hayan sido asignados, con independencia del operador que preste el servicio”*.

Por su parte, el Reglamento sobre mercados de comunicaciones electrónicas, acceso a las redes y numeración, aprobado por el Real Decreto 2296/2004, de 10 de diciembre (Reglamento de Mercados)¹⁰, establece en su artículo 43.1) que:

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

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

⁹ El 11 de mayo de 2014 entró en vigor la Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones que ha derogado, entre otras normas, la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones.

¹⁰ La Disposición transitoria primera de la vigente LGTel establece que *“Las normas reglamentarias en materia de telecomunicaciones vigentes con anterioridad a la entrada en vigor de la presente Ley o dictadas en desarrollo de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones continuarán vigentes en lo que no se opongan a esta Ley, hasta que se apruebe su normativa de desarrollo”*.

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

En uso de la habilitación competencial precitada, el 7 de julio de 2011 se aprobó mediante resolución las EETTPM, revisadas posteriormente por la Resolución de 4 de mayo de 2017, en las cuales se recogen, entre otros aspectos relacionados con los procesos de la portabilidad, las causas de denegación de las solicitudes de portabilidad que los operadores pueden utilizar en caso de que éstas acontezcan.

Por otra parte, el artículo 84.2 de la LGTel, en línea con lo dispuesto en el artículo 29 de la LCNMC, atribuye a esta Comisión *“el ejercicio de la potestad sancionadora en los términos previstos por esta ley [LGTel]”*. Por otro lado, el artículo 76.12 de la LGTel contempla como infracción muy grave *“el incumplimiento de las resoluciones firmes en vía administrativa o de las medidas cautelares a que se refiere el artículo 82 de esta Ley dictadas por la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia en el ejercicio de sus funciones en materia de comunicaciones electrónicas”*. Finalmente, el artículo 82 de la LGTel señala que la competencia sancionadora corresponderá a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, en el ámbito material de su actuación, cuando se trate de infracciones muy graves tipificadas, entre otros, en el apartado 12 del artículo 76.

En consecuencia, de conformidad con los preceptos citados, esta Comisión tiene competencia para conocer sobre la conducta presuntamente infractora de MASMOVIL y resolver sobre el posible incumplimiento de lo dispuesto en las EETTPM y, por tanto, en sus resoluciones de aprobación.

En este marco, atendiendo a lo previsto en los artículos 20.2, 21.2 b) y 29 de la LCNMC, el órgano competente para resolver el presente procedimiento sancionador es la Sala de Supervisión Regulatoria de la CNMC.

Por otra parte, según lo previsto en el artículo 63 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPAC) y lo establecido en el apartado 2 del artículo 29 de la LCNMC, *“[p]ara el ejercicio de la potestad sancionadora, se garantizará la debida separación funcional entre la fase instructora, que corresponderá al personal de la dirección correspondiente en virtud de la materia, y la resolutoria, que corresponderá al Consejo”*. De esta manera, la instrucción de los procedimientos sancionadores, de acuerdo con lo previsto en los artículos 25.1.b) de la LCNMC y 18.1 y 21.b) y 22 del Estatuto Orgánico de la CNMC, aprobado mediante Real Decreto 657/2013, de 30 de agosto, corresponde a la Dirección de Telecomunicaciones y del Sector Audiovisual.

En cuanto a la normativa aplicable al procedimiento, resultan de aplicación lo dispuesto en la LCNMC, la LGTel, así como la precitada LPAC y la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (LRJSP).

SEGUNDO. - Objeto del procedimiento sancionador

El objeto del presente procedimiento sancionador consiste en determinar si MASMOVIL ha incumplido la Resolución de 7 de julio de 2011, por la que se aprobaron las EETTPM, como consecuencia del uso indebido de la causa regulada de “fuerza mayor” para denegar, el 30 de noviembre de 2016, 1.078 solicitudes de portabilidad cursadas por República Móvil.

TERCERO.- Tipificación de los hechos probados

El presente procedimiento sancionador se ha iniciado ante la posible comisión de una infracción contemplada en el artículo 76.12 de la LGTel, que tipifica como infracción muy grave el incumplimiento de las resoluciones firmes en vía administrativa dictadas por esta Comisión. En particular, el presente procedimiento se inició por el presunto incumplimiento por parte de MASMOVIL de la Resolución de 7 de julio de 2011 por la que se aprobaron las EETTPM. Así, en virtud de lo establecido en el artículo 27 de la LRSJP, que consagra el principio de tipicidad, es necesario analizar si, de la actuación realizada por MASMOVIL, puede inferirse que ha existido un incumplimiento de la Resolución de 7 de julio de 2011 por la que se aprobaron las EETTPM, modificada por la Resolución de 4 de mayo de 2017.

3.1 Análisis de la tipificación

Como se ha señalado en el Hecho Probado Primero, MASMOVIL utilizó la causa de fuerza mayor establecida en las EETTPM, desde las 18:25 horas de la tarde del día 30 de noviembre de 2016 y hasta las 12:08 horas del 1 de diciembre de ese mismo año, para denegar los procesos de portabilidad de mil setenta y ocho (1.078) numeraciones móviles de usuarios, que solicitaron el cambio de operador hacia República Móvil a lo largo del citado día 30 de noviembre de 2016.

Las EETTPM regulan de forma taxativa, entre otras cuestiones, el proceso de alta de la numeración portada y las causas de rechazo de las solicitudes de portabilidad que los operadores donantes pueden utilizar, claro está, siempre que dichas causas concurren. Estas causas están regladas con la finalidad de dotar de garantía y seguridad jurídica a los procesos de portabilidad iniciados por los usuarios, ante un cambio de operador de sus servicios.

Así, el apartado 6.2.1.2, relativo a las “*Interacciones y estados*” en los procesos de portabilidad, establece que una vez grabada la solicitud de portabilidad

formalizada por el usuario, por escrito o por cualquier otra forma que deje constancia fehaciente de su consentimiento expreso y explícito, de acuerdo a lo establecido en la legislación vigente, en el mismo medio (1/2) día hábil el operador receptor ha de grabar dicha solicitud en el Nodo Central. Si el abonado formaliza la solicitud de alta de portabilidad fuera del horario en el que el Nodo Central permite la grabación de solicitudes (días laborables de 8:00 a 20:00), la solicitud ha de ser grabada en el primer medio día hábil tras la formalización de la misma.

Si la grabación de la solicitud es correcta y validada por el Nodo Central, la solicitud pasa al estado de “solicitada” y se fijaría su ventana de cambio entre las 2:00 y las 6:00 a.m. de la noche correspondiente al día hábil siguiente al envío de la solicitud de portabilidad al Nodo Central por el operador receptor, o bien en una fecha posterior solicitada por el abonado (siempre que no sea superior a 1 mes desde la fecha de firma de la solicitud) -portabilidad diferida-.

A continuación, el operador donante ha de confirmar o rechazar la solicitud de portabilidad siguiendo este procedimiento y condiciones:

“3. Confirmación/Rechazo de la solicitud de alta

Dentro del medio día hábil (TV) siguiente al medio día hábil en que el operador receptor ha procedido a la grabación de la solicitud de alta, el operador donante deberá confirmar o rechazar la solicitud de portabilidad, registrando dicha decisión en el nodo central de tal modo que quede accesible al resto de operadores y entidades.

i. Rechazo de la solicitud: en este caso, el operador donante incluirá la causa por la que se rechaza la solicitud. Las causas que pueden provocar el rechazo de la solicitud de portabilidad son las siguientes:

- en el caso de abonados postpago, falta de correspondencia entre numeración y abonado identificado por su NIF/NIE/Pasaporte y nacionalidad;*
- en el caso de abonados prepago, falta de correspondencia entre numeración e ICC-ID o Número(s) de serie de la(s) SIM;*
- **causa justificada de fuerza mayor**;*
- comprobación de que la tarjeta SIM no ha sido denunciada al donante por robo o pérdida; numeración inactiva;*
- cualquier otra causa que pueda ser acordada por los operadores, dentro del marco legal.*

ii. Confirmación de la solicitud: La confirmación de la solicitud por parte del operador donante no llevará asociada ninguna información suplementaria”.

Como se desprende de la transcripción anterior, la EETTPM prescribe el uso de la causa de fuerza mayor para denegar las solicitudes de portabilidad. Sin

embargo, como se ha pronunciado esta Comisión en otras ocasiones¹¹, esta causa solo procede utilizarla cuando sobrevienen, con carácter excepcional, situaciones impredecibles o ajenas a los operadores que hacen imposible, en la práctica, realizar los procesos de portabilidad al operador donante, como sucede en los casos de huelgas, catástrofes naturales, tales como inundaciones, incendios, o causas análogas.

En este sentido, existe prolija jurisprudencia que se ha pronunciado sobre la definición de “fuerza mayor”. En concreto, cabe citar la Sentencia del Tribunal Supremo (STS), de 8 de marzo de 2002 (recurso de casación 964/1997) que define esta causa “*como un acontecimiento externo al círculo de la empresa y del todo independiente de la voluntad del empresario, que, a su vez, sea imprevisible (SSTS de 7 de marzo de 1995 [RJ 1995, 2357], 10 de febrero de 1997 [RJ 1997, 966], 17 de octubre de 1997, 3 de marzo [RJ 1998, 2304], 29 de junio de 1998 [RJ 1998, 5039]). En STS de 25 de julio de 1989 (RJ 1989, 5629) se especificó que lo que singulariza a la fuerza mayor... es constituir un acaecimiento externo al círculo de la empresa, y como tal extraordinario, de todo independiente de la voluntad del empresario (...)*”.

Pues bien, como se desprende del Hecho Probado Primero, la causa alegada por MASMOVIL para rechazar, por causa de fuerza mayor, las solicitudes de portabilidad grabadas por República Móvil el 30 de noviembre de 2016, es la división interna en los sistemas de gestión comercial de los clientes que había existido entre ambas compañías desde 2013, y a la desalineación que había de los datos de los clientes registrados en dichos sistemas.

A juicio de esta Sala, estas son circunstancias no ajenas a la empresa y perfectamente conocidas por MASMOVIL (previsibles) con anterioridad a la planificación del proyecto de migración de dichas bases de datos de clientes.

La propia MASMOVIL alega que:

“puede que la justificación invocada por los técnicos de MASMOVIL (que la denegación se basaba en fuerza mayor) no sea la más correcta, en una aproximación estrictamente jurídica al concepto.

Lo cierto (como se ha explicado también) es que no hay otra causa de denegación de la portabilidad que se refiera a la imprescindible necesidad de hacer adaptaciones técnicas en los sistemas informáticos que impidan la tramitación de la portabilidad durante un determinado espacio de tiempo. Esa omisión (no justificada) hizo que la invocación de la fuerza mayor (entendida en un sentido no jurídico, sino como equivalente a «imposibilidad de hacer otra cosa», y elegida por un no jurista) era la más adecuada”.

A este respecto, no existe regulada ninguna causa de rechazo como la que menciona MASMOVIL, ya que esta Comisión no puede permitir que las

¹¹ Sirva de ejemplo la Resolución de 2 de junio de 2015 (SNC/D TSA/1307/14/Incumplimiento Resolución OCAT).

adaptaciones técnicas de los sistemas internos de los operadores afecten, de modo alguno, al derecho legal de los usuarios a portar su numeración. Ello porque los operadores no pueden hacer prevalecer sus intereses de negocio o comerciales por encima de ningún interés general objeto de protección por este organismo como es el derecho de los usuarios a cambiar voluntariamente de operador con conservación de la numeración en el plazo de 1 día laboral, sin que se produzcan retrasos o abusos por parte de los operadores (artículo 47.1.c de la LGTel).

Más aún, si se tiene en cuenta que MASMOVIL tuvo tiempo suficiente¹² para diseñar una solución de contingencia paralela a sus sistemas, que le permitiera priorizar la garantía del cumplimiento de sus obligaciones de portabilidad como operador donante y, de este modo, evitar adoptar la medida de rechazar las solicitudes de portabilidad por la causa de fuerza mayor, a pesar de no reunir los requisitos para ello.

Sin embargo, como se ha indicado en el citado hecho probado, MASMOVIL alegó, sin acreditación al respecto, que, si bien durante el desarrollo del proyecto se había estudiado la posibilidad de adoptar una solución de contingencia paralela, dicha opción se desechó, ya que no era posible la elaboración de una solución que evitara el apagado de los sistemas y, a su vez, garantizara la migración de los clientes y que sus datos fueran, a ciencia cierta, veraces.

A este respecto, cabe añadir, por una parte, que con independencia de las incidencias que a nivel de gestión comercial de los clientes pudieran existir entre las bases involucradas en la migración (CRM), como consecuencia de la desalineación en los datos personales de los clientes, estas incidencias de gestión interna no tenían por qué tener ningún impacto en los sistemas de red o de portabilidad.

Como se desprende de las citadas causas de rechazo de la portabilidad, los únicos datos que los operadores donantes han de confirmar en el Nodo Central son el NIF/NIE/Pasaporte y la nacionalidad junto con el número a portar y, en su caso, el ICC-ID de las tarjetas SIM prepago, ya que a efectos de la portabilidad los usuarios no se identifican por su nombre y apellido.

Además, en caso de que existiera alguna divergencia entre las bases de clientes gestionadas por los dos operadores involucrados, en relación con estos datos, estas discrepancias debían de ser menores, teniendo en cuenta que (i) tal y como se ha señalado en el Hecho Probado Primero, de conformidad con lo alegado por MASMOVIL, las inconsistencias en los datos

¹² Desde que el 30 de marzo de 2016 República Móvil le comunicó su intención de prestar los servicios de comunicaciones móviles como operador a través de su propia plataforma -ya que desde ese momento MASMOVIL sabía que tendría que pasar a gestionar los clientes comercializados por República Móvil- o, al menos, desde el 16 de septiembre de 2016, cuando empezó a planificar el proyecto de migración de las bases de datos de clientes entre sistemas.

de los clientes se centraban en un 7% del total de los captados por República Móvil (unos **[CONFIDENCIAL]** según indicó República Móvil en el procedimiento de conflicto) y teniendo en cuenta (ii) el número de solicitudes de portabilidad que República Móvil cursó los dos meses anteriores¹³ y que MASMOVIL confirmó sin incidencia alguna, tal y como esta misma operadora manifiesta en su escrito de 26 de octubre de 2017.

Asimismo, se considera que en caso de existir alguna incidencia sobre los datos de los usuarios ésta sería salvable, ya que está acreditado que MASMOVIL era el responsable de los datos personales de los clientes captados y gestionados por República Móvil, puesto que eran entregados en el momento de contratar sus servicios, a los efectos de gestionar su relación contractual. Así se constata en las copias de los contratos minoristas que firmaron estos usuarios finales, aportadas por República Móvil junto a su escrito de 8 de noviembre de 2016 -folio 306- (ver cláusula 13 de estos contratos¹⁴ gestionados bajo los acuerdos de colaboración firmados en 2013 y 2016).

Por ello, como responsable del fichero de los datos personales de los clientes gestionados por República Móvil, MASMOVIL tenía que haber tenido la capacidad de verificar los datos de los 1.078 clientes, durante la migración de las bases de los datos de los usuarios, y corregir las discrepancias que pudieran producirse, que como hemos indicado no hubieran sido significativas. Cuestión distinta podría ocurrir con otros datos, no necesarios para tramitar las solicitudes de portabilidad, como son los relativos a las tarifas, consumos, modalidad de contrato, etc., si estos datos constaban en ficheros distintos y no estaban alineados entre las distintas bases a migrar.

Es cierto que, como MASMOVIL manifestó en su escrito de 16 de junio de 2016 (folios 18 a 26), en caso de no haber parado la portabilidad de las 1.078 líneas, se hubieran podido producir discrepancias entre sus bases de datos de clientes definitivos y los datos registrados en el Nodo Central si alguno de estos usuarios hubiera solicitado la cancelación de la portabilidad durante el mismo día 30 de noviembre de 2016 o en la mañana del día 1 de diciembre (ya que

¹³ Según se acreditó en el seno del expediente CFT/DTSA/033/16, hasta el 30 de noviembre de 2016 República Móvil había captado alrededor de **[CONFIDENCIAL]** clientes de MASMOVIL.

¹⁴ “**13. Protección de los datos personales.** MASM y RM informan, a los efectos de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, que los datos personales del Cliente serán incluidos en un fichero automatizado de datos de carácter personal creado y mantenido bajo la responsabilidad de MASM, con la finalidad de realizar el mantenimiento y la gestión de la relación contractual establecida con el Cliente. El Cliente manifiesta conocer y consentir que RM es el encargado del tratamiento de dichos datos por lo que tendrá acceso a los mismos y podrá hacer uso de ellos para fines propios de los servicios objeto del presente Contrato. El Cliente podrá ejercer la revocación de su consentimiento, así como ejercitar sus derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición, dirigiendo escrito firmado y acompañado de fotocopia de DNI a la siguiente dirección: MÁS MÓVIL TELECOM 3.0. SAU, Atención al Cliente, Calle Anabel Segura 11, edificio Albatros A-2ª – 28108 Alcobendas, Madrid, indicando en el sobre “Protección de Datos”.”

los usuarios disponen de medio día hábil para cancelar la solicitud de portabilidad desde que esta se formaliza). Sin embargo, dichas discrepancias hubieran sido también mínimas y salvables.

Ello porque, utilizando los datos registrados en los ficheros del Nodo Central correspondientes al mes de octubre de 2016 (folio 1031), el porcentaje de cancelaciones por usuario registradas por MASMOVIL ese mes, teniendo en cuenta el número total de solicitudes cursadas por República Móvil (22.147) y el total de cancelaciones por usuario registradas por República Móvil (14) - entre las que pudo existir no solo cancelaciones de usuarios de MASMOVIL sino también de posibles terceros operadores- fue tan solo de un 0,0632%. Si aplicamos este porcentaje sobre las 1.078 de solicitudes cursadas por República Móvil el 30 de noviembre de 2016, el número de potenciales cancelaciones por usuario y, por tanto, de posibles discrepancias en su base de datos de clientes hubiera afectado como mucho a 1 cliente (en concreto, a 0.7 clientes)¹⁵ -con datos medios-.

Además, si tenemos en cuenta que, conforme establecen las EETTPM, los operadores pueden acceder directamente al Nodo Central a través de una interfaz web¹⁶, accesible a través de cualquier navegador estándar de Internet, no existía ningún condicionante que impidiera corregir manualmente y “ad hoc” los datos de los clientes, que finalmente no hubieran portado su línea a República Móvil, en su base de datos de clientes (CRM), sin necesidad de desconectar sus sistemas de red del Nodo Central y tener que paralizar los procesos de portabilidad el 30 de diciembre de 2016.

Así, a través de dicha interfaz web, MASMOVIL podría haber evaluado que dichas escasas discrepancias eran corregibles casi al momento - a más tardar el día 1 de diciembre de 2016 por el mediodía (antes de la publicación del fichero de movimientos no cancelables, que se produce de acuerdo con la EETTPM a las 14:05 del día cuya madrugada se produce la ventana de cambio¹⁷, y una vez terminada la migración)-, ya que según establece el

¹⁵ A este respecto, es interesante tener en cuenta que, de acuerdo con los datos aportados por República Móvil en el procedimiento de conflicto, solo cuatro (4) usuarios decidieron cancelar su portabilidad tras iniciar su retransmisión el día 5 de diciembre de 2016.

¹⁶ Según el apartado 6.1.1 de las EETTPM: **“Los operadores que lo deseen pueden interactuar directamente con el nodo central mediante esta interfaz que soporta todos los procesos administrativos. Esta interfaz facilita un medio de gestión y acceso al nodo central a los operadores que no dispongan de un sistema de portabilidad automático. Esta interfaz web del nodo central debe ser accesible desde cada operador móvil, mediante protocolo https (conexión “segura”). Asimismo, esta interfaz ha de ser diseñada de manera que pueda ser accesible sin ningún tipo de problema por al menos los siguientes navegadores estándar, Internet Explorer versión 6.0 y Firefox 2.”**

¹⁷ Según el apartado 6.7 “ficheros generados por el nodo central” de las EETTPM, el fichero de movimientos no cancelables se publicará todos los días a las 14:05 horas, de lunes a viernes laborables según el calendario nacional, conteniendo todos los movimientos que han de ser actualizados en la ventana de cambio posterior a su publicación por los operadores que realizan el encaminamiento directo de las llamadas a numeración móvil

apartado 6.3 “proceso de cancelación de solicitud de portabilidad” de las EETTPM: “Se aceptarán solicitudes de cancelación de portabilidad solamente si éstas llegan con anterioridad a la publicación de la solicitud en el fichero de movimientos no cancelables”.

A pesar de todo lo expuesto, esta operadora optó por rechazar la portabilidad solicitada por los referidos 1.078 clientes, prevaleciendo sus intereses de negocio.

3.2 Conclusión de la tipificación

En consecuencia, a la vista de todo lo expuesto, se considera que MASMOVIL utilizó indebidamente la causa de rechazo de fuerza mayor, establecida en el apartado 6.2.1.2 de las Especificaciones Técnicas de la Portabilidad Móvil, para rechazar las 1.078 solicitudes grabadas por República Móvil el 30 de noviembre de 2016, provocando (i) a la mayoría de estos usuarios finales, el retraso de su portabilidad de la línea durante 3 días naturales (hasta el 5 de diciembre de 2016) respecto de la ventana de cambio inicialmente fijada (madrugada del 1 al 2 de diciembre de 2016), y (ii) a República Móvil, la necesidad de utilizar adicionalmente sus medios para retransmitir las solicitudes de portabilidad y perder la tarificación que le podían haber generado la mayoría de esos 1.078 clientes durante los citados 3 días naturales.

Todo ello permite concluir que MASMOVIL ha incurrido en una infracción administrativa muy grave, tipificada en el artículo 76.12 de la LGTel de 2014, consistente en el incumplimiento de la Resolución de 7 de julio de 2011, revisada posteriormente por este organismo mediante Resolución de 4 de mayo de 2017, por la que se aprobaron las EETTPM.

3.3. Alegaciones de MASMOVIL sobre el tipo aplicable a su conducta

En su escrito de 26 de octubre de 2017 MASMOVIL ha presentado sus alegaciones al acuerdo de incoación del presente expediente.

MASMOVIL alega que el supuesto incumplimiento de un apartado concreto de las EETTPM “no tiene entidad suficiente como para considerar que existe un incumplimiento de las Especificaciones mismas (estaríamos ante una presunta denegación de la portabilidad, que ocurrió una sola vez, un solo día, respecto de un solo operador)”.

Además, esta operadora añade que “lo que demandan los principios de legalidad y tipicidad es que el incumplimiento imputable al administrado sea de tal entidad que, en realidad, se pueda afirmar que está incumpliendo la esencia del mandato de la CNMC. Incumplimientos no significativos de obligaciones formales no relevantes, retrasos aislados en el cumplimiento de obligaciones, etc., podrán ser formalmente incumplimientos de esas concretas obligaciones

establecidas en la resolución de la CNMC, pero no son en realidad un incumplimiento de una resolución de la CNMC”.

Finalmente, MASMOVIL manifiesta que lo relevante, desde una perspectiva sancionadora, es determinar si hay un incumplimiento de un mandato material de la CNMC que tenga tal entidad como para que *“pueda considerarse que la finalidad perseguida al imponer ese mandato ha sido incumplida”*. A su juicio:

“Una sola denegación de portabilidad, durante un día, a un solo operador, no es un quebranto a las disposiciones de la CNMC en materia de portabilidad. Ni se ha vulnerado ese mandato ni se ha lesionado el bien jurídico protegido por el tipo infractor, que no es la precisa ejecución de todos los detalles del proceso de portabilidad, sino el respeto debido a las decisiones del regulador. MASMOVIL, con su comportamiento, no ha pretendido en modo alguno cuestionar la autoridad de esa Comisión”.

A este respecto, cabe responder que no se está imputando a MASMOVIL un incumplimiento generalizado de la Resolución de 7 de julio de 2011, revisada posteriormente por este organismo mediante Resolución de 4 de mayo de 2017, sino el uso indebido, de modo puntual, de una causa de denegación que pueden utilizar los operadores donantes en supuestos muy tasados. Esta utilización afectó a un número significativo de usuarios (1.078), cuando la protección de sus derechos es un objetivo que ha de perseguir esta Comisión a través del ejercicio de sus funciones, como es la aprobación de las EETTPM, como principio general del artículo 3 de la LGTel -esta Comisión tiene encomendado precisamente el control del cumplimiento de los derechos asociados a la portabilidad-.

En este sentido, como ya se ha señalado en diversas Resoluciones de procedimientos sancionadores¹⁸, el menoscabo de la "auctoritas" de la CNMC se consuma por el simple hecho de no ejecutar algunos de sus mandatos. Las resoluciones dictadas en su momento por la CMT y ahora por la CNMC no constituyen meras declaraciones, sino mandatos vinculantes en cada uno de sus términos, como ocurre con las resoluciones de aprobación y modificación de las EETTPM, cuya finalidad principal es garantizar, mediante cada proceso, estado e interacción que regula, el derecho de los usuarios a cambiar de operador con conservación de la numeración en el plazo establecido por Ley (1 día laborable desde que éste formaliza la solicitud de portabilidad, salvo que voluntariamente solicite un día distinto dentro del plazo de 1 mes). La portabilidad además es un elemento clave para fomentar una competencia ágil en los mercados de telefonía y banda ancha móvil.

A la vista de todo lo expuesto, no cabe aceptar las alegaciones de MASMOVIL sobre la falta de tipicidad de su conducta infractora en base al artículo 76.12 de la LGTel.

¹⁸ Resoluciones de 2 de junio y 8 de octubre de 2015 (SNC/DTSA/1307/14 y SNC/DTSA/1821/14).

CUARTO. - Culpabilidad en la comisión de la infracción

De conformidad con la jurisprudencia recaída en materia de Derecho Administrativo Sancionador¹⁹, actualmente no se reconoce la responsabilidad objetiva en la comisión de una infracción, sino que se exige el elemento de la culpabilidad, lo que supone que la conducta antijurídica sea imputable a un sujeto pasivo responsable de dicha conducta (esto es, que exista un nexo psicológico entre el hecho y el sujeto).

Así se interpreta la expresión recogida por el legislador español cuando, al regular la potestad sancionadora de la Administración en el artículo 28 de la LRJSP, establece que sólo podrán ser sancionados por hechos constitutivos de infracción administrativa las personas físicas y jurídicas que resulten responsables de los mismos *título de dolo o culpa*.

Como se desprende del precepto anterior, en el cumplimiento de las resoluciones dictadas por este organismo, ha de ponerse aquella diligencia que resulte exigible en función de la propia naturaleza de éstas y de las circunstancias de las personas, el tiempo y el lugar. Actúa culposamente quien evita la diligencia debida en la observancia de la norma (STS citada de 22 de noviembre de 2004) y dolosamente quien quiere realizar el tipo de infracción. En la normativa sectorial de comunicaciones electrónicas podemos encontrar ambos supuestos.

En su escrito de 26 de octubre de 2017 MASMOVIL alega que *“aun cuando se entienda que la justificación técnica ofrecida por MASMOVIL no es aceptable (porque se entienda que la adaptación de procesos que tenía que realizar en el periodo de migración no requería interrumpir durante unas horas la gestión de las portabilidades), en modo alguno puede considerarse que MASMOVIL ha incurrido en dolo o negligencia inexcusable, con voluntad de incumplir el mandato de esta Comisión”*.

En este sentido, esta operadora argumenta que:

- Se limitó a actuar en garantía de la continuidad del servicio prestado a los clientes, sin obtener ningún beneficio y con la voluntad de colaborar en el proceso de migración de las líneas hacia República Móvil.
- En todo momento creyó estar actuando conforme a la normativa aplicable y siguiendo el criterio utilizado en la práctica entre los operadores cuando suceden incidencias técnicas en procesos de portabilidad.

En conclusión, MASMOVIL alega que hizo, de buena fe, lo que consideraba ineludible, adoptando la solución técnica que consideró más oportuna y que

¹⁹ Por todas, la STS de 22 de noviembre de 2004 (RJ 2005\20).

entendió que menos lesionaba los distintos intereses presentes, por lo que en modo alguno puede entenderse que concurre el elemento subjetivo del tipo infractor del artículo 76.12 de la LGTel.

A la vista de lo expuesto en el punto 3 del Hecho Probado Primero, así como en el fundamento jurídico material anterior, es posible determinar que MASMOVIL no actuó con la voluntad dolosa de cancelar indebidamente las solicitudes de portabilidad referidas, con el ánimo de perjudicar a los 1.078 usuarios afectados además de a República Móvil.

Sin embargo, sí que se ha acreditado una falta de diligencia inexcusable por parte de MASMOVIL -entidad que lleva operando en el mercado de telefonía móvil español como OMV desde el año 2006-, al no adoptar posibles planes de contingencia que evitaran cancelar las solicitudes de portabilidad de los usuarios y solventar las reducidas discrepancias de los datos de clientes, que se hubieran producido en sus bases de datos por motivo de los procesos de portabilidad en curso.

En vez de adoptar las medidas que fueran necesarias, como las descritas en el fundamento jurídico material anterior, que le evitaran incurrir en una conducta prohibida, MASMOVIL optó por primar los intereses de su compañía por encima del derecho de los usuarios a no ser cancelada su solicitud de portabilidad sin su consentimiento o sin concurrir alguno de los motivos regulados para ello.

Esta cancelación no justificada derivó en un retraso en la tramitación de la portabilidad de esas 1.078 líneas y, por tanto, en el mantenimiento de las mismas en la red de MASMOVIL, con la consiguiente facturación del tráfico que originaran durante el fin de semana, ya que tuvieron que esperar hasta el siguiente día hábil para ver definitivamente portada su línea el lunes 5 de diciembre de 2016 (en un 90,4% de los casos), por lo que, si bien no se ha acreditado que MASMOVIL buscara obtener una ventaja económica al realizar su conducta infractora, no es posible concluir que de la misma no se haya derivado un beneficio a su favor.

Además, cabe recordar lo expuesto en el citado punto 3 del Hecho Probado Primero, sobre el hecho de que MASMOVIL tuvo la oportunidad de avisar a República Móvil de que iba a desconectar sus sistemas de red del Nodo Central, con dos días de antelación a la ejecución del mencionado proyecto de migración de sus sistemas –con ocasión de la reunión celebrada el 28 de noviembre de 2016 entre ambas operadoras, con el objetivo de llevar a cabo las acciones oportunas para asegurar la transición de ciertas funciones a MASMOVIL-.

Como ya se ha señalado anteriormente, de dicha acta de reunión no se extrae ninguna mención sobre la parada de las portabilidades que realizaría el día 30 de noviembre de 2016, para que República Móvil lo pudiera tener en cuenta, de cara a proponer a sus futuros clientes la portabilidad diferida de sus líneas a

fecha 5 de diciembre de 2016 o intentara resolver las posibles discrepancias en los datos. Además, como se detallaba en los Hechos probados, ya el 18 de octubre de ese año, en el documento inicial sobre el análisis funcional del proyecto basado en las solicitudes cursadas, se preveía la no migración de los procesos de portabilidad en curso, ya que produciría inconsistencias en el sistema y podría llevar a la confusión en la interpretación de los datos de los clientes.

Por ello, no se encuentra justificación alguna en la falta de aviso por MASMOVIL con anterioridad al 30 de noviembre, con independencia del personal que acudiera a la reunión, sobre su intención de paralizar el sistema de red al Nodo Central durante la migración de las bases de clientes.

Es un hecho acreditado en el procedimiento de conflicto, e incluso denunciado por la propia MASMOVIL, que República Móvil desde septiembre de 2016 venía cursando masivamente solicitudes de portabilidad de sus clientes, por lo que esto era un indicio de que, el último día que podía hacer uso de las bases de datos de los clientes, cursaría también masivamente solicitudes de portabilidad para pasarlos a su plataforma de operador.

Por todo lo expuesto, esta Sala considera probado que ha existido una falta de diligencia inexcusable por parte de MASMOVIL al utilizar indebidamente la causa de fuerza mayor para cancelar los 1.078 procesos de portabilidad móvil cursados el 30 de noviembre de 2016 por República Móvil.

En conclusión, se imputa a MASMOVIL la comisión de una conducta infractora a título de culpa, a la luz de lo expuesto en los Hechos Probados y la determinación de la tipicidad de la citada conducta. La anterior conclusión no se ve afectada por la existencia de circunstancia alguna de exención o exclusión de la responsabilidad del denunciado.

QUINTO. - Sucesión en la personalidad del infractor

XFERA alega, en su escrito presentado el 23 de marzo de 2018, que esta Comisión no debería tener en cuenta los datos sobre su situación económica o patrimonial, ya que los hechos imputados a MASMOVIL fueron cometidos con anterioridad a su fusión con XFERA.

Como se ha expuesto en el Antecedente de Hecho Tercero, la personalidad jurídica de la entidad originariamente infractora -MASMOVIL- ha quedado extinguida en virtud de la fusión por absorción realizada por XFERA.

Esta modificación estructural conlleva que XFERA haya adquirido por sucesión universal el patrimonio de la empresa adquirida (MASMOVIL), asumiendo sus derechos y obligaciones, incluida la responsabilidad administrativa por los incumplimientos expuestos y las obligaciones consistentes en el pago de la sanción que se imponga por la comisión de la infracción administrativa imputada a la empresa adquirida.

En este sentido, la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), de 11 de diciembre de 2007 (asunto C-280/06), citada por el Tribunal Supremo en Sentencia de 16 de diciembre de 2015 (recurso de casación 1973/2014), coincide en este parecer y considera que los supuestos de sucesión jurídica de una empresa no suponen la disolución de la responsabilidad administrativa si existe identidad entre ambas entidades desde un punto de vista material o económico:

“40. Por lo que se refiere a la cuestión de determinar en qué circunstancias una entidad que no es la autora de la infracción puede, sin embargo, ser sancionada por ella, procede observar, en primer lugar, que está comprendida dentro de ese supuesto la situación en la que la entidad que ha cometido la infracción ha dejado de existir jurídicamente (véase, en este sentido, la sentencia Comisión/Anic Partecipazioni, antes citada, apartado 145) o económicamente. Sobre este último aspecto, procede considerar que existe el riesgo de que una sanción impuesta a una empresa que continúa existiendo jurídicamente, pero que ya no ejerce actividades económicas, pueda carecer de efecto disuasivo (...).

42 Por consiguiente, como ya ha declarado el Tribunal de Justicia, cuando una entidad que ha cometido una infracción de las normas sobre competencia es objeto de un cambio jurídico u organizativo, este cambio no produce necesariamente el efecto de crear una nueva empresa exenta de responsabilidad por comportamientos contrarios a las normas sobre competencia de la antigua entidad si, desde el punto de vista económico, existe identidad entre ambas entidades (véanse, en este sentido, las sentencias de 28 de marzo de 1984, Compagnie royale asturienne des mines y Rheinzink/Comisión, 29/83 y 30/83, Rec. p. 1679, apartado 9, y Aalborg Portland y otros/Comisión, antes citada, apartado 59)”.

Finalmente, y sin ánimo de ser exhaustivos, en similares términos el TJUE señala, en su Sentencia de fecha 5 de marzo de 2015 (asunto C-343/13), que la sociedad absorbente debe responder por las infracciones de la absorbida incluso después de la absorción porque en caso contrario se vería desprotegido el interés del Estado miembro que sanciona la conducta.

SEXTO .- Límites de la sanción aplicable

6.1. Límite legal

La LGTel establece en su artículo 80 las reglas para fijar la cuantía máxima de las sanciones que pueden imponerse por las infracciones que prevé. Además, fija una cuantía mínima en caso de que no pueda cuantificarse la sanción con arreglo al beneficio económico obtenido por el infractor.

En el presente caso, la conducta antijurídica cometida por MASMOVIL consiste en el incumplimiento de la Resolución de 7 de julio de 2011, revisada posteriormente por este organismo mediante Resolución de 4 de mayo de 2017, por la que se aprobaron las EETTPM, que es firme en vía administrativa - tipo contenido en el artículo 76.12 de la LGTel-. De conformidad con el artículo

79.1.a) del mismo texto legal, la sanción que puede ser impuesta por la infracción administrativa calificada como muy grave es la siguiente:

“a) Por la comisión de infracciones muy graves se impondrá al infractor multa por importe de hasta veinte millones de euros.

Por la comisión de infracciones muy graves tipificadas en las que la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia tenga competencias sancionadoras se impondrá al infractor multa por importe no inferior al tanto, ni superior al quíntuplo, del beneficio bruto obtenido como consecuencia de los actos u omisiones en que consista la infracción. En caso de que no resulte posible aplicar este criterio, el límite máximo de la sanción será de 20 millones de euros.”

Por lo tanto, la LGTel fija como límites máximos del importe de la sanción por el incumplimiento de las resoluciones firmes en vía administrativa dictadas por esta Comisión (i) el quíntuplo del beneficio obtenido como consecuencia de la comisión de la infracción o, si no puede determinarse el beneficio, (ii) veinte millones de euros.

Adicionalmente, para determinar la cuantía de la sanción hay que tener en cuenta los criterios de graduación señalados en el artículo 80 de la LGTel y lo dispuesto en los apartados 2 y 3 del artículo 29 de la LRJSP.

6.2. Aplicación al presente caso de los criterios legales

En primer lugar, ha de determinarse si es posible cuantificar el beneficio bruto obtenido por la comisión de la infracción. Como ya se ha indicado en el Hecho Probado Tercero, los 1.078 usuarios que solicitaron la portabilidad el 30 de noviembre de 2016 debieron ser portados la madrugada del 1 al 2 de diciembre de 2016, con lo que el 2 de diciembre de 2016 los tráficos gestionados por esas 1.078 líneas debían de haber comenzado a ser facturados por República Móvil. Sin embargo, a la vista de los datos que constan en el expediente, aportados por ambas empresas (MASMOVIL y República Móvil), el 90,4% de las 1.078 líneas afectadas por la conducta infractora de MASMOVIL fueron finalmente portadas el 5 de diciembre de 2016 hacia República Móvil, tras volver a cursar los usuarios su solicitud de portabilidad, mientras que cerca del 9,6% restante fueron portadas a lo largo del citado mes.

A este respecto, MASMOVIL ha facilitado, a través de su escrito de 28 de diciembre de 2017, los datos desglosados en archivos Excel, sobre los costes e ingresos medios por cliente y día obtenidos por MASMOVIL, por la prestación de sus servicios a los clientes de la cartera de República Móvil que se portaron durante diciembre de 2016 **[CONFIDENCIAL]**.

Pues bien, en atención a estos datos los ingresos obtenidos ascenderían a **[CONFIDENCIAL]** mientras que los costes habrían sido de **[CONFIDENCIAL]**, ya que según alega esta operadora, los costes representan el **[CONFIDENCIAL]** de los ingresos. En consecuencia, el posible beneficio

obtenido por su conducta infractora atendiendo a los datos aportados por MASMOVIL sería de **[CONFIDENCIAL]**.

No obstante, a falta de la acreditación documental sobre los citados ingresos y costes aportados por MASMOVIL, no es posible determinar que este sea el beneficio bruto resultante de la comisión de la infracción, si bien podría considerarse muy aproximado²⁰.

En consecuencia, no habiendo sido posible la determinación exacta del beneficio bruto obtenido por el infractor, la sanción máxima que se podrá imponer a la entidad asciende a veinte millones de euros, no existiendo límite para el establecimiento de la cuantía mínima de la sanción.

SÉPTIMO .- Criterios de graduación de la sanción

En este epígrafe se procede a analizar qué criterios de graduación de la sanción han de tenerse en consideración, de conformidad con el artículo 80 de la LGTel y el artículo 29.3 de la LRJSP.

El artículo 80.1 de la LGTel establece que la cuantía de la sanción que se imponga se graduará teniendo en cuenta lo siguiente:

- “a) La gravedad de las infracciones cometidas anteriormente por el sujeto al que se sanciona.*
- b) La repercusión social de las infracciones.*
- c) El beneficio que haya reportado al infractor el hecho objeto de la infracción.*
- d) El daño causado y su reparación.*
- e) El cumplimiento voluntario de las medidas cautelares que, en su caso, se impongan en el procedimiento sancionador.*
- f) La negativa u obstrucción al acceso a las instalaciones o a facilitar la información o documentación requerida.*
- g) El cese de la actividad infractora, previamente o durante la tramitación del expediente sancionador”.*

Según el artículo 80.2 de la LGTel,

“Para la fijación de la sanción también se tendrá en cuenta la situación económica del infractor, derivada de su patrimonio, de sus ingresos, de sus posibles cargas familiares y de las demás circunstancias personales que acredite que le afectan”.

Por su parte, el artículo 29.3 de la LRJSP señala que:

²⁰ MASMOVIL aportó las copias de 10 facturas de clientes afectados correspondientes al mes de diciembre de 2016, cuyos datos cuadran con los utilizados por esta operadora para calcular los ingresos obtenidos como consecuencia de su infracción.

“En la determinación normativa del régimen sancionador, así como en la imposición de sanciones por las Administraciones Públicas se deberá observar la debida idoneidad y necesidad de la sanción a imponer y su adecuación a la gravedad del hecho constitutivo de la infracción. La graduación de la sanción considerará especialmente los siguientes criterios:

- a) El grado de culpabilidad o la existencia de intencionalidad.*
- b) La continuidad o persistencia en la conducta infractora.*
- c) La naturaleza de los perjuicios causados.*
- d) La reincidencia, por comisión en el término de un año de más de una infracción de la misma naturaleza cuando así haya sido declarado por resolución firme en vía administrativa.”*

En el presente procedimiento se considera que concurre el criterio de la naturaleza de los perjuicios causados, para graduar (agravar) la sanción que pueda imponerse a XFERA por la comisión de la infracción imputada a la que fue MASMOVIL.

Para esta determinación, se tiene en cuenta que, si bien cuantitativamente el daño no fue muy significativo, como ya se ha expuesto a lo largo de esta propuesta, la conducta de MASMOVIL provocó el retraso injustificado en la tramitación de las solicitudes de portabilidad cursadas por 1.078 clientes en contra de su voluntad -vulnerando su derecho legal reconocido en el artículo 47 de la LGTel-, así como pérdidas de la facturación generadas a República Móvil más los costes ocasionados por las tareas de retransmisión de dichas solicitudes por parte de República Móvil, hasta que se produjo el cambio de operador de la práctica totalidad de las líneas afectadas durante el mes de diciembre de 2016.

7.1 Situación económica del infractor

En aras de respetar el principio de proporcionalidad en la imposición de la sanción, se ha de tener en cuenta la situación económica de la entidad imputada (artículo 80.2 de la LGTel). A tales efectos, este artículo dispone que cabría considerar el patrimonio y sus ingresos, y, en caso de que sea persona física -lo que no sucede en este supuesto-, sus cargas familiares y sus circunstancias personales.

En el presente caso la sanción que se determine, como consecuencia de la infracción cometida por MASMOVIL, será imputada a XFERA, al ser la sucesora universal del patrimonio de dicha operadora. por lo que, en atención al citado artículo 80.2 de la LGTel, en este procedimiento se considerará la situación económica de XFERA.

En base a los datos aportados por esta operadora en su escrito de 23 de marzo de 2018, sobre las cuentas anuales referentes al año 2016, se desprende que el importe neto de su cifra de negocio ascendió a **[CONFIDENCIAL]**.

Asimismo, según informa esta operadora en su citado escrito, los ingresos brutos de explotación ascendieron en 2016 a [CONFIDENCIAL] y en 2017 a [CONFIDENCIAL].

Por último, los ingresos obtenidos por los servicios móviles minoristas prestados durante 2016 y 2017 (telefonía y banda ancha) fueron respectivamente [CONFIDENCIAL] mientras que los ingresos por los servicios mayoristas de terminación móvil obtenidos dichos años fueron de [CONFIDENCIAL].

OCTAVO.- Determinación de la sanción aplicable

Para determinar la cuantía de la sanción hay que tener en cuenta el límite legal y los criterios concurrentes anteriormente citados para graduar la sanción, además de lo dispuesto en el artículo 29.2 de la LRJSP, según el cual “*el establecimiento de sanciones pecuniarias deberá prever que la comisión de las infracciones tipificadas no resulte más beneficioso para el infractor que el cumplimiento de las normas infringidas*”. Por ello y en atención a lo dispuesto en el apartado anterior, en primer término ha de procurar determinarse el beneficio obtenido por la comisión de la infracción.

En este contexto, “*la Administración debe guardar la debida proporcionalidad entre la sanción impuesta, la infracción cometida y las circunstancias de toda índole que en ella concurren*” (Sentencia de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo de 20 de febrero de 1998; Recurso de Casación núm. 4007/1995). Y este principio de proporcionalidad se entiende cumplido cuando “*las facultades reconocidas a la Administración para determinar la cuantía de la sanción concretada en la multa de cien mil pesetas, habían sido desarrolladas, en ponderación de los datos obrantes en el expediente, dentro de los límites permisibles y en perfecta congruencia y proporcionalidad con la infracción cometida*” (Sentencia de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo de 28 de mayo de 1991).

La aplicación de estos criterios otorga a esta Comisión un cierto grado de flexibilidad a la hora de fijar la cuantía máxima aplicable en cada caso, respetando así el principio de proporcionalidad y disuasión²¹.

²¹ Al respecto cabe citar la STS de 8 de octubre de 2001 (Recurso de Casación núm. 60/1995) cuando en el fundamento de derecho tercero establece:

[...] tal principio [el de proporcionalidad de las sanciones] no puede sustraerse al control jurisdiccional, pues como se precisa en SS. de este Tribunal de 26 septiembre y 30 octubre 1990, la discrecionalidad que se otorga a la Administración debe ser desarrollada ponderando en todo caso las circunstancias concurrentes al objeto de alcanzar la necesaria y debida proporcionalidad entre los hechos imputados y la responsabilidad exigida, doctrina ésta ya fijada en SS. de 24 noviembre 1987 y 15 marzo 1988, dado que toda sanción debe de determinarse en congruencia con la entidad de la infracción cometida y según un criterio de proporcionalidad atento a las circunstancias objetivas del hecho, proporcionalidad que constituye un principio normativo que se impone como un precepto más a la Administración y que reduce al ámbito de sus potestades sancionadoras, pues a la actividad jurisdiccional

Al hilo de lo anterior, tal y como establece el artículo 29.4 de la LRJSP, cuando lo justifique la debida adecuación entre la sanción que deba aplicarse con la gravedad del hecho constitutivo de la infracción y las circunstancias concurrentes, el órgano competente para resolver podrá imponer la sanción en su grado inferior.

A la vista de las anteriores consideraciones, de los criterios de graduación de la sanción determinados y de la situación económica de XFERA, se tendrá en cuenta para la individualización de la sanción a imponer, que:

- Se imputa a XFERA la comisión de una infracción muy grave, cometida a título de culpa por MASMOVIL.
- Si bien MASMOVIL ha aportado el cálculo del beneficio obtenido de la comisión de su infracción (**[CONFIDENCIAL]**), no es posible considerar que este sea el beneficio bruto obtenido, ya que no se dispone de todos los datos y acreditaciones documentales necesarias para su comprobación. En consecuencia, el límite máximo de la sanción que se puede imponer a XFERA es de 20.000.000 euros.
- La LGTel no establece un límite inferior a la sanción a imponer, pero el artículo 29.2 de la LRJSP establece que la comisión de la infracción no ha de resultar más beneficiosa para el infractor que la sanción impuesta, por lo que ha de valorarse el posible beneficio bruto obtenido de dicha comisión.
- Se estima que concurre un criterio de graduación que ha de agravar la sanción a imponer, referente a la naturaleza de los perjuicios causados tanto a los usuarios afectados por la conducta infractora de MASMOVIL como a República Móvil.
- Tal y como prescribe el artículo 80.2 de la LGTel de 2014, para la fijación de la sanción asimismo ha de tenerse en cuenta la situación económica del infractor, derivada entre otras circunstancias, de sus ingresos.

En el presente caso al ser XFERA quien asuma la responsabilidad administrativa por la infracción cometida por MASMOVIL se ha tomado en cuenta su situación económica.

Según las cuentas anuales del ejercicio 2016, XFERA obtuvo una cifra de negocio por la prestación de sus servicios de **[CONFIDENCIAL]**. Por

corresponde no tan sólo la calificación para subsumir la conducta en el tipo legal, sino también por la paralela razón, el adecuar la sanción al hecho cometido, ya que en uno y otro caso el tema es la aplicación de criterios valorativos jurídicos plasmados en la norma escrita inferibles de principios integradores del ordenamiento jurídico, como son en este campo sancionador, los de congruencia y proporcionalidad entre la infracción y la sanción [...].”

otra parte, en virtud de la información facilitada por esta operadora, los ingresos brutos de explotación correspondientes tanto al ejercicio 2016 como al 2017 fueron de **[CONFIDENCIAL]**, de los que **[CONFIDENCIAL]** corresponden a los obtenidos por los servicios móviles minoristas prestados durante 2016 y 2017 (telefonía y banda ancha).

En atención a todo lo anterior, atendiendo al principio de proporcionalidad que debe presidir la actividad sancionadora de la Administración y a los criterios de graduación establecidos en el artículo 29.3 de la LRJSP y en el artículo 80.1 de la LGTel, a la vista de la actividad infractora y teniendo en cuenta los posibles beneficios obtenidos, los ingresos recibidos por la actividad y el criterio de graduación de la sanción anteriormente señalado, se considera que procede imponer a XFERA una sanción de **quince mil euros (15.000 €)**.

NOVENO. - Pago de la sanción y terminación del procedimiento

Tal y como se señaló en la propuesta de resolución del presente procedimiento, el artículo 85 de la LPAC establece la posibilidad de reducciones del importe pecuniario de las multas, como consecuencia del reconocimiento de la responsabilidad por el infractor y del pago voluntario de la sanción antes de la resolución del procedimiento sancionador. En consecuencia, en dicha propuesta de resolución se comunicó a XFERA que podía reconocer voluntariamente su responsabilidad, con lo que se resolvería el procedimiento con la imposición de la sanción y una reducción del 20% sobre su importe (15.000 €), disminuyéndose a 12.000 €. Teniendo la sanción únicamente carácter pecuniario, también se le indicó que podía realizar el pago voluntario de la sanción, en cualquier momento anterior a la resolución. Dicho acto implicaría la terminación del procedimiento, conforme se dispone en el art. 85.2 de la LPAC, y una reducción de la sanción en un 20%. Se señaló asimismo que ambas reducciones son acumulables entre sí, pudiendo conllevar una reducción del 40% sobre el importe de la sanción propuesto, lo que la limitaría a 9.000 €.

Como consta en el Antecedente de hecho Quinto, con fecha 15 de junio de 2018 XFERA realizó el ingreso del importe de la sanción propuesta, con una reducción del 20% por pago voluntario, como se señalaba en la propuesta de resolución. Al haber realizado dicho pago voluntario en un momento anterior a la resolución del presente procedimiento, ello determina la terminación del procedimiento, de acuerdo con el apartado 2 del artículo 85 de la LPAC, quedando condicionada su efectividad al desistimiento o renuncia de cualquier acción o recurso en vía administrativa contra la sanción, según lo dispuesto en el apartado 3 del mismo artículo 85.

Vistos los anteriores antecedentes de hecho y fundamentos de derecho, la Sala de Supervisión Regulatoria de la CNMC, como órgano competente para resolver el presente procedimiento sancionador,

RESUELVE

PRIMERO.- Declarar responsable directa a la entidad Xfera Móviles, S.A.U. de la comisión de una infracción muy grave tipificada en el artículo 76.12 de la Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones, por el incumplimiento de la Resolución de 7 de julio de 2011, revisada posteriormente mediante la Resolución de 4 de mayo de 2017, por la que se aprobaron las especificaciones técnicas de los procedimientos administrativos para la conservación de numeración móvil en caso de cambio de operador, correspondiéndole una sanción por importe de **quince mil euros (15.000 €)**.

SEGUNDO.- Aprobar la reducción sobre la referida sanción de un 20%, por aplicación del porcentaje establecido en el artículo 85 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, como consecuencia de haber realizado Xfera Móviles, S.A.U. el pago voluntario con anterioridad a dictarse la resolución, minorándose la sanción hasta la cuantía de **doce mil euros (12.000 €)**.

TERCERO.- Declarar que la efectividad de la reducción de la sanción queda condicionada en todo caso al desistimiento o renuncia de cualquier acción o recurso en vía administrativa contra la sanción.

CUARTO.- Declarar la terminación del procedimiento de conformidad con lo previsto en el artículo 85 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

Comuníquese esta Resolución a la Dirección de Telecomunicaciones y del Sector Audiovisual y notifíquese al interesado haciéndole saber que pone fin a la vía administrativa y podrá interponer directamente recurso contencioso-administrativo ante la Audiencia Nacional en el plazo de dos meses a partir del día siguiente al de su notificación.