

RESOLUCIÓN DEL EXPEDIENTE SANCIONADOR CONTRA GRUPO HUALON GECO, S.A. POR EL INCUMPLIMIENTO DE LA RESOLUCIÓN DE 7 DE JULIO DE 2011 SOBRE LA MODIFICACIÓN DE LA ESPECIFICACIÓN TÉCNICA DE LOS PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS PARA LA CONSERVACIÓN DE NUMERACIÓN EN CASO DE CAMBIO DE OPERADOR EN REDES MÓVILES (SNC/DTSA/342/13/ESPECIFICACION MÓVIL GRUPO HUALON)

SALA DE SUPERVISIÓN REGULATORIA DE LA CNMC

Presidenta

D^a. María Fernández Pérez

Consejeros

D. Eduardo García Matilla
D. Josep María Guinart Solà
D^a. Clotilde de la Higuera González
D. Diego Rodríguez Rodríguez

Secretario de la Sala

D. Miguel Sánchez Blanco, Vicesecretario del Consejo

En Madrid, a 6 de marzo de 2014

Visto el expediente sancionador incoado a Grupo Hualon Geco, S.A. por el presunto incumplimiento de la Resolución de 7 de julio de 2011 sobre la modificación de la Especificación técnica de los procedimientos administrativos para la conservación de numeración en caso de cambio de operador en redes móviles, la **SALA DE SUPERVISIÓN REGULATORIA** acuerda lo siguiente:

I. ANTECEDENTES

Primero.- Denuncia de Vodafone.

Con fecha 3 de agosto de 2012, Vodafone España, S.A.U. –en adelante, Vodafone– denunció ante la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones¹ –en adelante, CMT– a Grupo Hualon Geco, S.A. –en adelante, Hualon– por supuestas irregularidades en la tramitación de las solicitudes de portabilidad grabadas en el Nodo Central durante el mes de julio de 2012 (Documento núm. 1).

En concreto, Vodafone denunciaba la realización de las siguientes conductas en relación con las solicitudes de portabilidad efectuadas por sus clientes:

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

- La ocultación fraudulenta de la fecha y hora real en la que el abonado ha firmado la solicitud de portabilidad.
- La acumulación intencionada de las solicitudes de portabilidad para su carga en el Nodo Central a determinadas horas del día.

Segundo.- Inicio del periodo de información previa y requerimiento de información.

Mediante escrito de fecha 13 de septiembre de 2012 se inició un periodo de información previa para determinar y comprobar los hechos denunciados, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 69.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común -en adelante, LRJPAC- (Documento núm. 2).

Debido a que el ámbito temporal de las conductas denunciadas por Vodafone comprendía todo el mes de julio de 2012, se seleccionaron, de forma aleatoria, los días 2, 11 y 16 de julio de 2012.

Con este objetivo, en el mismo escrito se requirió a Hualon que aportase información relativa a las solicitudes de portabilidad enviadas a Vodafone -como operador donante- en las fechas señaladas, detallando, entre otras cuestiones: (i) la fecha y hora en las que los abonados firmaron las solicitudes de portabilidad, (ii) la fecha y hora de las solicitudes tal como fueron grabadas en el Nodo Central y, (iii) la copia de las solicitudes de portabilidad firmadas por los abonados.

Con fecha 16 de noviembre de 2012, Hualon contestó al citado requerimiento de información y afirmó que había enviado –como operador receptor- **[INICIO CONFIDENCIAL ... FIN CONFIDENCIAL]** solicitudes de portabilidad a Vodafone -como operador donante- los días 2, 11 y 16 de julio de 2012 (Documento núm. 3).

Tercero.- Declaración de confidencialidad.

Mediante escrito de fecha 14 de febrero de 2013, se procedió a declarar, de oficio, la confidencialidad de la solicitud de portabilidad aportada por Hualon durante el periodo de información previa (Documento núm. 4).

Cuarto.- Acuerdo de inicio del presente procedimiento sancionador.

Mediante Resolución de 14 de febrero de 2013, la CMT acordó iniciar el presente procedimiento sancionador contra Hualon como presunto responsable directo de una infracción administrativa muy grave, tipificada en el artículo 53.r) de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones -en adelante, LGTel-, consistente en el *“incumplimiento de las resoluciones adoptadas por la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones en el ejercicio de sus funciones en materia de comunicaciones electrónicas, con excepción de las que lleve a cabo en el procedimiento arbitral previo sometimiento voluntario de las partes”* (Documento núm. 5).

En particular, el presente procedimiento se incoó por el presunto incumplimiento de la Resolución de fecha 7 de julio de 2011, sobre la modificación de la especificación técnica de los procedimientos administrativos para la conservación de numeración

en caso de cambio de operador en redes móviles –en adelante, Especificación técnica de portabilidad móvil-. En concreto, se imputó a Hualon la presunta realización de las siguientes actuaciones:

- No conservar las solicitudes de portabilidad, de conformidad con la obligación establecida en la Especificación técnica de portabilidad móvil.
- No consignar la hora de cumplimentación en las solicitudes de portabilidad, de conformidad con la obligación establecida en la Especificación técnica de portabilidad móvil.
- Transformar solicitudes con ventanas de cambio diferidas en portabilidades en 24 horas, retrasando la grabación de las solicitudes en el Nodo Central.
- No grabar en el Nodo Central la hora de cumplimentación de la solicitud de portabilidad firmada por el abonado y consignada en ésta, de conformidad con la obligación establecida en la Especificación técnica de portabilidad móvil.

Mediante escrito del Secretario de esta Comisión de fecha 15 de febrero de 2013, se procedió a notificar a Hualon el acuerdo de inicio del presente procedimiento sancionador (Documento núm. 5.1).

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

Con fecha 27 de marzo de 2013, Hualon presentó escrito de alegaciones al acuerdo de inicio del presente procedimiento sancionador, solicitando su archivo (Documento núm. 6).

Sexto.- Requerimientos de información.

A la vista de las alegaciones formuladas por Hualon al acuerdo de inicio del procedimiento y de conformidad con el artículo 16.2 del Reglamento del Procedimiento para el Ejercicio de la Potestad Sancionadora, aprobado por Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto, -en adelante, Reglamento del Procedimiento Sancionador- se han realizado a Hualon dos requerimientos de información de fechas 20 de junio y 1 de octubre de 2013 (Documentos núm. 7 y 8).

Hualon contestó a los mencionados requerimientos de información los días 11 de julio y 4 de noviembre de 2013 (Documentos núm. 9 y 10).

Séptimo.- Propuesta de Resolución.

Con fecha 23 de diciembre de 2013, la instructora del procedimiento sancionador emitió la correspondiente propuesta de resolución (Documento núm. 11), en la que proponía:

“PRIMERO.- Declarar responsable directo al operador GRUPO HUALON GECO, S.A. por la comisión de una infracción administrativa muy grave tipificada en el artículo 53 r) de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones, consistente en el incumplimiento de la Resolución de fecha 7 de julio de 2011 que

aprueba la vigente Especificación técnica de portabilidad móvil que describe los procedimientos administrativos y técnicos para la conservación de numeración de servicios de telefonía móvil.

SEGUNDO.- *Imponer a GRUPO HUALON GECO, S.A. una sanción económica por importe de treinta mil euros (30.000 Euros)”.*

Dicha propuesta de resolución fue notificada debidamente a Hualon en fecha 24 de diciembre de 2013 (Documento núm. 12).

Octavo.- Ampliación del plazo máximo de resolución y notificación del expediente.

Con fecha 21 de enero de 2014, la Sala de Supervisión Regulatoria de la CNMC dictó Resolución por la que acordó ampliar en un mes el plazo máximo de resolución y notificación del presente procedimiento (Documento núm. 13).

Esta Resolución se notificó a Hualon el día 28 de enero de 2014 (Documento núm. 15).

Noveno.- Escrito de alegaciones de Hualon a la propuesta de la instructora.

Mediante escrito de fecha 27 de enero de 2014, Hualon formuló alegaciones sobre la propuesta de resolución de la instructora (Documento núm. 14), de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 19 del Reglamento del Procedimiento Sancionador.

Décimo.- Declaración de confidencialidad.

Con fecha 29 de enero de 2014, se procedió a declarar la confidencialidad de las solicitudes de portabilidad aportadas por Hualon durante la instrucción del expediente sancionador por contener información que afectaba al secreto comercial e industrial de este operador (Documento núm. 16).

Undécimo.- Finalización de la fase de instrucción.

Con fecha 18 de febrero de 2014, una vez finalizada la instrucción del procedimiento sancionador y en cumplimiento de lo previsto en el artículo 19.3 del Reglamento del Procedimiento Sancionador, se elevó para la resolución del presente expediente, la propuesta de resolución junto con el expediente administrativo instruido, así como el escrito de alegaciones presentado por Hualon a dicha propuesta de resolución (Documento núm. 17).

II. HECHOS PROBADOS

Según consta en las actuaciones realizadas y en los documentos incorporados a la instrucción del procedimiento sancionador, resultan probados los siguientes hechos:

Primero.- Hualon, como operador móvil virtual, está capacitado para garantizar el cambio de operador con conservación de la numeración a los usuarios desde el punto de vista administrativo.

Según consta en el Registro de Operadores de redes y servicios de comunicaciones electrónicas, Hualon es un operador móvil prestador de servicios -OMVPS²- que tiene suscrito un acuerdo de acceso móvil mayorista con France Telecom España, S.A.U. –en adelante, Orange-, conforme al cual revende servicios de comunicaciones móviles a sus usuarios finales³.

En virtud del citado acuerdo, Hualon lleva a cabo directamente la gestión administrativa de la conservación de la numeración por cambio de operador, esto es, recibe las solicitudes de portabilidad formalizadas por los abonados en sus canales de venta y tramita tales solicitudes a través de la web de portabilidad de Orange o de los “web services” del citado operador.

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

A su vez, durante la instrucción del presente expediente se ha podido analizar, a través de la información aportada por Hualon cuál es el procedimiento interno empleado para la tramitación administrativa de las solicitudes de portabilidad cursadas como operador receptor, desde su formalización por parte de los abonados hasta su grabación en el Nodo Central de portabilidad móvil.

A tal efecto, Hualon manifestó que dispone de dos canales de venta: presencial -tienda o distribuidor- y *call center*, a través de los cuales recibe las peticiones de portabilidad móvil de los abonados.

En relación con el canal de venta presencial -tienda o distribución-, Hualon afirmó que el procedimiento empleado es distinto según se trate de solicitudes de portabilidad de postpago o prepago:

- Postpago: Formalizadas las solicitudes de portabilidad por el abonado en la tienda o en el distribuidor, el personal comercial de la tienda propia o el distribuidor las remite, por medio de fax o de correo electrónico, al Servicio de Atención al Cliente del operador.
- Prepago: Formalizadas las solicitudes de portabilidad por el abonado en la tienda o en el distribuidor, el personal comercial de la tienda propia o el distribuidor las remite al Servicio de Atención al Cliente del operador, a través de una aplicación informática propia e interna denominada “*mantis*”.

En relación con el canal de venta call center, Hualon afirmó que el procedimiento empleado consiste en que el abonado solicita telefónicamente la portabilidad a

² Inscrito en el seno del exp. núm. RO 2009/1012.

³ Hualon es un revendedor del servicio telefónico móvil que no dispone de infraestructura de red propia que garantice la interconexión e interoperabilidad de los servicios ofrecidos, por lo que, no tiene derecho ni a la asignación de numeración propia para sus abonados móviles ni a un Indicativo de Red Móvil (IRM) propio. No obstante, Hualon dispone de una infraestructura dentro de la cadena de valor y lleva a cabo la facturación al cliente final, dispone de su propia cadena de distribución y gestión de clientes.

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

Hualon, en el número de teléfono 918 384 777, y su personal comercial atiende la llamada telefónica y le remite el formulario de la solicitud de portabilidad que debe ser cumplimentado, firmado y enviado por el propio abonado al Servicio de Atención al Cliente de Hualon, por medio de fax o de correo electrónico.

En los tres casos, cuando el Servicio de Atención al Cliente recibe las solicitudes de portabilidad se pone en contacto con los abonados solicitantes para confirmar los datos obrantes en las mismas e indicarles la fecha de la ventana de cambio. A continuación, Hualon introduce las solicitudes de portabilidad en el sistema *Siebel*⁵ de Orange, desde donde se remiten al sistema *SGP* de Orange y desde ahí, se envían al Nodo Central de portabilidad móvil para su posterior grabación.

A este respecto, Hualon ha aportado un certificado de la empresa **[INICIO CONFIDENCIAL ...⁶ FIN CONFIDENCIAL]** de fecha 12 de marzo de 2013 que describe el envío de las solicitudes de portabilidad desde el sistema Siebel de Orange hasta el sistema SGP del mismo operador:

“Cuando el agente responsable realiza la solicitud de portabilidad entrante en el sistema SIEBEL OMV, los datos de la misma se vuelcan de manera automática e inmediata –salvo incidencias puntuales que nunca son descartables- en el Sistema de Gestión de Portabilidad de Orange”.

En definitiva, Hualon es un OMVPS que participa únicamente en el proceso administrativo de portabilidad móvil ya que la ejecución técnica de la portabilidad con el cambio de enrutamiento del tráfico durante la ventana de cambio corresponde a su operador móvil de red, Orange. Por tanto, Hualon no graba directamente las solicitudes de portabilidad en el Nodo Central, sino que las introduce en el sistema *Siebel* de Orange desde donde se remiten al sistema *SGP* de Orange, para su posterior envío al Nodo Central.

Segundo.- Con respecto a las solicitudes analizadas de julio de 2012 y del periodo de febrero a mayo de 2013, Hualon ha conservado correctamente los originales de las solicitudes de portabilidad.

En el acuerdo de inicio del presente procedimiento se señaló que Hualon no conservaba dos de las tres -3- solicitudes de portabilidad enviadas como operador receptor a Vodafone -como operador donante- durante los días 2, 11 y 16 de julio de 2012 –días elegidos aleatoriamente respecto del periodo denunciado por Vodafone (julio de 2012)-.

Junto a su escrito de alegaciones al acuerdo de inicio, Hualon aportó copia de las mencionadas dos -2- solicitudes de portabilidad y, voluntariamente, de otras dos solicitudes adicionales de los días 11 y 15 de marzo de 2013.

⁵ El sistema *Siebel* es el sistema que gestiona las solicitudes de portabilidad de los operadores móviles virtuales de Orange en su modalidad de *Branded Resellers*.

⁶ La entidad **[INICIO CONFIDENCIAL ... FIN CONFIDENCIAL]** se encarga del mantenimiento del sistema Siebel de Orange.

Posteriormente, se le requirió copia de diecinueve -19- solicitudes de portabilidad adicionales enviadas por Hualon a Vodafone (como operador donante) que fueron seleccionadas de forma aleatoria por la instructora, correspondientes a días alternos en el periodo comprendido entre el día 15 de febrero y el día 13 de mayo de 2013.

Por lo tanto, el número total de solicitudes de portabilidad requeridas durante la instrucción del expediente ascendió a veinticuatro -24- solicitudes –estas solicitudes se han considerado suficientemente representativas para valorar las conductas presuntamente infractoras de Hualon-.

Durante la instrucción del expediente, se constató que Hualon sólo había aportado copia de once -11- de las veinticuatro -24- solicitudes de portabilidad requeridas para su análisis. Esto es, trece -13- solicitudes de portabilidad no fueron aportadas, las cuales se correspondían con las solicitudes que fueron seleccionadas de modo aleatorio de las totales que cursó durante el periodo de 15 de febrero y 13 de mayo de 2013.

A tal efecto, la instructora concluyó, en la propuesta de resolución, que Hualon no había conservado trece -13- de las veinticuatro -24- solicitudes de portabilidad requeridas para su análisis.

Nueva alegación de Hualon en relación con el presente Hecho Probado

En su escrito de alegaciones a la propuesta de resolución, Hualon reconoce no haber aportado las mencionadas trece -13- solicitudes de portabilidad y aporta copia de tales solicitudes.

Como consecuencia de lo anterior, se concluye que, sobre la base de las comprobaciones realizadas en el presente expediente, Hualon conservó correctamente los originales de las veinticuatro -24- solicitudes de portabilidad requeridas, que fueron seleccionadas de modo aleatorio de los días 2, 11 y 16 de julio de 2012 y del periodo comprendido entre el 15 de febrero y el 13 de mayo de 2013.

Tercero.- Hualon no ha consignado la hora de cumplimentación en las solicitudes de portabilidad analizadas de julio de 2012.

En el acuerdo de inicio de este procedimiento se señala que Hualon no consignó la hora de cumplimentación por el abonado en la solicitud de portabilidad aportada durante el periodo de información previa.

Hualon reconoció dicha omisión en su escrito de alegaciones al acuerdo de inicio del procedimiento y afirmó que desde el inicio del expediente está consignando la hora de cumplimentación en todas las solicitudes de portabilidad formalizadas por los abonados.

Durante la instrucción se comprobó que de las once -11- solicitudes de portabilidad obrantes en el expediente –en esa fase del procedimiento-, sólo en las tres -3- solicitudes de portabilidad de julio de 2012 Hualon no había consignado la hora de su cumplimentación por los abonados. En las ocho -8- solicitudes restantes, correspondientes del periodo comprendido ente 15 de febrero y 13 de mayo de 2013, Hualon consignó la hora de su cumplimentación por los abonados.

Habida cuenta de lo anterior, en la propuesta de resolución, la instructora concluyó que Hualon no había consignado la hora de cumplimentación por los abonados en tres -3- de las once -11- solicitudes de portabilidad obrantes en el expediente, correspondiendo éstas a las de julio de 2012.

Por su parte, analizadas las trece -13 solicitudes de portabilidad aportadas por Hualon durante el trámite de audiencia, se ha constatado que dicho operador consignó correctamente en éstas la hora de su cumplimentación por los abonados.

Por lo tanto, ha quedado probado que Hualon no consignó en tres -3- de las veinticuatro -24- solicitudes de portabilidad la hora de su cumplimentación por los abonados, correspondiendo éstas a las de julio de 2012. Ello representa un 12,5% sobre la totalidad de las solicitudes de portabilidad analizadas.

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

En el acuerdo de inicio de este procedimiento se señaló que Hualon no grabó la fecha y hora consignada en la solicitud de portabilidad firmada por el abonado en el Nodo Central de portabilidad móvil.

Tal y como se ha comprobado en el seno del expediente sancionador RO 2013/335⁷ debido al diseño funcional del citado sistema *SGP* de Orange, entre el día 2 de julio de 2012 y el día 22 de marzo de 2013 no se grababa la hora exacta de las solicitudes de portabilidad sino que se calculaba –adelantando 5 minutos la hora de dichas solicitudes- con respecto a la hora de grabación de las solicitudes en el Nodo Central.

De acuerdo con el Hecho Probado Primero, Hualon no interactúa directamente con el Nodo Central de portabilidad móvil ya que sus solicitudes de portabilidad se envían, a través del sistema *SGP* de Orange, para su posterior grabación. Este hecho también se ha comprobado mediante consulta en el Nodo Central de portabilidad móvil de las solicitudes de portabilidad analizadas de julio de 2012 y del periodo comprendido entre el 15 de febrero y el 13 de mayo de 2013.

En consecuencia, a la vista de lo anterior, ha quedado probado que, debido al diseño funcional del sistema *SGP* de Orange, desde el día 2 de julio de 2012 hasta el 22 de marzo de 2013, la hora de las solicitudes de Hualon grabadas en el Nodo Central de portabilidad móvil no eran la fecha y hora real de las solicitudes firmadas por los abonados, sino que se calculaba una hora ficticia de las solicitudes exactamente de 5 minutos antes respecto al momento de la grabación.

Quinto.- Con respecto a las solicitudes de portabilidad analizadas de julio de 2012 y del periodo comprendido entre el 15 de febrero y 13 de marzo de 2013, Hualon no ha grabado siete solicitudes dentro del plazo del mismo medio día hábil en el Nodo Central de portabilidad móvil.

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

En el acuerdo de inicio de este procedimiento se señaló que el análisis de la solicitud de portabilidad de julio de 2012 se desprendían indicios suficientemente razonables de que Hualon estuviese retrasando la tramitación de las solicitudes de portabilidad, a la vista de los datos obtenidos tras la consulta realizada en el Nodo Central sobre la base del MSISDN de la solicitud de portabilidad formalizada por el abonado.

De conformidad con el Hecho Probado Primero, Hualon introduce las solicitudes de portabilidad formalizadas por los abonados en el sistema *Siebel* de Orange, desde donde se remiten al sistema *SGP* de Orange y, desde ahí, se envían al Nodo Central de portabilidad móvil para su posterior grabación.

Solicitada información adicional durante la instrucción del procedimiento, Hualon aportó copia de (i) los pantallazos del sistema *Siebel* de Orange, (ii) los pantallazos del sistema *SGP* de Orange y (iii) los pantallazos del Nodo Central de portabilidad móvil de las veinticuatro -24- solicitudes de portabilidad de las fechas analizadas.

Dicha información permitió analizar la trazabilidad de todas las solicitudes de portabilidad desde su formalización por parte del abonado hasta su grabación en el Nodo Central, habiendo resultado probados los siguientes hechos:

- Dos -2- de las once -11- solicitudes de portabilidad obrantes al inicio de la tramitación del expediente fueron grabadas fuera del plazo del medio día hábil en el Nodo Central de portabilidad móvil a contar desde su formalización por parte de los abonados -en concreto, las solicitudes con MSISDN **[INICIO CONFIDENCIAL ... FIN CONFIDENCIAL]**-.
- Cinco -5- de las trece -13- solicitudes de portabilidad no aportadas por Hualon durante la instrucción fueron grabadas fuera del plazo del medio día hábil en el Nodo Central de portabilidad móvil -así ocurre con las solicitudes de portabilidad con MSISDN **[INICIO CONFIDENCIAL ... FIN CONFIDENCIAL]**-. Además, la grabación de la solicitud con **[INICIO CONFIDENCIAL ... FIN CONFIDENCIAL]** se retrasó durante tres -3- días.

Habida cuenta de lo anterior, en la propuesta de resolución, la instructora concluyó que Hualon no grabó siete -7- de las veinticuatro -24- solicitudes de portabilidad analizadas de las fechas señaladas dentro del plazo del mismo medio día hábil a contar desde su formalización por los abonados.

Nueva alegación de Hualon en relación con el presente Hecho Probado

En su escrito de alegaciones a la propuesta de resolución, Hualon se muestra disconforme con la conclusión anterior y afirma que tres -3- solicitudes de portabilidad deben ser excluidas de la conclusión anterior por haber incurrido en alguno de los siguientes supuestos:

- Tramitación en el medio día hábil siguiente de la solicitud del cliente por haberse tramitado escasos minutos antes de la hora límite del medio día hábil. Así ocurre con las solicitudes de portabilidad con MSISDN **[INICIO CONFIDENCIAL ... FIN CONFIDENCIAL]**.

Según manifestaciones de Hualon, tales solicitudes de portabilidad *“fueron grabadas correctamente dentro del plazo del mismo medio día hábil tanto en*

la aplicación informática de Hualon como en el sistema SGP de Orange". Sin embargo, dicho operador desconoce los motivos por los que el sistema SGP de Orange "dilató la grabación de tales solicitudes en el Nodo Central hasta al día siguiente a primera hora de la mañana", señalando que, en todo caso, ello está fuera de su esfera de control.

Analizadas tales solicitudes de portabilidad, efectivamente, se ha constatado que éstas fueron grabadas en el sistema SGP de Orange a escasos minutos de la finalización del correspondiente plazo del medio día hábil y que fueron grabadas en el Nodo Central en el plazo del medio día hábil siguiente.

- Tramitación correcta de una solicitud de portabilidad dentro del plazo del medio día hábil en el Nodo Central de portabilidad móvil.

La solicitud de portabilidad con MSISDN [INICIO CONFIDENCIAL ... FIN CONFIDENCIAL] fue cursada el día [INICIO CONFIDENCIAL FIN CONFIDENCIAL], por lo que se grabó dentro del plazo del siguiente medio día hábil en el Nodo Central de portabilidad móvil, esto es, que se correspondía con el día [INICIO CONFIDENCIAL FIN CONFIDENCIAL] por la mañana.

Analizada dicha solicitud de portabilidad tras el trámite de audiencia, se ha comprobado que ésta fue introducida correctamente en el sistema Siebel de Hualon dentro del correspondiente plazo del medio día hábil y que se grabó de forma correcta en el Nodo Central.

Por lo tanto, se estima en sede de Hechos Probados la última alegación realizada por Hualon, de tal manera que se excluye una -1- de las siete -7- solicitudes de portabilidad cuya tramitación correcta ha sido imputada a Hualon en la propuesta de resolución de la instructora (la solicitud de portabilidad fue tramitada de forma correcta en el Nodo Central).

Al margen de lo anterior, Hualon reconoce que, de las siete -7- solicitudes identificadas en la propuesta de resolución, cuatro -4- solicitudes sí fueron grabadas fuera del plazo del medio día hábil en el Nodo Central de portabilidad móvil.

En definitiva y como consecuencia de lo anterior, ha quedado probado que Hualon ha tramitado de forma irregular, en total, seis -6- solicitudes de portabilidad de las veinticuatro -24- solicitudes analizadas en el seno del presente expediente – correspondientes a julio de 2012 y al periodo transcurrido entre el 15 de febrero y el 13 de mayo de 2013-, dentro del plazo del mismo medio día hábil en el Nodo Central de portabilidad móvil a contar desde su formalización por los abonados. Dicha grabación se retrasó hasta el medio día hábil siguiente, salvo en un único supuesto concreto que se retrasó durante un día. Esta tramitación irregular representa un 25% sobre la totalidad de las solicitudes de portabilidad analizadas en el expediente.

Sexto.- Conclusión sobre los Hechos Probados.

En definitiva, han quedado probados los siguientes hechos:

- Hualon es un OMVPS que participa únicamente en el proceso administrativo de portabilidad móvil ya que la ejecución técnica de la portabilidad con el

cambio de enrutamiento del tráfico durante la ventana de cambio corresponde a su operador móvil de red, Orange.

- Hualon conserva correctamente los originales de las veinticuatro -24- solicitudes de portabilidad analizadas del mes de julio de 2012 y del periodo comprendido entre el 15 de febrero y el 13 de mayo de 2013.
- Hualon no consignó la hora de cumplimentación por los abonados en tres -3- de las veinticuatro -24- solicitudes de portabilidad, las cuales corresponden a las de julio de 2012, lo que representa un 12,5% sobre la totalidad de las solicitudes de portabilidad analizadas.
- Desde el día 2 de julio de 2012 hasta el día 22 de marzo de 2013, debido al diseño funcional del sistema SGP de Orange, la hora de las solicitudes de Hualon grabadas en el Nodo Central de portabilidad móvil no eran la fecha y hora real de las solicitudes firmadas por los abonados, sino que se calculaba una hora ficticia de las solicitudes exactamente de 5 minutos antes respecto al momento de la grabación.
- Hualon no grabó seis -6- de las veinticuatro -24- solicitudes de portabilidad dentro del plazo del mismo medio día hábil en el Nodo Central de portabilidad móvil a contar desde su formalización por los abonados. Dicha grabación se retrasó hasta el medio día hábil siguiente, salvo en un único supuesto concreto que se retrasó durante un día.

Esta tramitación irregular representa un 25% sobre la totalidad de las solicitudes de portabilidad analizadas en el expediente.

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

III. FUNDAMENTOS JURÍDICOS

Primero.- Objeto y habilitación competencial.

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

A este respecto, el artículo 18 de la LGTel establece la obligación de los operadores que exploten redes públicas telefónicas o presten servicios telefónicos disponibles al público de garantizar que los abonados a dichos servicios puedan conservar, previa solicitud, los números que les hayan sido asignados. Dicho artículo ha sido desarrollado por el Reglamento sobre mercados de comunicaciones electrónicas, acceso a las redes y numeración, aprobado por Real Decreto 2296/2004, de 10 de diciembre -en adelante, Reglamento de Mercados-.

El artículo 43, apartado primero, del Reglamento de Mercados, relativo a las “Soluciones técnicas y administrativas”, atribuye a la CNMC la competencia para adoptar las soluciones técnicas y administrativas aplicables, cuando sea preciso para dar cumplimiento a lo establecido en la normativa sobre conservación de la numeración. En uso de la habilitación competencial precitada, con fecha 7 de julio de 2011 se adoptó la Resolución que modifica y aprueba la vigente Especificación técnica de portabilidad móvil.

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

“A la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, cuando se trate de infracciones muy graves tipificadas en los párrafos q) a x) del artículo 53, infracciones graves tipificadas en el párrafo p) y, en el ámbito material de su actuación, en el párrafo q) del artículo 54, e infracciones leves tipificadas en el párrafo d) del artículo 55 respecto de los requerimientos de información por ella formulados”.

En aplicación de los preceptos citados, la CNMC tiene competencia para conocer sobre las conductas mencionadas en los antecedentes de hecho y resolver sobre el incumplimiento de la Especificación técnica arriba mencionada, de conformidad con el artículo 53 r) de la LGTel, que tipifica como infracción muy grave el incumplimiento de las resoluciones adoptadas por la Comisión en el ejercicio de sus funciones.

En este sentido, el presente procedimiento fue iniciado por la CMT, en virtud de la habilitación competencial citada. Sin embargo, la Disposición Adicional Segunda, apartado 1, de la Ley 3/2013, señala que la constitución de la CNMC implicará la extinción, entre otros organismos, de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones. En virtud de lo anterior, de conformidad con lo dispuesto en la Disposición Transitoria Quinta, apartado 1, de la Ley 3/2013⁸, una vez constituida la CNMC y atendiendo a lo previsto en los artículos 20.2 y 21.2 de la citada Ley y en el artículo 14.1.b) del Estatuto Orgánico, aprobado por el Real Decreto 657/2013, de 30 de agosto, el órgano competente para resolver el presente procedimiento es la Sala de Supervisión Regulatoria de la CNMC.

Segundo.- Tipificación de los Hechos Probados.

Este procedimiento sancionador se inició ante la posible comisión de una infracción tipificada en el artículo 53, letra r), de la LGTel que califica como infracción administrativa muy grave “el incumplimiento de las resoluciones adoptadas por la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones en el ejercicio de sus funciones

⁸ La citada Disposición señala que los procedimientos iniciados con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 3/2013, de 4 de junio, continuarán tramitándose por los órganos de la autoridad a los que la citada Ley atribuye las funciones anteriormente desempeñadas por los organismos extinguidos.

en materia de comunicaciones electrónicas, con excepción de las que lleve a cabo en el procedimiento arbitral previo sometimiento voluntario de las partes”.

En el presente caso, dicha infracción se concreta en el incumplimiento de la Resolución de fecha 7 de julio de 2011 que aprueba la vigente Especificación técnica de portabilidad móvil. Entre otros aspectos y, de conformidad con lo establecido en el artículo 38.2.m) de la LGTel –que transpone el artículo 30.4 de la Directiva 2002/22/CE, modificada por la Directiva 2009/136/CE, de 25 de noviembre, en dicha Resolución se procedió a reducir el plazo para hacer efectiva la portabilidad en 24 horas –un día hábil- desde la contratación de los servicios. De forma que, desde la puesta efectiva en funcionamiento de los nuevos procesos de portabilidad móvil el día 4 de junio de 2012, los usuarios finales y abonados tienen derecho a cambiarse de prestador de servicio telefónico móvil conservando la numeración telefónica móvil en el plazo de 24 horas.

Con carácter general, la Especificación técnica de portabilidad móvil describe los procedimientos administrativos cooperativos entre los operadores para la conservación de numeración de telefonía móvil e impone a los operadores receptores de la portabilidad numérica móvil el cumplimiento de determinadas obligaciones destacándose -a los efectos del presente procedimiento- las siguientes:

- Conservar el original de la solicitud de portabilidad firmada por el abonado –u otra forma equivalente de acreditación del consentimiento del abonado a la portabilidad- durante el plazo de 5 años, ante posibles reclamaciones (apartado 5.1).
- Consignar en la solicitud de portabilidad la “*fecha y hora de su cumplimentación*” por el abonado (apartado 8).
- Grabar en el Nodo Central de portabilidad móvil “*la fecha y hora en que el abonado ha efectuado la solicitud en el operador receptor*” (apartado 6.1.3).
- Grabar la solicitud de portabilidad en el Nodo Central de portabilidad móvil dentro del plazo del mismo medio día hábil en el que se formaliza la citada solicitud de portabilidad (apartado 7.2.1.2.2).

Por su parte, el artículo 8.1 de la LGTel establece que la explotación de redes y la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas se sujetarán a las condiciones previstas en esta Ley y su normativa de desarrollo, entre las cuales se incluirán las de salvaguarda de los derechos de los usuarios finales.

Hualon es un OMVPS, esto es, un revendedor del servicio telefónico móvil disponible al público que ha de cumplir, entre otras, con la condición de garantizar la conservación –portabilidad- de la numeración de sus usuarios en los supuestos establecidos en la normativa, en virtud del artículo 20 e) del Reglamento de Prestación de Servicios de comunicaciones electrónicas⁹. El cambio de operador con conservación de la numeración o portabilidad es un derecho esencial de los

⁹ Reglamento sobre las condiciones para la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas, el servicio universal y la protección de los usuarios, aprobado por el Real Decreto 424/2005, de 15 de abril.

abonados al servicio telefónico disponible al público, siendo responsabilidad de los operadores que explotan una red o prestan el servicio la garantía de su ejercicio mediante el sostenimiento de los sistemas que así lo permitan.

De acuerdo con el Hecho Probado Primero, Hualon únicamente participa en el proceso administrativo de portabilidad móvil ya que la ejecución técnica de la portabilidad con el cambio de enrutamiento del tráfico durante la ventana de cambio corresponde a su operador móvil de red, Orange. Esto es, Hualon no graba directamente las solicitudes de portabilidad en el Nodo Central de portabilidad móvil sino que éstas se envían, desde el sistema *SGP* de Orange, al Nodo Central de portabilidad móvil para su posterior grabación.

Sin embargo, puesto que los abonados son clientes de Hualon -y no del operador móvil de red subyacente-, éste es responsable directo frente sus abonados de asegurarles el derecho al cambio de operador con conservación de la numeración y, por tanto, es responsable de la tramitación administrativa de las solicitudes de portabilidad.

Asimismo, de acuerdo con los Hecho Probado Segundo, Hualon conservó las solicitudes de portabilidad analizadas en el expediente. Por lo tanto, Hualon ha cumplido, por lo que respecta a las comprobaciones realizadas, la obligación establecida en el apartado 5.1 de la Especificación técnica de portabilidad móvil.

Se analiza, a continuación, la tipificación de los Hechos Probados Tercero, Cuarto y Quinto referidos (i) a la consignación de la hora de cumplimentación en las solicitudes de portabilidad formalizadas por los abonados, (ii) a *“la fecha y hora en el que abonado ha efectuado la solicitud en el operador receptor”* y (iii) al momento de grabación de las solicitudes de portabilidad en el Nodo Central de portabilidad móvil.

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

El apartado 8 de la Especificación técnica de portabilidad móvil enumera la información de carácter mínimo que deben contener las solicitudes de portabilidad cualquiera que sea su soporte. De entre la información de carácter general exigida, se encuentra (i) la *“fecha y hora de cumplimentación de la solicitud”* por el abonado y (ii) *“el momento deseado para portar que es el día/mes/año en el que abonado desea que se lleve a cabo la portabilidad con las limitaciones ya indicadas (como máximo se aceptará una diferencia de un mes entre la fecha de la solicitud y la que el abonado desea para que se produzca la portabilidad). Si no se rellena este campo se tomarían por defecto los tiempos y fechas establecidos en los presentes procedimientos administrativos”*.

Desde el punto de vista de la portabilidad, la consignación en la solicitud de la portabilidad de la fecha y hora de su cumplimentación constituye un requisito esencial, porque determina el momento concreto en el que operador y el abonado han alcanzado un acuerdo para el cambio de prestador del servicio telefónico móvil con conservación de la numeración telefónica y, en consecuencia, el inicio del cómputo del plazo máximo para portar dicha numeración.

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

De acuerdo con el Hecho Probado Tercero, Hualon no consignó en las tres -3- solicitudes examinadas de julio de 2012 la hora de su cumplimentación por el abonado, por lo que se entiende que no cumplió con su obligación de consignar en éstas la hora de su cumplimentación de conformidad con el apartado 8 de la Especificación técnica de portabilidad móvil. Ello representa un 12,5% sobre la totalidad de las solicitudes de portabilidad analizadas.

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

La Especificación técnica de portabilidad móvil concreta qué información debe depositar el operador receptor para la creación y grabación de las solicitudes de alta de portabilidad móvil (apartado 6.3.1) y en qué plazo deben grabarse las solicitudes de portabilidad en el citado Nodo Central.

2.1 Sobre la información de las solicitudes de portabilidad que el operador receptor debe depositar en el Nodo Central de portabilidad móvil.

El apartado 6.1.3 de la Especificación técnica de portabilidad móvil señala los campos de información obligatorios de las solicitudes de portabilidad que el operador receptor debe depositar para la creación y grabación de una solicitud de alta de portabilidad en el Nodo Central portabilidad móvil. De entre los campos de información obligatorios destaca, a los efectos del presente procedimiento, *“la fecha y hora en el que abonado ha efectuado la solicitud en el operador receptor”*.

En el Hecho Probado Cuarto ha quedado acreditado que desde el día 2 de julio de 2012 hasta el 22 de marzo de 2013 la hora grabada en el Nodo Central no coincidía necesariamente con la hora consignada en las solicitudes de portabilidad cursadas por Hualon, debido al diseño funcional del sistema *SGP* de Orange que calculaba la hora de la solicitud con una diferencia de cinco minutos, lo que supone una irregularidad con respecto a lo previsto en el apartado 6.3.1 de la Especificación técnica de portabilidad móvil.

2.2 Sobre la obligación de grabar las solicitudes de portabilidad dentro del plazo del mismo medio día de su formalización en el Nodo Central de portabilidad móvil.

El apartado 7.2.1.2 de la Especificación técnica de portabilidad móvil establece que *“entregada la solicitud de portabilidad firmada por el abonado al operador receptor,*

éste (el operador) en el mismo medio día hábil¹⁰ debe grabarla en el Nodo Central. Dicha grabación debe realizarse dentro del horario permitido, esto es, días laborales de 8:00 a 20:00. Si la solicitud de portabilidad se realiza fuera del citado horario, ésta se grabará en el primer medio día hábil siguiente”.

De esta manera, el plazo máximo que ha de transcurrir entre la formalización de la solicitud de portabilidad por parte del abonado y la grabación de dicha solicitud en el Nodo Central de portabilidad es de medio día hábil para garantizar la portabilidad al plazo de un día laborable.

De acuerdo con el Hecho Probado Quinto, Hualon no grabó seis -6- de las veinticuatro -24- solicitudes de portabilidad analizadas dentro del plazo del medio día hábil en el Nodo Central de portabilidad móvil, sino que dicha grabación se retrasó hasta el medio día hábil siguiente, salvo en un único supuesto concreto que se retrasó durante un día. Esta tramitación irregular representa un 25% sobre la totalidad de las solicitudes de portabilidad analizadas en el expediente.

Por ello, se entiende que Hualon no cumplió con su obligación de grabar las solicitudes de portabilidad dentro del medio día hábil en que fueron formalizadas por los abonados, de conformidad con lo dispuesto en el apartado 7.2.1.2 de la Especificación técnica de portabilidad móvil.

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

En consecuencia, la documentación obrante en el expediente ha revelado la comisión por parte de Hualon de una infracción administrativa muy grave tipificada en el artículo 53.r) de la LGTel consistente en el incumplimiento de la Resolución, de 7 de julio de 2011, sobre la modificación de la Especificación técnica de portabilidad móvil, a través de la realización de los siguientes actos:

- No consignar en las tres -3- solicitudes de portabilidad examinadas de julio de 2012 la hora de su cumplimentación por el abonado, de conformidad con el apartado 8 de la Especificación técnica.
- No grabar seis -6- de las veinticuatro -24- solicitudes de portabilidad analizadas dentro del plazo del mismo medio día hábil en el Nodo Central de portabilidad a contar desde su formalización por los abonados de conformidad con el apartado 7.2.1.2 de la Especificación técnica. Dicha grabación fue retrasada hasta el medio día hábil siguiente y, en un supuesto concreto, se retrasó durante un día.

En su escrito de alegaciones a la propuesta de resolución, Hualon afirma que *“las mencionadas conductas antijurídicas no deben ser calificadas como una infracción administrativa muy grave tipificada en el artículo 53.r) de la LGTel, sino como una infracción administrativa grave tipificada en el artículo 54.q) de la LGTel”.*

¹⁰ El apartado 4 de la especificación técnica de portabilidad móvil define “día hábil” como “un día natural de lunes a viernes, excluyendo las fiestas de carácter nacional. Dentro de un día hábil se considerará horario hábil a los periodos de mañana de 8:00 a 14:00 horas y de tarde de 14:00 a 20:00 horas.

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

Adicionalmente, concurre una irregularidad con la grabación en el Nodo Central de la hora en la que los abonados efectuaban sus solicitudes de portabilidad, desde el día 2 de julio de 2012 hasta el 22 de marzo de 2013, de conformidad con el apartado 6.3.1 de la Especificación técnica de portabilidad móvil.

Tercero.- Culpabilidad en la comisión de la infracción.

De conformidad con la doctrina jurisprudencial¹¹, no se reconoce la responsabilidad objetiva en la comisión de la infracción, sino que se exige el elemento de la culpabilidad, lo que supone que la conducta antijurídica sea imputable a un sujeto responsable de dicha conducta, esto es, que exista un nexo entre el hecho y el sujeto.

Este es un presupuesto que procede del Derecho Penal y que es aplicado en el ámbito del Derecho Administrativo Sancionador, como lo acreditan entre otras las sentencias del Tribunal Constitucional 76/1990, de 26 de abril -en adelante, STC- y del Tribunal Supremo -en adelante, STS- de fechas 3 de abril de 2000 -RJ/2000/2579-, de 22 de noviembre de 2004 -RJ 2005/20-, o 21 de enero de 2011 -RJ/2011/485-.

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

Como se desprende del precepto anterior y se ha afirmado asimismo en reiteradas ocasiones, en el Derecho Administrativo Sancionador, no se exige dolo o intención maliciosa para responder de la comisión de una infracción sino que basta la culpa o imprudencia¹², constituyendo la concurrencia de dolo un criterio de graduación de la sanción. En consecuencia, con carácter general, cabe atribuir responsabilidad a título de simple negligencia, entendida como la falta de diligencia debida para evitar

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

¹² Por todas, la STS de 3 de marzo de 2003 (RJ 2003\2621), afirmaba que *“en Derecho Administrativo Sancionador (...) por regla basta la imprudencia para que se entienda cometida la infracción y, salvo advertencia legal expresa en contrario, no es exigible el dolo que de otra suerte, caso de haberse dado, únicamente opera como elemento de graduación (agravante) de la sanción. Así se establece con carácter general en el artículo 131.3.a) LRJPAC – con el rótulo de intencionalidad – sin perjuicio de que en muchas leyes sectoriales se haga esta prevención con mayor o menor precisión”*.

un resultado antijurídico, previsible y evitable, para afirmarse la responsabilidad del infractor.

En lo que aquí interesa, resulta que la consideración de lo dispuesto por el artículo 130.1 de la LRJPAC lleva a concluir que, en el cumplimiento de las obligaciones, ha de ponerse aquella diligencia que resulte exigible en función de la propia naturaleza de la obligación y de las circunstancias de las personas, el tiempo y el lugar.

Por tanto, actúa culposamente quien evita la diligencia debida en la observancia de la norma [STS de 22 de noviembre de 2004 (RJ 2005/20)] y dolosamente quien quiere realizar el tipo de infracción. Es decir, la culpa se caracteriza por la ausencia de voluntad de producir un determinado resultado y el descuido del sujeto para evitarlo, siendo evitable, ya sea de forma consciente, cuando se ha previsto, o inconsciente, cuando no se ha previsto el resultado pero éste era previsible.

Precisamente, en la normativa sectorial de telecomunicaciones podemos encontrar ambos supuestos: unos en los que la ley recoge el dolo como un elemento subjetivo del tipo de forma expresa, excluyendo así la posibilidad de cometer la infracción por mera imprudencia, como por ejemplo el artículo 53.e) o el 53.o) de la LGTel¹³, donde el ilícito debe cometerse de forma deliberada, y otros como el artículo 53.r) de la misma norma en el que no se exige la concurrencia de dolo, siendo suficiente la negligencia consistente en no dar cumplimiento a las condiciones que tiene impuestas como operador durante un período de tiempo, lo que equivale a una infracción del deber de cuidado que le era exigible y cuyo resultado podría haber previsto.

En el caso que nos ocupa, tal y como ya se ha señalado, se imputan a Hualon una serie de actos consistentes en el incumplimiento de la Resolución de la CMT de fecha 7 de julio de 2011 por la que se aprueba la Especificación técnica de portabilidad móvil, concretamente:

- No consignar en las tres -3- solicitudes de portabilidad examinadas de julio de 2012 la hora de su cumplimentación por el abonado, de conformidad con el apartado 8 de la Especificación técnica.
- No grabar seis -6- de las veinticuatro -24- solicitudes de portabilidad analizadas dentro del plazo del mismo medio día hábil en el Nodo Central de portabilidad a contar desde su formalización por los abonados de conformidad con el apartado 7.2.1.2 de la Especificación técnica. Dicha grabación fue retrasada hasta el medio día hábil siguiente y, en un supuesto concreto, se retrasó durante un día.

En la propuesta de resolución se concluyó que la inobservancia en el cumplimiento de las obligaciones es atribuible al menos a título de culpa a Hualon, toda vez que conociendo este operador la importancia que tiene la regulación contenida en la

¹³ El artículo 53.e) de la LGTel establece que se considera infracción muy grave “la producción deliberada de interferencias definidas como perjudiciales en esta ley (...)”. De la misma forma, el artículo 53.o) determina como infracción muy grave “el incumplimiento deliberado, por parte de los operadores, de las obligaciones en materia de interceptación legal de las comunicaciones impuestas en desarrollo del artículo 33 de esta ley”.

Especificación Técnica de portabilidad móvil, tenía que haber puesto una mayor diligencia en su cumplimiento.

A. Hualon ha reconocido nuevamente, en su escrito de alegaciones a la propuesta de Resolución, la comisión del **primer acto imputado (Hecho Probado Tercero)**, si bien señala que tal comisión se produjo por un *“error involuntario de su personal comercial/distribuidor de nacionalidad china –lo mismo que sus clientes”*-, el cual fue corregido de forma inmediata, tras el inicio del presente expediente.

De acuerdo con el Hecho Probado Tercero, desde el inicio del presente procedimiento sancionador, Hualon está consignando en las solicitudes de portabilidad analizadas correctamente la fecha y hora de su formalización por parte de los abonados. Nada más advertir la existencia de la conducta antijurídica, Hualon actuó como un operador diligente y corrigió dicha conducta.

En el caso que nos ocupa, se entiende que el error involuntario de los comerciales alegado por Hualon evidencia una inadvertencia que con carácter general ha de imputarse a la entidad responsable a título de negligencia. Sin embargo, se concluye que tres únicos supuestos sucedidos en julio de 2012 –periodo de puesta en marcha de las modificaciones de la Especificación técnica de portabilidad móvil-, no evidencian suficientemente una falta de diligencia que pueda imputarse a Hualon como infracción, al no concurrir el elemento de culpabilidad.

B. En relación con **el segundo acto imputado** consistente en no grabar seis -6- de las veinticuatro -24- solicitudes de portabilidad analizadas dentro del plazo del medio día hábil en el Nodo Central de portabilidad móvil (**Hecho Probado Quinto**), procede señalar lo siguiente:

- Según se ha acreditado, las solicitudes de portabilidad con MSISDN **[INICIO CONFIDENCIAL ... FIN CONFIDENCIAL]** fueron cursadas y registradas en el sistema SGP de Orange a escasos minutos de la finalización del correspondiente plazo del medio día hábil (14 o 20 horas). Esta circunstancia provocó que fuesen grabadas en el plazo del medio día hábil siguiente en el Nodo Central de portabilidad móvil.

Esta conducta antijurídica de Hualon no parece negligente, ni siquiera a título de simple inobservancia, ya que resulta comprensible que las referidas dos -2- solicitudes de portabilidad cursadas a escasos minutos de las 14 o 20 horas no puedan ser grabadas dentro del plazo del medio día hábil correspondiente por imposibilidad material.

- Cuestión distinta es el caso de las cuatro -4- solicitudes de portabilidad restantes halladas, que fueron grabadas fuera del plazo del medio día hábil en el Nodo Central de portabilidad móvil y que representa un 16,6% sobre la totalidad de solicitudes de portabilidad analizadas en el expediente.

Esta situación constituye un hecho suficiente para determinar una conducta culpable por parte de Hualon, a título de simple inobservancia, de la obligación analizada, la cual revela una falta de diligencia debida respecto de la que tiene que aplicar dicho operador en el marco de su obligación de realizar las

actuaciones necesarias para grabar las solicitudes en el Nodo Central en la forma establecida.

C. En relación con **el tercer acto imputado**, se ha comprobado la existencia de una irregularidad. Consiste en no haber consignado la fecha y hora real de las solicitudes en el Nodo Central, desde el día 2 de julio de 2012 hasta el día 25 de marzo de 2013, debido al diseño funcional del sistema *SGP* de Orange, tal y como exige el apartado 6.3.1 de la Especificación técnica de portabilidad móvil (véase Fundamento anterior), sino que se calculaba una hora ficticia de las solicitudes exactamente de 5 minutos antes respecto al momento de la grabación.

De acuerdo con el Hecho Probado Primero, Hualon, como OMVPS, no interactúa directamente con el Nodo Central de portabilidad, sino que lo hace a través del sistema *SGP* de Orange por ser éste último operador el responsable de garantizar la ejecución técnico operacional de sus solicitudes de portabilidad.

El principio de personalidad de la sanción -derivado del artículo 25 de la Constitución Española- ha sido consagrado por el Tribunal Constitucional en su sentencia núm. 219/1988 (RTC 1998, 219), como principio de responsabilidad por hechos propios. El respeto a este principio exige un nexo causal entre el hecho constitutivo de la infracción y la persona responsable.

De conformidad con la doctrina del citado Tribunal Constitucional¹⁴, el infractor sólo responde de las infracciones en la medida en que puedan serle imputadas y reprochadas su autoría o participación en la misma. De forma que la responsabilidad no puede, en principio, extenderse al ámbito de las sanciones derivadas de una infracción en la que el responsable no haya tenido ninguna participación.

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

En consecuencia, de la documentación obrante en el expediente, los hechos probados y las manifestaciones realizadas por Hualon que constan en la presente resolución, únicamente concurre el requisito de culpabilidad en la comisión de una conducta antijurídica consistente la no grabación de cuatro -4- solicitudes de portabilidad dentro del plazo del medio día hábil en el Nodo Central de portabilidad móvil, al quedar probado que las ha realizado sin la debida diligencia exigida, esto es, a título de simple inobservancia, para evitar el resultado antijurídico producido.

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

¹⁴ Entre otras, sentencias del Tribunal Constitucional de fecha 12 de mayo de 1994 (RTC 1994, 146) y de 14 de febrero de 2000 (RTC 2000, 36).

Cuarto.- Criterios de graduación de la sanción.

En este epígrafe se procede a analizar el importe de la sanción, de acuerdo con los criterios de graduación contenidos tanto en el artículo 56.2 de la LGTel como en el artículo 131.3 de la LRJPAC..

El artículo 56.2 de la LGTel establece que la cuantía de la sanción que se imponga se graduará teniendo en cuenta lo siguiente:

“a) La gravedad de las infracciones cometidas anteriormente por el sujeto al que se sanciona.

b) La repercusión social de las infracciones.

c) El beneficio que haya reportado al infractor el hecho objeto de la infracción.

d) El daño causado.

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

Por su parte, el artículo 131.3 de la LRJPAC señala que:

“En la determinación normativa del régimen sancionador, así como en la imposición de sanciones por las Administraciones Públicas se deberá guardar la debida adecuación entre la gravedad del hecho constitutivo de la infracción y la sanción aplicada, considerándose especialmente los siguientes criterios para la graduación de la sanción a aplicar:

a) La existencia de intencionalidad o reiteración.

b) La naturaleza de los perjuicios causados.

c) La reincidencia, por comisión en el término de un año de más de una infracción de la misma naturaleza cuando así haya sido declarado por resolución firme.”

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

- La ausencia de beneficio bruto obtenido por Hualon en la comisión de la infracción, según el criterio establecido en el mismo artículo 56 de la LGTel.
- La inexistencia de repercusión social de la infracción, según el criterio establecido por el artículo 56.2 de la LGTel.

- El inexistente o escaso daño causado al mercado, según el criterio establecido en los artículos 56.2 de la LGTel y 131.3.c) de la LRJPAC. No consta que la conducta antijurídica cometida haya tenido algún efecto negativo en el mercado.

En sus alegaciones a la propuesta de Resolución, Hualon pone de manifiesto la “escasa incidencia acaecida” para el mercado, lo que, en su opinión, debería dar lugar a la minoración de la sanción que pudiera imponerse por parte de esta Comisión.

Esta circunstancia es efectivamente relevante y ya se tomó en consideración en la propuesta de resolución. No consta que las conductas antijurídicas cometidas hayan tenido algún efecto negativo en el mercado, en particular por el volumen de portabilidades tramitado por la entidad imputada.

Quinto.- Sanción aplicable a la infracción.

1. Límite legal de la sanción.

La LGTel establece unas reglas para fijar la cuantía máxima que puede imponerse en la sanción de infracciones, estableciéndose por otra parte también una cuantía mínima en caso de que pueda cuantificarse la sanción con arreglo al beneficio económico obtenido por el infractor.

Así, de conformidad con lo establecido en el artículo 56.1 a) de la LGTel:

“Por la comisión de infracciones muy graves tipificadas en los párrafos q) y r) del artículo 53 se impondrá al infractor multa por importe no inferior al tanto, ni superior al quíntuplo, del beneficio bruto obtenido como consecuencia de los actos u omisiones en que consista la infracción. En caso de que no resulte posible aplicar este criterio o de que de su aplicación resultara una cantidad inferior a la mayor de las que a continuación se indican, esta última constituirá el límite del importe de la sanción pecuniaria. A estos efectos, se considerarán las siguientes cantidades:

- *El 1% de los ingresos brutos anuales obtenidos por la entidad infractora en el último ejercicio en la rama de actividad afectada o, en caso de inexistencia de éstos, en el ejercicio actual,*
- *El 5% de los fondos totales, propios o ajenos, utilizados en la infracción, o*
- *20 millones de euros.”*

Adicionalmente, para determinar la cuantía de la sanción hay que tener en cuenta lo dispuesto en el apartado 2 del artículo 131 de la LRJPAC, en relación con las circunstancias modificativas que resulten aplicables, en el que se preceptúa lo siguiente:

“El establecimiento de sanciones pecuniarias deberá prever que la comisión de las infracciones tipificadas no resulte más beneficioso para el infractor que el cumplimiento de las normas infringidas.”

La aplicación de estos criterios otorga un cierto grado de flexibilidad a la hora de fijar la cuantía máxima aplicable en cada caso, respetando así el principio de proporcionalidad y disuasión. Al respecto cabe citar la Sentencia del Tribunal Constitucional de 27 de marzo de 1991 (RTC 1991/41) que se refiere al margen de la discrecionalidad judicial o administrativa en relación con la necesaria adecuación o proporcionalidad entre la gravedad de los ilícitos y las sanciones que se impongan.

2. Aplicación al presente caso de los criterios legales.

2.1 Beneficio bruto

No es posible utilizar en el presente procedimiento el criterio del beneficio bruto obtenido por la comisión de la infracción imputada a Hualon.

A pesar de lo anterior, de las manifestaciones realizadas por Hualon, en su escrito de alegaciones a la propuesta de Resolución, se entiende que dicho operador considera el beneficio bruto obtenido *“por cada cliente, según se trate de clientes prepago o postpago”* como el criterio que debe tenerse en cuenta para la cuantificación de la sanción. En su opinión, ello da lugar a una minoración de la sanción que pudiera imponerse por parte de esta Comisión.

Esta circunstancia ya se tomó en consideración en la propuesta de resolución. A tal efecto, nos remitimos a lo señalado anteriormente.

2.2 Determinación de los ingresos brutos anuales obtenidos en el último ejercicio en la rama de actividad afectada.

Tal y como ha venido señalando la CMT en su práctica administrativa¹⁵, no existe una definición específica en la LGTel que delimite qué se entiende por rama de actividad. Con carácter general, la rama de actividad se define como el conjunto de elementos patrimoniales -activo y pasivo- que conforman una unidad económica autónoma determinante de una explotación económica como unidad susceptible de funcionar por sus propios medios, sin que se requiera una personalidad jurídica propia.

De conformidad con el artículo 56 de la LGTel, el elemento de cómputo no es la rama de actividad en la que se realizó la acción u omisión, sino la rama de *“actividad afectada”*.

En este sentido la Audiencia Nacional, en su sentencia de 7 de mayo de 2010¹⁶ señala expresamente:

¹⁵ Ver por ejemplo Resolución de 10 de mayo de 2007 del expediente sancionador RO 2006/12, incoado a Telefónica; Resolución de 30 de octubre de 2008 del expediente sancionador RO 2007/1435 incoado a Telefónica por presuntas deficiencias en las bases de datos definidas en la oferta de referencia del bucle de abonado y en los sistemas de información de dicho operador.

¹⁶ SAN de 7 de mayo de 2010, núm. rec. 46/2007, relativa a la Resolución de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de 16 de noviembre de 2006 por la que se resuelve el expediente sancionador RO

“(…) el artículo de la Ley no distingue entre ramas afectadas directa o indirectamente. El elemento de determinación de la multa no reside así en la acción sino en su resultado, en los efectos, directos o indirectos de la acción sobre cualesquiera rama o ramas de actividad. Serán, pues la rama o ramas sobre las que se proyecten los efectos de la conducta las que deban ser valoradas para la cuantificación de la sanción, teniendo además en cuenta para ello la instrumentalidad del acceso desagregado al bucle para la presencia en otros mercados. Esta instrumentalidad hace que los otros mercados que se ven afectados por el establecimiento de barreras puedan ser considerados como rama de actividad afectada”.

En aplicación de esta doctrina se consideran en el presente caso, como ramas de actividad afectadas por la infracción cometida tanto los servicios mayoristas afectados como los servicios minoristas que requieren de los servicios mayoristas donde tiene lugar la infracción¹⁷.

La infracción nace del incumplimiento, por parte de Hualon, de unas obligaciones establecidas en la Especificación técnica de portabilidad móvil y, por tanto, se estima que la rama de actividad afectada se conforma por los ingresos procedentes del servicio minorista telefónico móvil de 2012 (últimos aportados a esta Comisión) que ascienden a **[INICIO CONFIDENCIAL ... FIN CONFIDENCIAL]** de euros (no hay ingresos mayoristas afectados en este caso).

Por tanto, el 1% de los ingresos brutos anuales obtenidos por la entidad infractora en el último ejercicio en la rama de actividad afectada asciende a **[INICIO CONFIDENCIAL ... FIN CONFIDENCIAL]** Euros.

Para calcular la rama de actividad, se han aplicado los criterios establecidos a tal efecto en la legislación vigente, y en virtud de los cuales (artículo 56 LGTel) la rama de actividad se calcula como “*el 1% de los ingresos brutos anuales obtenidos por la entidad infractora en el último ejercicio en la rama de actividad afectada [...]*”.

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

En el caso que nos ocupa no es posible concretar los fondos utilizados en la comisión de la infracción.

2.4 Conclusión.

El artículo 56 de la LGTel se refiere por último al importe de 20 millones de euros para fijar la sanción que pueda imponerse. Tomando en consideración todas las

2004/1811. Ver en el mismo sentido SAN de 18 de enero de 2010, núm. rec. 1270/2007, relativa a la Resolución de esta Comisión de 10 de mayo de 2007 por la que se resuelve el expediente sancionador RO 2006/12.

¹⁷ Esta ha sido la línea adoptada por la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones (y confirmada por los Tribunales) en el expediente sancionador RO 2004/1811 (Resolución de 16 de noviembre de 2006) así como en el expediente sancionador RO 2006/12 (Resolución de 10 de mayo de 2007).

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

3. Determinación de la sanción.

Ponderando los criterios de graduación de las sanciones y su aplicación al procedimiento actual, se han alcanzado las siguientes conclusiones:

- Como se ha indicado, el límite máximo de la sanción que puede imponerse es de 20 millones de euros.
- Principalmente, ha de tenerse en consideración que finalmente se imputa a Hualon la comisión de una única conducta antijurídica con respecto a las tres conductas señaladas en la propuesta de resolución de la instructora.

Por un lado, Hualon ha aportado -durante el trámite de audiencia- copia de las 13 solicitudes de portabilidad no aportadas inicialmente (véase el Hecho Probado Segundo) y, por otro lado, se ha concluido que no concurre el elemento de la culpabilidad en la no consignación de la hora de cumplimentación en las tres -3- solicitudes de portabilidad de julio de 2012 (véase el apartado de la culpabilidad).

En lo que respecta a la conducta antijurídica imputada (Hecho Probado Quinto), ha de considerarse que los procesos de portabilidad, conforme a la Especificación técnica de portabilidad móvil, son complejos y aunque las irregularidades en un determinado número constituyen una infracción, la sanción ha de minorarse de forma proporcional a los hechos probados.

- Asimismo, la Sala de Supervisión Regulatoria otorga gran relevancia a las circunstancias atenuantes apreciadas en el presente caso, en concreto, a la ausencia de repercusión social y la no afectación al mercado, por tratarse de 4 (de 24) casos en los que las solicitudes fueron grabadas fuera del medio día hábil en el Nodo Central, así como por la ausencia de beneficio bruto obtenido por la comisión dicha conducta imputada (véase el apartado 4.2).
- Por último, esta Sala de Supervisión Regulatoria entiende que ha de tenerse en cuenta la situación económica del infractor, *“derivada de su patrimonio, de sus ingresos, de sus cargas familiares y de las demás circunstancias personales que acredite que le afectan”*, de conformidad con el artículo 56.2 de la LGTel. Por ello, se concluye la necesidad de minorar la sanción en atención a los ingresos declarados por Hualon por sus actividades de telecomunicaciones (véase el apartado anterior).

En definitiva, por los principios y límites cuantitativos a que se hace referencia, la comisión de una única conducta antijurídica y atendiendo al principio de proporcionalidad que debe presidir la actividad sancionadora de la Administración y a los criterios de graduación establecidos en el artículo 131.3 de la LRJPAC y 56 de la LGTel, y a la vista también de la cuantía máxima obtenida aplicando los criterios legales, se considera que procede imponer a Hualon una sanción de tres mil (3.000) euros por el incumplimiento de la Especificación técnica de portabilidad móvil, por la no grabación de las solicitudes de portabilidad dentro del plazo del medio día hábil en el Nodo Central de portabilidad móvil.

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

RESUELVE

Primero.- Declarar responsable directo a GRUPO HUALON GECO, S.A. por la comisión de una infracción administrativa muy grave tipificada en el artículo 53.r) de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones, consistente en el incumplimiento de la Resolución de fecha 7 de julio de 2011 que aprueba la vigente Especificación técnica de portabilidad móvil.

Segundo.- Imponer a GRUPO HUALON GECO, S.A. una sanción económica por importe de tres mil (3.000) euros.

El pago de la sanción deberá efectuarse mediante ingreso en la cuenta número 2100-5000-57-0200029123 abierta al efecto en la entidad financiera CaixaBank, S.A. ("La Caixa"). Una vez efectuado el ingreso, se remitirá un ejemplar del recibo de ingreso a esta Comisión para su archivo. El plazo para realizar el pago en período voluntario es el establecido en el artículo 62.2, apartados a y b, de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, dependiendo del día en que se reciba la notificación de la presente resolución. En el supuesto de no efectuar el ingreso en el plazo concedido, se procederá a su exacción por la vía de apremio.

Comuníquese esta Resolución a la Dirección de Telecomunicaciones y del Sector Audiovisual y notifíquese a los interesados, haciéndoles saber que la misma pone fin a la vía administrativa y que pueden interponer contra ella recurso contencioso-administrativo ante la Audiencia Nacional, en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente al de su notificación.