

RESOLUCIÓN DEL EXPEDIENTE SANCIONADOR CONTRA CARREFOURONLINE, S.L.U. 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/339/13/ESPECIFICACIÓN MÓVIL CARREFOURONLINE)

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 Carrefouronline, S.L.U. 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, 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,

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

CMT- a Carrefouronline, S.L.U. –en adelante, Carrefour- 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:

- 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 citado escrito se requirió a Carrefour que aportase información acerca de 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 27 de septiembre de 2012, Carrefour contestó al citado requerimiento de información y afirmó que había enviado, como operador receptor, treinta y siete -37- 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 la confidencialidad de las solicitudes de portabilidad aportadas por Carrefour 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 Carrefour como presunto responsable directo de una infracción administrativa muy grave, tipificada en el artículo 53.r) de la Ley

32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones -en adelante, LGTel-, consistente en el *“incumplimiento de las resoluciones adoptadas por la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones en el ejercicio de sus funciones en materia de comunicaciones electrónicas, con excepción de las que lleve a cabo en el procedimiento arbitral previo sometimiento voluntario de las partes”* (Documento núm. 5).

En particular, el presente procedimiento se incoó por el presunto incumplimiento de la Resolución de 7 de julio de 2011, sobre la modificación de la especificación técnica de los procedimientos administrativos para la conservación de numeración en caso de cambio de operador en redes móviles –en adelante, Especificación técnica de portabilidad móvil-. En concreto, se imputó a Carrefour la presunta realización de las siguientes actuaciones:

- No conservar todas las solicitudes de portabilidad cursadas como operador receptor, de conformidad con la obligación establecida en la Especificación técnica de portabilidad móvil.
- No consignar la fecha y hora de cumplimentación en las solicitudes de portabilidad firmadas por los abonados, de conformidad con la obligación establecida en la citada Especificación técnica.
- Transformar solicitudes con ventanas de cambio² diferidas en portabilidades en 24 horas, al retrasar la grabación de las solicitudes en el Nodo Central hasta un momento anterior a la ventana de cambio.
- No grabar la fecha y hora de cumplimentación de las solicitudes de portabilidad formalizadas por los abonados en el Nodo Central de portabilidad móvil, de conformidad con la obligación establecida en la Especificación técnica.

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

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

Con fecha 22 de marzo de 2013, Carrefour presentó escrito de alegaciones al acuerdo de inicio del presente procedimiento sancionador, solicitando el archivo del expediente y el sobreseimiento de las actuaciones (Documento núm. 7).

² Es el plazo de tiempo dentro de un día hábil determinado por la fecha, hora de inicio y su duración, dentro del cual los operadores harán efectivas las actuaciones en sus redes y actualizarán las bases de datos de números portados. Las ventanas de cambio podrán tener una duración de hasta 4h, siendo ésta de 2:00 a.m. a 6:00 a.m.

Mediante Otrosí digo, Carrefour solicitó la incorporación al expediente de las siguientes pruebas documentales:

- Copia de cuatro solicitudes de portabilidad con MSISDN **[INICIO CONFIDENCIAL ... FIN CONFIDENCIAL]**.
- Impresión de pantalla de la aplicación SGP de France Telecom España, S.A.U. –en adelante, Orange-, acreditando la inexistencia de un campo que permita introducir la hora en la que el abonado ha firmado la solicitud de portabilidad.
- Escrito de la Asociación de Operadores para la portabilidad móvil –en adelante, AOPM- de fecha 24 de mayo de 2012.

Sexto.- Requerimiento de información.

A la vista de las alegaciones formuladas por Carrefour 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 realizó un requerimiento de información a Carrefour en fecha 20 de junio de 2012 (Documento núm. 8).

Carrefour contestó al mencionado requerimiento de información el día 4 de julio de 2013 (Documento núm. 9).

Séptimo.- Propuesta de Resolución.

Con fecha 23 de diciembre de 2013, la instructora del procedimiento sancionador emitió la correspondiente propuesta de resolución (Documento núm. 10), en la que proponía:

“PRIMERO.- Declarar responsable directo al operador CARREFOURONLINE, S.L.U. 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 CARREFOURONLINE, S.L.U. una sanción económica por importe de veinte mil euros (20.000 Euros)”.

Dicha propuesta de resolución fue notificada debidamente a Carrefour el día 30 de diciembre de 2013 (Documento núm. 11).

Octavo.- Ampliación del plazo 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. 12).

Esta Resolución se notificó a Carrefour el día 27 de enero de 2014 (Documento núm. 14).

Noveno.- Declaración de confidencialidad.

Con fecha 29 de enero de 2014, se procedió a declarar la confidencialidad de las solicitudes de portabilidad aportadas por Carrefour durante la instrucción del expediente (Documento núm. 15).

Décimo.- Escrito de alegaciones de Carrefour a la propuesta de resolución.

Mediante escrito de fecha 27 de enero de 2014, Carrefour formuló alegaciones a la propuesta de resolución (Documento núm. 16), de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 19 del Reglamento del Procedimiento Sancionador.

Undécimo.- Finalización de la fase de instrucción.

Con fecha 19 de febrero de 2014, una vez finalizada la instrucción del procedimiento sancionador y en cumplimiento de lo previsto en el artículo 19.3 del Reglamento del Procedimiento Sancionador, se elevó para resolución la propuesta de resolución junto con el expediente administrativo instruido, así como el escrito de alegaciones presentado por Carrefour 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.- Carrefour, como OMV prestador de servicios, está capacitado para garantizar el cambio de operador con conservación de la numeración a los usuarios desde el punto de vista administrativo.

Según consta en el Registro de Operadores de redes y servicios de comunicaciones electrónicas, Carrefour es un operador móvil virtual prestador de servicios³ –en adelante, OMVPS- que tiene suscrito un acuerdo móvil mayorista con Orange y conforme al cual puede prestar servicios de comunicaciones móviles a sus usuarios finales⁴.

³ Inscrito en el seno del exp. núm. 2003/1958.

⁴ Carrefour es un revendedor del servicio telefónico móvil que no dispone de infraestructura de red propia, por lo que no tiene derecho ni a la asignación de numeración propia para sus abonados móviles ni a un Indicativo de

En virtud de dicho acuerdo, Carrefour 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.

Tanto en el seno del periodo de información previa como durante la instrucción del expediente, Carrefour afirmó que no interactuaba directamente con el Nodo Central de portabilidad móvil sino que sus solicitudes de portabilidad se envían al Nodo Central a través del sistema “*Sistema Interno de Gestión de Portabilidad*”⁵ –en adelante, sistema SGP- de Orange, para su posterior grabación.

Durante la instrucción del expediente se analizó, a través de la información aportada por Carrefour, cuál es el procedimiento interno empleado para la gestión 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.

Consultada la página web de Carrefour (<http://www.carrefour.es/telecom>), se comprobó que dicho operador dispone de dos canales de venta: web y presencial -ciento setenta y tres (173) puntos de venta en supermercados- a través de los que ofrece sus servicios de telefonía móvil.

Carrefour ha señalado que el procedimiento empleado en el canal de venta presencial es el siguiente: *“las solicitudes de portabilidad cursadas por los abonados en los 173 puntos de venta de Carrefour son enviadas por vía telemática al Centro de Atención al Cliente de Carrefour el cual verifica que todos los datos son correctos –poniéndose en contacto de nuevo con el cliente en caso contrario- y son introducidas seguidamente en el”* sistema Siebel⁶ de Orange.

Por lo tanto, queda probado que Carrefour 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. Esto es, Carrefour no graba directamente las solicitudes de portabilidad en el Nodo Central sino que éstas se envían desde el sistema SGP de Orange al Nodo Central, para su posterior grabación.

Red Móvil (IRM) propio. No obstante, Carrefour 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.

⁵ El sistema SGP de Orange se encarga de gestionar la portabilidad tanto de Orange como de sus OMV *Branded Resellers*.

⁶ El sistema Siebel OMV es el sistema que gestiona las solicitudes de portabilidad de los operadores móviles virtuales de Orange en su modalidad de *Branded Resellers*.

Segundo.- Carrefour conservó correctamente las solicitudes de portabilidad analizadas de julio de 2012.

Tanto en el periodo de información previa como durante la instrucción del presente procedimiento sancionador se analizaron las treinta y siete -37- solicitudes de portabilidad enviadas por Carrefour a Vodafone -como operador donante- los días 2, 11 y 16 de julio de 2012 –días elegidos aleatoriamente respecto del periodo denunciado por Vodafone (mes de julio de 2012)-. El análisis de tales solicitudes de portabilidad se ha considerado suficiente para valorar las conductas presuntamente infractoras de Carrefour.

En el acuerdo de inicio del procedimiento se señaló que Carrefour no conservaba copia de cuatro -4- de las treinta y siete -37- solicitudes de portabilidad requeridas. Sin embargo, Carrefour aportó copia de dichas solicitudes junto a su escrito de alegaciones al acuerdo de inicio del procedimiento, por lo que ha quedado probado que Carrefour conservó correctamente los originales de las treinta y siete -37- solicitudes de portabilidad cursadas los días 2, 11 y 16 de julio de 2012.

Tercero.- Carrefour no consignó la fecha y hora en la que los abonados formalizaron las solicitudes de julio de 2012 en sus puntos de venta presenciales.

En el acuerdo de inicio del presente procedimiento se señaló que Carrefour no consignó la fecha y hora de cumplimentación en veinte -20- de las treinta y siete -37- solicitudes de portabilidad requeridas.

Sin perjuicio de lo anterior, durante la instrucción del presente procedimiento se constataron los siguientes hechos probados:

- En el formulario de solicitud de portabilidad constan, entre otros, los siguientes campos de información: *“la fecha y hora de la solicitud de portabilidad”* y *“la fecha deseada para portar”*.
- Carrefour no consignó (i) la fecha y hora, simultáneamente, de cumplimentación en ocho -8- solicitudes de portabilidad y (ii) únicamente la hora de cumplimentación en nueve -9- solicitudes de portabilidad.
- En las restantes veinte -20- solicitudes de portabilidad, se consignó correctamente la fecha y hora de cumplimentación.

Obsérvense en el cuadro siguiente las solicitudes de portabilidad en las que Carrefour no consignó, bien la fecha y hora o bien la hora de su cumplimentación.

[INICIO CONFIDENCIAL

....

FIN CONFIDENCIAL]

En consecuencia, a la vista de la documentación obrante en el expediente, ha quedado probado que aunque el formulario de solicitud de portabilidad facilitado por Carrefour contenía los campos de información “*fecha y hora de la solicitud de portabilidad*”, Carrefour no consignó en diecisiete -17- solicitudes de portabilidad, o la fecha y hora, simultáneamente, o la hora de su cumplimentación en los puntos de venta presenciales del operador, que es cuando tuvo conocimiento de la voluntad de los abonados a contratar con Carrefour portando (conservando) su numeración. A partir de ese momento, han de grabarse las solicitudes en el mismo medio día hábil en el Nodo Central y se inicia el plazo de 1 día laborable en el que los abonados tienen derecho a ver ejecutada la portabilidad, como se acredita posteriormente en el apartado sobre la tipificación.

Cuarto.- Carrefour no grabó en el Nodo Central de portabilidad móvil, desde el día 2 de julio de 2012 hasta el día 22 de marzo de 2013, la fecha y hora en la que los abonados formalizaron las solicitudes en sus puntos de venta.

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, Carrefour no interactúa directamente con el Nodo Central de portabilidad móvil ya que sus solicitudes de portabilidad se envían, a través del sistema *SGP* de Orange, para su posterior grabación. Este hecho también se ha comprobado mediante consulta en el Nodo Central de las solicitudes de portabilidad analizadas de julio de 2012.

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 Carrefour 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.- Carrefour retrasó la tramitación administrativa de las solicitudes analizadas de julio de 2012 en el canal de venta presencial.

En el acuerdo de inicio del presente procedimiento se señala que Carrefour no grabó determinadas solicitudes de portabilidad dentro del plazo del mismo medio día hábil en el Nodo Central de portabilidad móvil y que, además, en determinados supuestos

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.

concretos la grabación se retrasó hasta el medio día hábil anterior a la fecha de la ventana de cambio indicada por el abonado.

Carrefour ha reconocido la existencia de ciertos retrasos en la tramitación administrativa de sus solicitudes de portabilidad en su escrito de alegaciones al acuerdo de inicio.

Durante la instrucción del expediente se analizó la trazabilidad de las treinta y siete -37- solicitudes de portabilidad de julio de 2012, desde su formalización por parte de los abonados hasta su grabación en el Nodo Central, sobre la base de los pantallazos aportados por Carrefour (i) del sistema *Siebel* de Orange, (ii) del sistema *SGP* de Orange y (iii) del Nodo Central de portabilidad móvil, habiéndose confirmado los siguientes hechos:

- No se ha podido comprobar si once -11- solicitudes fueron grabadas dentro del plazo del mismo medio día hábil en el Nodo Central, a contar desde su formalización por los abonados, por no haberse consignado en ellas o la fecha y hora, simultáneamente, o la hora de cumplimentación por los abonados.
- Cuatro -4- solicitudes de portabilidad fueron grabadas correctamente dentro del plazo del medio día hábil en el Nodo Central de portabilidad móvil, a contar desde su formalización por parte de los abonados.
- Dieciséis -16- solicitudes de portabilidad en las que se consignó la fecha y hora de su cumplimentación fueron grabadas fuera del plazo del medio día hábil en el Nodo Central de portabilidad móvil.
- Seis -6- solicitudes de portabilidad en las que se consignó la fecha y hora de su cumplimentación fueron grabadas con varios días de retraso en el Nodo Central de portabilidad móvil.

Obsérvese en el cuadro siguiente el detalle de las solicitudes de portabilidad que no fueron grabadas dentro del plazo del medio día hábil en el Nodo Central de portabilidad móvil.

[INICIO CONFIDENCIAL

....

FIN CONFIDENCIAL]

En definitiva y como consecuencia de lo anterior, ha quedado probado que Carrefour no grabó veintidós -22- de las treinta y siete -37- solicitudes de portabilidad analizadas de julio de 2012 dentro del plazo del medio día hábil en el Nodo Central de portabilidad móvil, a contar desde su formalización. Esta tramitación irregular representa un 59,4% sobre el número total de las solicitudes de portabilidad analizadas en el expediente.

Sexto.- Conclusión sobre los Hechos Probados.

En definitiva, resultan probados los siguientes hechos:

- Carrefour, como OMVPS, es responsable de la tramitación administrativa de sus solicitudes de portabilidad y de introducirlas en el sistema *Siebel* de Orange. Con posterioridad, las solicitudes de portabilidad se envían automáticamente desde el citado sistema *Siebel* al sistema *SGP* de Orange y, desde ahí, al Nodo Central de portabilidad móvil para su posterior grabación.
- Carrefour conservó correctamente los originales de las treinta y siete -37- solicitudes de portabilidad analizadas de julio de 2012.
- Carrefour no consignó o bien la fecha y la hora o bien la hora de su cumplimentación en diecisiete -17- solicitudes de portabilidad analizadas de julio de 2012, lo que representa un 45,9% sobre el número total de 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 Carrefour 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.
- Carrefour grabó veintidós -22- solicitudes de portabilidad fuera del plazo del medio día hábil debido, y algunas con varios días de retraso, en el Nodo Central de portabilidad móvil, lo que representa un 59,4% sobre el número total de las solicitudes de portabilidad analizadas.

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

III. FUNDAMENTOS JURÍDICOS

Primero.- Objeto y habilitación competencial.

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

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

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

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

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

En aplicación de los preceptos citados, la CNMC tiene competencia para conocer sobre 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 21.1 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.r) de la LGTel que califica como infracción administrativa muy grave *“el incumplimiento de las resoluciones adoptadas por la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones en el ejercicio de sus funciones en materia de comunicaciones electrónicas, con excepción de las que lleve a cabo en el procedimiento arbitral previo sometimiento voluntario de las partes”*.

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

Con carácter general, la Especificación técnica de portabilidad móvil describe los procedimientos administrativos cooperativos entre operadores para la conservación de números de telefonía móvil (MSISDN⁹) por cambio de operador así como la migración de numeración telefónica móvil e impone a los operadores receptores de la portabilidad numérica móvil, entre otras, el cumplimiento de determinadas obligaciones destacándose -a los efectos del presente procedimiento- las siguientes:

- Conservar el original de la solicitud de portabilidad firmada por el abonado –u otra forma equivalente de acreditación del consentimiento del abonado a la

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.

⁹ Número que identifica la tarjeta SIM del operador.

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 hábil¹⁰ en el que se formaliza la citada solicitud de portabilidad (apartado 7.2.1.2.2).

Dicha grabación debe realizarse dentro del horario permitido, esto es, días laborables de 8:00 a 20:00. Si la solicitud de portabilidad se realiza fuera del citado horario, ésta se grabará en el primer medio día hábil siguiente. Ello se establece con la finalidad de garantizar la tramitación del procedimiento de portabilidad en el plazo de un día laborable.

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

En particular, Carrefour es un OMVPS 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 electrónicas¹¹. El cambio de operador con conservación de la numeración o portabilidad es un derecho esencial de los abonados al servicio telefónico disponible al público, siendo responsabilidad de los operadores que explotan una red o prestan el servicio la garantía de su ejercicio mediante el sostenimiento de los sistemas que así lo permitan.

Tal y como se ha señalado en el Hecho Probado Primero, Carrefour 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, Carrefour 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.

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”*.

¹¹ Reglamento sobre las condiciones para la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas, el servicio universal y la protección de los usuarios, aprobado por el Real Decreto 424/2005, de 15 de abril.

Sin embargo, puesto que los abonados son clientes de Carrefour -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 el Hecho Probado Segundo, Carrefour conservó las treinta y siete solicitudes de portabilidad analizadas del mes de julio de 2012, cumpliéndose con este hecho 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 respectivamente, referidos a las siguientes obligaciones de la Especificación técnica 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*”.

Carrefour afirmó, en su escrito de alegaciones al acuerdo de inicio, que la obligación de consignar la fecha y hora de cumplimentación en la solicitud de portabilidad recae en el abonado y no en el operador receptor. En su opinión, la única obligación que emana del mencionado apartado 8 de la Especificación técnica de portabilidad móvil para el operador receptor es la de incluir, en el formulario de solicitud de portabilidad, los campos de información correspondientes. A tal efecto, Carrefour señaló que no le podía imputar una obligación que no resultase de la Especificación técnica de portabilidad móvil.

En línea con lo anterior, Carrefour manifiesta en su escrito de alegaciones a la propuesta de resolución, que “*es posible que la CNMC interprete hoy que el sujeto obligado a cumplimentar la fecha y la hora en una solicitud de portabilidad sea el operador receptor, pero no fue así como lo reflejó en su momento en la resolución que aprobó la Especificación técnica de portabilidad móvil vigente en la actualidad.*”

Por tanto, más allá de cual fuera su voluntad real en aquél momento o la que tenga en la actualidad, lo que resulta de una interpretación restrictiva de la reiterada Especificación técnica es que el sujeto obligado a cumplir la obligación de aportar los datos correspondientes a la fecha y la hora de la solicitud de portabilidad a entregar al operador receptor es el abonado”.

Por todo ello, Carrefour afirma que *“la imputación del incumplimiento del apartado 8 de la Especificación técnica de portabilidad móvil a Carrefour, resulta contrario a los artículos 9.3 y 25.1 de la Constitución Española y 129 de la LRJPAC, al no ser Carrefour el sujeto responsable de la obligación de consignar la fecha y la hora en las solicitudes de portabilidad”.*

Esta Sala de Supervisión Regulatoria desestima tal alegación por los siguientes motivos:

- Los sujetos destinatarios de la Especificación técnica de portabilidad móvil son los operadores del servicio telefónico móvil que participan en los procedimientos administrativos para la conservación de la numeración telefónica móvil (MSISDN¹²) por cambio de operador. Por ello, las condiciones que se recogen en la Especificación técnica van dirigidas a los operadores receptores y donantes de la portabilidad. Una de dichas obligaciones es la de consignar la fecha y hora de cumplimentación en las solicitudes de portabilidad firmadas por los abonados.

Como se ha señalado supra, el cambio de operador con conservación de la numeración o portabilidad es un derecho esencial de los abonados al servicio telefónico disponible al público, siendo responsabilidad de los operadores que explotan una red o prestan el servicio la garantía de su ejercicio mediante el sostenimiento de los sistemas que así lo permitan.

- Así, como se ha señalado anteriormente, los operadores del servicio telefónico disponible al público han 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 electrónicas, y de esta forma, los operadores han de informar a sus usuarios de sus derechos en este ámbito.
- Por ello, tal y como se señala en la propuesta de resolución, el hecho de incluir en el formulario de la solicitud de portabilidad un campo específico para cumplimentar la fecha y hora por el abonado no es suficiente para considerar

¹² Ver nota al pie núm. 9.

que Carrefour cumple con la obligación de consignar la información obligatoria que debe constar en la solicitud de portabilidad.

- Durante la instrucción del expediente, Carrefour afirmó que el procedimiento empleado en el canal de venta presencial es el siguiente: *“las solicitudes de portabilidad cursadas por los abonados en los 173 puntos de venta de Carrefour son enviadas por vía telemática al Centro de Atención al Cliente de Carrefour el cual verifica que todos los datos son correctos –poniéndose en contacto de nuevo con el cliente en caso contrario- y son introducidas seguidamente en el”* sistema Siebel de Orange (véase Hecho Probado Primero).

En virtud de lo anterior, el sistema de contratación empleado por Carrefour es presencial entre dicho operador y los abonados ya que las solicitudes de portabilidad se cursan en sus diferentes puntos de venta presenciales (centros Carrefour) y en ese momento dicho operador tiene conocimiento de la voluntad de los abonados a portar su numeración y, conociendo la regulación vigente al respecto, ha de consignar la fecha y hora de las solicitudes si éstas no han sido cumplimentadas por los abonados.

- Esto es relevante porque, como conoce Carrefour, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1.262 del Código Civil, las solicitudes de portabilidad producen plenos efectos jurídicos desde su perfección. Por ello, desde el momento en que se firman, ambas partes –operador y abonado- han alcanzado un acuerdo para el cambio de operador con conservación de la numeración telefónica móvil. Esta exigencia constituye un requisito esencial para determinar el inicio del procedimiento de la portabilidad móvil.

Así, la ausencia de la consignación de la hora en las solicitudes tiene una consecuencia clara y es la imposibilidad de hacer un seguimiento sobre su tramitación y comprobar si las solicitudes se graban en el medio día hábil siguiente, tal y como establece la Especificación técnica, extremo que es relevante para poder comprobar si las portabilidades se gestionan en los plazos y con las garantías establecidas en la Especificación técnica.

De acuerdo con el Hecho Probado Tercero, Carrefour no consignó en diecisiete-17- solicitudes de portabilidad o bien, la fecha y hora, simultáneamente, o bien, la hora de su cumplimentación, incumpléndose con este hecho la obligación establecida en el apartado 8 de la Especificación técnica de portabilidad móvil.

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 ha de 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 día 22 de marzo de 2013, debido al diseño funcional del sistema SGP de Orange, la hora de las solicitudes de Carrefour 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, 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.

Como se ha señalado, la Resolución de la CMT de fecha 7 de julio de 2011, en línea con la Directiva 2009/136/CE, señala expresamente que *“el proceso de portabilidad se inicia cuando el abonado alcanza un acuerdo con el operador receptor”*.

En idéntico sentido, el apartado 5.2, último párrafo, de la Especificación técnica de portabilidad móvil señala que *“la entrega de la solicitud firmada por el abonado al operador receptor –u otra forma equivalente de acreditación del consentimiento del abonado a la portabilidad, siempre que se realice de acuerdo con la legislación vigente- será el evento que desencadene el proceso administrativo entre operadores para la gestión de la información necesaria y que finalizará con la portabilidad efectiva de la numeración, salvo caso de cancelación o denegación de la misma”*.

Asimismo, 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 hábil¹³ 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”*.

¹³ 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.

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 es de medio día hábil, para poder garantizarse la portabilidad en el plazo de un día laborable.

De acuerdo con el Hecho Probado Quinto, Carrefour no grabó veintidós -22- de las treinta y siete -37- solicitudes de portabilidad dentro del plazo del medio día hábil en el Nodo Central de portabilidad móvil. Esta tramitación irregular representa un 59,4% sobre el número total de solicitudes de portabilidad analizadas en el expediente.

Carrefour, en su escrito de alegaciones a la propuesta de resolución, señala que el acuerdo de inicio del presente procedimiento no *“identifica que Carrefour no grabara las solicitudes de portabilidad dentro del plazo del medio día hábil siguiente a la fecha y hora de solicitud en el Nodo Central de portabilidad móvil como unos de los hechos que motivan la incoación del procedimiento”*. En su opinión, ello supone una vulneración del artículo 18 del Reglamento del Procedimiento Sancionador y del derecho de defensa establecido en el artículo 24 de la Constitución Española.

Sin embargo, tal y como se ha señalado anteriormente, en el acuerdo de inicio del presente procedimiento se señaló que Carrefour no grabó determinadas solicitudes de portabilidad dentro del plazo del mismo medio día hábil en el Nodo Central de portabilidad móvil y que, además, en determinados supuestos concretos la grabación se retrasó hasta el medio día hábil anterior a la fecha de la ventana de cambio indicada por el abonado.

Por tanto, en el acuerdo de inicio sí se identificó la conducta antijurídica objeto de análisis en este apartado. Dicha conducta antijurídica ha sido probada durante la instrucción del procedimiento y así consta, además de en el acuerdo de inicio, tanto en la propuesta de resolución formulada por la instructora como en la presente resolución sancionadora, en virtud de los artículos 18 y 20.4 del Reglamento del Procedimiento Sancionador.

Sin perjuicio de lo anterior, en toda fase de instrucción de cualquier procedimiento sancionador deben realizarse de oficio cuantas actuaciones resulten necesarias para el examen de los hechos, recabando los datos e informaciones que sean relevantes para determinar, en su caso, la existencia de responsabilidades susceptibles de sanción, en virtud del artículo 16.2 del citado Reglamento. Siendo esto así, es siempre posible –aunque no ha ocurrido en el presente caso– que como consecuencia de dicha instrucción resulte modificada la determinación inicial de los hechos, su posible calificación, las sanciones imponibles o las responsabilidades susceptibles de sanción, lo cual es legítimo si bien debe notificarse correctamente al inculpado en la propuesta de resolución del instructor (artículo 16.3 del Reglamento del Procedimiento Sancionador).

Por su parte, el derecho a la defensa o ser oído es una garantía procesal reconocida en el artículo 24 de la Constitución Española plenamente aplicable, sin ninguna

duda, al procedimiento administrativo sancionador aunque con las matizaciones realizadas por el Tribunal Constitucional.

Según consta en los Antecedentes de Hecho de la presente resolución, Carrefour ha realizado las alegaciones que ha convenido a su defensa tanto al acuerdo de inicio como a la propuesta de resolución de la Instructora del presente procedimiento sancionador y ha aportado los medios de prueba que ha estimado pertinentes, por lo que no se le ha causado indefensión. Es más, la presente resolución sancionadora que pone fin a la vía administrativa puede ser recurrida en vía contencioso-administrativo (artículo 29.4 de la Ley de la CNMC) ante la Audiencia Nacional.

Lo anterior está en consonancia con lo manifestado por el Tribunal Constitucional, entre otras, en su Sentencia núm. 32/2009, de 9 de febrero (RTC 2009,32), que señala:

*“El ejercicio del **derecho** de defensa en el seno de un procedimiento **administrativo sancionador** presupone que el implicado sea emplazado o le sea notificada debidamente la incoación del procedimiento, pues sólo así podrá disponer de una efectiva posibilidad de defensa frente a la infracción que se le imputa, previa a la toma de decisión; y, por ende, que la Administración siga un procedimiento en el que el denunciado tenga oportunidad de aportar y proponer las pruebas que estime pertinentes, así como de alegar lo que a su **derecho** convenga”.*

Por todo lo expuesto, se desestima la alegación realizada por Carrefour.

En conclusión, conforme se acreditó en el Hecho Probado Quinto, Carrefour no cumplió en las fechas analizadas de julio de 2012 con la obligación de grabar las solicitudes de portabilidad dentro del medio día hábil en que fueron formalizadas por los abonados, de acuerdo 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 definitiva y como consecuencia de todo lo anterior, la instrucción del presente procedimiento sancionador ha revelado la comisión de una infracción administrativa muy grave tipificada en el artículo 53.r) de la LGTel consistente en el incumplimiento por parte de Carrefour de la Resolución de la CMT de fecha 7 de julio de 2011 que aprueba la Especificación técnica de portabilidad móvil, a través de la realización de los siguientes actos:

- Carrefour no consignó en diecisiete -17- de las treinta y siete -37- solicitudes de portabilidad analizadas bien, la fecha y hora, simultáneamente, bien la hora de cumplimentación, lo cual supone un incumplimiento del apartado 8 de la Especificación técnica de portabilidad móvil.

- Carrefour no grabó en las fechas analizadas veintidós -22- solicitudes de portabilidad dentro del plazo del medio día hábil en el Nodo Central de portabilidad móvil, lo cual supone un incumplimiento del apartado 7.2.1.2 de la Especificación técnica de portabilidad móvil. Esta tramitación irregular representa un 59,4% sobre la totalidad de las solicitudes de portabilidad analizadas en el expediente.

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 jurisprudencial¹⁴, 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 imprudencia¹⁵, 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

¹⁴ Por todas, la STS de 22 de noviembre de 2004 (RJ 2005\20).

¹⁵ 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 LGTel¹⁶, donde el ilícito debe cometerse de forma deliberada, y otros como el artículo 53.r) de la misma norma en el que no se exige la concurrencia de dolo, siendo suficiente la negligencia consistente en no dar cumplimiento a las condiciones que tiene impuestas como operador durante un período de tiempo, lo que equivale a una infracción del deber de cuidado que le era exigible y cuyo resultado podría haber previsto.

En el caso que nos ocupa, se han imputado a Carrefour en la propuesta de resolución una serie de actos que suponen 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 (véase el Fundamento anterior):

- La no consignación de la fecha y/o hora de cumplimentación en diecisiete -17- de las treinta y siete -37- solicitudes de portabilidad analizadas.
- La no grabación de veintidós -22- de las treinta y siete -37- solicitudes de portabilidad dentro del plazo del medio día hábil en el Nodo Central de portabilidad móvil. Esta tramitación irregular representa un 59,4% sobre la totalidad de las solicitudes de portabilidad analizadas en el expediente.

¹⁶ 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*”.

En la propuesta de resolución, la instructora concluyó que, la inobservancia en el cumplimiento de las obligaciones establecidas en la Especificación técnica de portabilidad móvil era atribuible al menos a título de culpa a Carrefour, toda vez que conociendo este operador la importancia que tienen tales obligaciones, tenía que haber puesto una mayor diligencia debida en el cumplimiento de las mismas.

Frente a tales conclusiones y teniendo en cuenta las alegaciones de Carrefour a la propuesta de resolución, esta Sala de Supervisión Regulatoria concluye lo siguiente:

A. Con respecto al primer acto imputado (Hecho Probado Tercero), la vigente Especificación técnica de portabilidad móvil señala que el dato relativo a la fecha y/o hora de la solicitud de portabilidad ha de constar en las solicitudes grabadas en el Nodo Central.

A este respecto, debe tenerse en cuenta que hasta la entrada en vigor de la actual Especificación técnica de portabilidad móvil -4 de junio de 2012-, el procedimiento de portabilidad móvil se iniciaba cuando el operador donante recibía electrónicamente la solicitud de baja del usuario con solicitud de conservación de la numeración (solicitud de portabilidad) por parte del operador receptor, por lo que hasta esa fecha, la consignación de la hora en las solicitudes de portabilidad formalizadas por los abonados, si bien era un dato obligatorio, no era determinante de los procedimientos de la portabilidad.

Sin embargo, tras la entrada en vigor de la vigente Especificación técnica de portabilidad móvil, el hito temporal que marca el inicio del proceso de portabilidad móvil es el momento en el cual el abonado alcanza un acuerdo con el operador receptor, por lo que, la consignación de la fecha y hora se convierte en un requisito esencial. Este cambio significativo ha conllevado, entre otras cosas, que los operadores hayan tenido que validar la operatividad de sus propios comerciales.

De esta manera, la conducta de no consignar la hora de cumplimentación en las solicitudes de portabilidad impacta desde el inicio en la correcta tramitación del procedimiento de la portabilidad, y por lo tanto, en la plena garantía del derecho de los abonados al cambio de operador con conservación de la numeración dentro del plazo de un día laborable. Así es, la falta de consignación de la fecha y/o hora en las solicitudes no permite comprobar si el derecho de los usuarios ha sido respetado ya que no se conoce si el operador tramita en plazo las solicitudes de portabilidad.

Por todo lo anterior, no puede excluirse el elemento de culpabilidad o negligencia de la conducta antijurídica realizada por Carrefour.

B. Por lo que respecta al segundo acto imputado, consistente en no grabar veintidós -22- de las treinta y siete -37- solicitudes de portabilidad dentro del plazo del medio día hábil en el Nodo Central de portabilidad móvil, esto es, un 59,4% sobre la totalidad de las solicitudes de portabilidad analizadas en el expediente (Hecho Probado Quinto), procede señalar que esta situación constituye un hecho

suficiente para determinar una conducta culpable, a título de simple inobservancia, por parte de Carrefour 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. Por otra parte, se ha comprobado otra **irregularidad** en los procesos de grabación de las solicitudes de portabilidad, consistente en no consignar la hora en la que el abonado ha efectuado la solicitud de portabilidad en el operador receptor, sino en calcular una hora anterior -5 minutos antes- (Hecho Probado Cuarto), tal y como exige el apartado 6.3.1 de la Especificación técnica de portabilidad móvil.

De acuerdo con el Hecho Probado Primero, Carrefour, como OMVPS, no interactúa directamente con el Nodo Central, 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 Constitucional¹⁷, 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 este motivo, se concluye que único operador responsable de la comisión de la citada conducta antijurídica es Orange como único operador titular y responsable del funcionamiento del citado sistema SGP.

En consecuencia, a la luz de los actos de instrucción realizados, los hechos probados y las manifestaciones realizadas por Carrefour que constan en la presente propuesta de resolución, únicamente concurre el requisito de culpabilidad en dos de las actuaciones que le han sido imputadas, al quedar probado que las ha realizado sin la debida diligencia exigida 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 operador.

¹⁷ 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 inexistencia de repercusión social de la infracción, según el criterio establecido por el artículo 56.2 de la LGTel.
- La ausencia de beneficio bruto obtenido por Carrefour en la comisión de la infracción, según el criterio establecido en el mismo artículo 56 de la LGTel.
- El inexistente o escaso daño causado al mercado, según el criterio establecido en los artículos 56.2 de la LGTel y 131.3.c) de la LRJPAC. No consta que la conducta antijurídica cometida haya tenido algún efecto negativo en el mercado, en particular por el volumen de portabilidades tramitado.

Quinto.- Sanción aplicable a la infracción.

1. Límite legal de la sanción.

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

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

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

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

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

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

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

2. Aplicación al presente caso de los criterios legales.

2.1 Beneficio bruto

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

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 administrativa¹⁸, 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 2010¹⁹ señala expresamente:

“(...) el artículo de la Ley no distingue entre ramas afectadas directa o indirectamente. El elemento de determinación de la multa no reside así en la acción sino en su resultado, en los efectos, directos o indirectos de la acción sobre cualesquiera rama o ramas de actividad. Serán, pues

¹⁸ 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.

¹⁹ SAN de 7 de mayo de 2010, núm. rec. 46/2007, relativa a la Resolución de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de 16 de noviembre de 2006 por la que se resuelve el expediente sancionador RO 2004/1811. Ver en el mismo sentido SAN de 18 de enero de 2010, núm. rec. 1270/2007, relativa a la Resolución de esta Comisión de 10 de mayo de 2007 por la que se resuelve el expediente sancionador RO 2006/12.

la rama o ramas sobre las que se proyecten los efectos de la conducta las que deban ser valoradas para la cuantificación de la sanción, teniendo además en cuenta para ello la instrumentalidad del acceso desagregado al bucle para la presencia en otros mercados. Esta instrumentalidad hace que los otros mercados que se ven afectados por el establecimiento de barreras puedan ser considerados como rama de actividad afectada”.

En aplicación de esta doctrina se considera, en el presente caso, como rama de actividad afectada por la infracción cometida, el servicio minorista de telefonía móvil donde tiene lugar la infracción²⁰.

La infracción nace del incumplimiento, por parte de Carrefour, 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 Carrefour.

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

2.4 Conclusión.

El artículo 56 de la LGTel se refiere por último al importe de 20 millones de euros para fijar la sanción que pueda imponerse. Tomando en consideración todas las cantidades señaladas, la sanción máxima que se podría imponer es de 20 millones de euros.

²⁰ 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).

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.
- En lo que respecta a las dos conductas imputadas, ha de considerarse que los procesos de portabilidad, conforme a la Especificación técnica de portabilidad móvil, se han de tramitar en plazos muy breves y aunque las irregularidades en un determinado número constituyen una infracción, la sanción ha de minorarse de forma proporcional a los hechos probados.
- Asimismo, esta Sala de Supervisión Regulatoria otorga mucha relevancia a las circunstancias atenuantes apreciadas en el presente caso, en concreto, a la ausencia de repercusión social y de afectación al mercado, por tratarse de un volumen de portabilidades menor, así como a la ausencia de beneficio bruto obtenido en la comisión de las conductas imputadas (véase el apartado de 4.2).
- Adicionalmente, la Sala de Supervisión Regulatoria tiene 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 Carrefour 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 dos conductas antijurídicas 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, se considera que procede imponer a Carrefour una sanción de siete mil (7.000) euros por el incumplimiento de la Especificación técnica de portabilidad por no hacer constar la fecha y hora o únicamente la hora en las solicitudes de portabilidad formuladas por los usuarios, así como por no grabar las solicitudes de portabilidad analizadas dentro del plazo del mismo medio día hábil desde su perfeccionamiento 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 CARREFOURONLINE, S.L.U. 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 CARREFOURONLINE, S.L.U. una sanción económica por importe de siete mil (7.000) 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.