

RESOLUCIÓN DEL EXPEDIENTE SANCIONADOR CONTRA MASMÓVIL TELECOM 3.0, 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/D TSA/338/13/ESPECIFICACIÓN MÓVIL MASMÓVIL)

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 Masmóvil Telecom 3.0, 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 DE HECHO

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 Masmóvil Telecom 3.0, S.A. –en adelante, Masmóvil– por supuestas irregularidades en la tramitación de las solicitudes de alta de portabilidad grabadas en el Nodo Central durante el mes de julio de 2012 (Documento núm. 1).

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

En concreto, Vodafone denunció 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 del Secretario 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 Masmóvil 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 la que los abonados formalizaron las solicitudes de portabilidad, (ii) la fecha y hora de las solicitudes tal como fueron grabadas en el Nodo Central de portabilidad móvil y, (iii) la copia de las solicitudes de portabilidad firmadas por los abonados.

Con fecha 28 de septiembre de 2012, Masmóvil contestó al citado requerimiento de información (Documento núm. 3) y afirmó que había enviado, como operador receptor, cien -100- solicitudes de portabilidad a Vodafone -como operador donante-, los referidos días 2, 11 y 16 de julio de 2012.

Tercero.- Declaración de confidencialidad.

Mediante escrito del Secretario de la CMT de fecha 14 de febrero de 2013, se procedió a declarar la confidencialidad de las solicitudes de portabilidad aportadas por Masmóvil durante el periodo de información previa (Documento núm. 4).

Cuarto.- Resolución de apertura del procedimiento sancionador.

Mediante Resolución de 14 de febrero de 2013, la CMT acordó iniciar el presente procedimiento sancionador contra Masmóvil 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 MásMóvil la presunta realización de las siguientes actuaciones:

- No conservar todas las solicitudes de portabilidad firmadas por los abonados de los días 2, 11 y 16 de julio de 2012.
- No consignar la hora de su cumplimentación en las solicitudes de portabilidad cursadas en el canal de venta presencial formalizadas por los abonados.

Mediante escrito del Secretario de esta Comisión de fecha 15 de febrero de 2013, se procedió a notificar a Masmóvil 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 21 de marzo de 2013, Masmóvil presentó escrito de alegaciones al acuerdo de inicio del procedimiento sancionador, solicitando su archivo (Documento núm. 6).

En dicho escrito, Masmóvil señaló que “*malinterpretó parcialmente la información requerida*” en el periodo de información previa y rectificó el número total de solicitudes enviadas a Vodafone los días 2, 11 y 16 de julio de 2012, ascendiendo éstas a **[INICIO CONFIDENCIAL ... FIN CONFIDENCIAL]**.

Asimismo, Masmóvil solicitó la incorporación al expediente de las siguientes pruebas documentales:

- Tabla en formato Excel en el que se detallan las mencionadas **[INICIO CONFIDENCIAL ... FIN CONFIDENCIAL]** solicitudes de portabilidad enviadas por Masmóvil -como operador receptor- a Vodafone -como operador donante-, los días 2, 11 y 16 de julio de 2012.
- Copia de cincuenta y tres -53- solicitudes de portabilidad cursadas en el canal de venta presencial -distribución- en las citadas fechas señaladas.
- Copia de veintinueve -29- correos electrónicos de confirmación de las solicitudes de portabilidad cursadas en los canales de venta web y telefónico -call center- en los días indicados.
- Copia de dieciocho -18- grabaciones de llamadas comerciales a través del canal de venta telefónico en las fechas señaladas.

Además de lo anterior, Masmóvil propuso que se analizaran, durante la instrucción del expediente, las solicitudes de portabilidad formalizadas por los abonados en el canal de venta presencial del día 29 de agosto de 2012.

Sexto.- Requerimientos de información.

A la vista de las alegaciones formuladas por Masmóvil 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 los siguientes requerimientos de información:

- Requerimientos de información a Masmóvil de fechas 20 de junio, 8 y 29 de octubre de 2013 (Documentos núm. 7, 9 y 12).

Masmóvil contestó a los mencionados requerimientos los días 3 de julio, 17 de octubre y 19 de noviembre de 2013 (Documentos núm. 8, 10 y 14).

- Requerimiento de información a la AOPM de fecha 17 de octubre de 2013 (Documento núm. 11).

Con fecha 11 de noviembre de 2013, la AOPM contestó al citado requerimiento de información (Documento núm. 13).

Séptimo.- Propuesta de Resolución.

Con fecha 23 de diciembre de 2013, la instructora del procedimiento sancionador emitió la correspondiente propuesta de resolución (Documento núm. 15), en la que proponía:

“PRIMERO.- Declarar responsable directo al operador MASMÓVIL TELECOM 3.0, 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 MASMÓVIL TELECOM 3.0, S.A. una sanción económica por importe de treinta mil euros (30.000 Euros)”.

Dicha propuesta de resolución fue notificada debidamente a Masmóvil en fecha 24 de diciembre de 2013 (Documento núm. 16).

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

Con fecha 21 de enero de 2013, 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. 17).

Esta Resolución se notificó a Masmóvil el día 28 de enero de 2014 (Documento núm. 18).

Noveno.- Declaración de confidencialidad

Con fecha 29 de enero de 2014, se procedió a declarar la confidencialidad de las solicitudes de portabilidad aportadas por Masmóvil durante la instrucción del expediente sancionador (Documento núm. 19).

Décimo.- Escrito de alegaciones de Masmóvil a la propuesta de la instructora

Mediante escrito de fecha 30 de enero de 2014, Masmóvil formuló alegaciones sobre la propuesta de resolución de la instructora (Documento núm. 20), 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 Masmóvil a dicha propuesta de resolución (Documento núm. 21).

II HECHOS PROBADOS

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

Primero.- Masmóvil, 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, Masmóvil es un operador móvil virtual prestador de servicios –en adelante, OMVPS-² que tiene suscrito un acuerdo de acceso móvil mayorista con France Telecom España, S.A.U. –en adelante, Orange- y conforme al cual revende servicios de comunicaciones móviles a sus usuarios finales³.

En virtud del citado acuerdo, Masmóvil 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, las tramita a través de la web de portabilidad de Orange o de los “web services” del citado operador.

² Inscrito en el seno del expediente núm. RO 2006/598.

³ Masmóvil 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, Masmóvil 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.

Durante el periodo de información previa, Masmóvil 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-.

Solicitada información adicional durante la instrucción del expediente para analizar la trazabilidad de las solicitudes de portabilidad desde su formalización por parte de los abonados hasta su grabación en el Nodo Central de portabilidad móvil, Masmóvil afirmó que introduce las solicitudes de portabilidad formalizadas por los abonados en su propio “*sistema web -implementado por un proveedor externo-*” el cual está “*conectado directa y constantemente, con tecnología web-services mediante protocolo SOAP, con el sistema SGP de Orange*” desde el cual se envían, de forma automática, las solicitudes de portabilidad al Nodo Central de portabilidad móvil para su posterior grabación.

Asimismo, se ha podido analizar, a través de la información aportada por Masmóvil, cuál es el procedimiento interno empleado por dicho operador para la tramitación administrativa de las solicitudes de portabilidad desde que los abonados realizan tal petición, a través de los canales de venta del operador (presencial –distribución-, web y call center), hasta su grabación en el Nodo Central de portabilidad móvil.

En relación con el canal de venta presencial (distribución), el procedimiento empleado es el siguiente:

- El abonado solicita la portabilidad a Masmóvil en la tienda del distribuidor del operador.
- Formalizada la solicitud de portabilidad, ésta se introduce inmediatamente en el *sistema web* de Masmóvil desde el que se transmite, de forma automática, al sistema SGP de Orange y, desde ahí, se envía al Nodo Central de portabilidad móvil para su grabación y posterior tramitación del cambio de operador con conservación de la numeración.

Por su parte, el procedimiento empleado para la tramitación de las solicitudes de portabilidad cursadas en los canales de ventas no presenciales, web y call center, es el siguiente:

- El abonado solicita la portabilidad a Masmóvil, bien a través de su página web (<http://www.masmovil.es>), bien llamando al número corto 1473 del operador.

Procesada la solicitud de portabilidad, Masmóvil remite por correo electrónico al abonado con la confirmación documental de dicha solicitud.

Además, en el mismo correo electrónico, dicho operador requiere al abonado (i) copia de su Documento Nacional de Identidad –D.N.I.- y (ii) copia de un recibo bancario de una antigüedad inferior a tres -3- meses, dentro del plazo de las siguientes setenta y dos -72- horas de la recepción de la citada confirmación documental.

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

- Recibida la citada documentación por el operador, éste, dentro del plazo de los siguientes **[INICIO CONFIDENCIAL ... FIN CONFIDENCIAL]** días hábiles, envía la tarjeta SIM al abonado por mensajero.
- Hasta el pasado 19 de diciembre de 2013, el abonado debía confirmar la recepción de la tarjeta SIM llamando a Masmóvil en el número corto 1473.

Sin embargo, desde el día 20 de diciembre de 2013, los abonados deben cumplimentar y firmar el formulario de solicitud de portabilidad en el momento de entrega de la tarjeta SIM del operador.

A partir de ese momento, el operador inicia el procedimiento de portabilidad mediante la introducción de la solicitud de portabilidad en su propio sistema *web*, desde el cual se transmite, de forma automática, al sistema *SGP* de Orange y, desde ahí, se envía -la solicitud de portabilidad- al Nodo Central para su grabación y posterior tramitación del cambio de operador con conservación de la numeración.

Por lo tanto, queda probado que Masmóvil 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, Masmóvil no graba directamente las solicitudes de portabilidad en el Nodo Central de portabilidad móvil sino que éstas se envían a través de “*web services*” al sistema *SGP* de Orange para su posterior grabación en el citado Nodo Central.

Asimismo, ha quedado probado que, el procedimiento empleado por Masmóvil para la tramitación de las solicitudes de portabilidad cursadas a través de los canales de venta web y call center retrasa el inicio de dicha tramitación, a contar, bien, desde que el abonado confirmaba la recepción de la tarjeta SIM llamando al número corto del operador (hasta el día 19 de diciembre de 2013), bien, desde el abonado cumplimenta y firma el formulario de solicitud de portabilidad en el mismo momento de recepción de la tarjeta SIM (desde el día 20 de diciembre de 2013).

Segundo.- Con respecto a las solicitudes analizadas de julio y agosto de 2012, Masmóvil no ha conservado correctamente los originales de todas las solicitudes de portabilidad cursadas a través del canal de venta telefónico.

En el acuerdo de inicio del procedimiento se señaló que Masmóvil no aportó copia de todas las solicitudes de portabilidad enviadas -como operador receptor- a Vodafone -como operador donante- los días 2, 11 y 16 de julio del año 2012 –días elegidos aleatoriamente respecto del periodo denunciado por Vodafone (mes de julio de 2012)-.

Como se ha señalado, Masmóvil, en su escrito de alegaciones al acuerdo de inicio, rectificó el número total de solicitudes de portabilidad enviadas, como operador receptor, a Vodafone –como operador donante- los referidos días 2, 11 y 16 de julio de 2012, ascendiendo el número final a **[INICIO CONFIDENCIAL ... FIN CONFIDENCIAL]**.

Asimismo, Masmóvil reconoció -en el citado escrito de alegaciones al acuerdo de inicio del presente procedimiento- que no había aportado copia de todas las solicitudes de portabilidad requeridas para su análisis y las aportó en ese momento.

Por otra parte, solicitada información adicional durante la instrucción del expediente, a la vista de las alegaciones realizadas por Masmóvil, dicho operador aportó copia de las solicitudes de portabilidad enviadas a Vodafone, como operador donante, el día 29 de agosto de 2012, siendo en total **[INICIO CONFIDENCIAL ... FIN CONFIDENCIAL]** solicitudes de portabilidad.

Por lo tanto, el número total de solicitudes de portabilidad analizadas durante la instrucción del expediente ascendió a ciento sesenta y nueve -169-. En virtud de los resultados que posteriormente se describirán, el análisis de tales solicitudes de portabilidad se ha considerado suficiente para valorar las conductas presuntamente infractoras de Masmóvil.

Del análisis de las mencionadas ciento sesenta y nueve -169- solicitudes de portabilidad durante la instrucción del expediente, resultaron probados los siguientes hechos:

- En relación con las solicitudes de portabilidad cursadas en el canal de venta presencial, Masmóvil conservó correctamente los originales de las (i) ochenta y cinco -85- solicitudes de los días 2, 11 y 16 de julio de 2012 y (ii) diecinueve -19- solicitudes del día 29 de agosto de 2012. El número total de solicitudes cursadas por este canal de venta fueron ciento cuatro -104-.
- En relación con las solicitudes de portabilidad cursadas en el canal de venta web, Masmóvil conservó los originales de las (i) once -11- solicitudes de los días 2, 11 y 16 de julio de 2012 y (ii) once -11- solicitudes del día 29 de agosto de 2012. El número total de solicitudes cursadas por este canal de venta fueron veintidós -22-.

Debido a la naturaleza del medio empleado por Masmóvil y para acreditar las solicitudes de portabilidad tramitadas a través del canal de venta web, dicho operador aportó copia de los correos electrónicos de confirmación documental de las peticiones de portabilidad web por parte de los abonados. Esta Comisión estima que dicha documentación equivale a una solicitud de portabilidad válida, en la medida en que contiene toda la información que se ha consignar en la solicitud –tal como el operador donante, operador receptor, MSISDN⁵, código de referencia de la solicitud, etc.-.

- En relación con las solicitudes de portabilidad cursadas en el canal de venta telefónico o call center, Masmóvil no aportó copia de las grabaciones de las cuarenta y tres -43- solicitudes de portabilidad realizadas mediante el mecanismo de verificación telefónica del consentimiento del abonado por medio de un tercero independiente, cursadas en las fechas analizadas. En su lugar, dicho operador sólo aportó copia de la confirmación documental de la contratación telefónica de tales solicitudes de portabilidad.

⁵ Número que identifica la tarjeta SIM del operador.

A diferencia del supuesto anterior, dicha información no puede ser calificada como solicitudes de portabilidad válidas ya que la petición verbal de la portabilidad exige, de forma obligatoria, que el operador receptor utilice los sistemas de verificación por una tercera entidad independiente.

En consecuencia, a la vista de la documentación obrante en el expediente, ha quedado probado que Masmóvil no conservó las (grabaciones) de las cuarenta y tres -43- solicitudes de portabilidad realizadas mediante la verificación telefónica del consentimiento del abonado por medio de un tercero independiente de los días 2, 11 y 16 de julio de 2012 y 29 de agosto de 2012. Ello representa un 25,44% sobre el número total de solicitudes obrantes en el expediente.

Por el contrario, se ha comprobado que Masmóvil ha conservado correctamente las restantes ciento veintiséis -126- solicitudes, que son las cursadas en los canales de venta presencial y web de julio y agosto de 2012.

Tercero.- Masmóvil no ha estado consignando la fecha y/o hora en las solicitudes de portabilidad cursadas a través del canal de venta presencial desde el día 2 de julio hasta el día 28 de agosto de 2012.

En el acuerdo de inicio del presente procedimiento, se señaló que Masmóvil no consignó la hora de cumplimentación en las solicitudes de portabilidad aportadas en el seno del periodo de información previa.

Masmóvil reconoció el hecho anterior en su escrito de alegaciones al acuerdo de inicio y afirmó que *“a mediados de 2012”* detectó que *“en las solicitudes de portabilidad cursadas a través del canal de venta presencial no figuraba de forma automática la fecha y hora de cumplimentación”* por parte de los abonados, por lo que, *“realizó un cambio total de su sistema web”*.

Solicitada información adicional a este respecto durante la instrucción del expediente, Masmóvil afirmó que *“desde el día 29 de agosto de 2012 está consignando en las solicitudes tramitadas por el canal de venta la fecha y hora de su formalización por parte de los abonados”*.

Al objeto de verificar lo anterior, durante la instrucción se analizaron las ciento veintiséis -126- solicitudes de portabilidad obrantes en el expediente (descontadas las 43 solicitudes realizadas por teléfono con verificación por tercero, analizadas en el Hecho probado anterior), habiendo resultado probados los siguientes hechos:

- En relación con las ochenta y cinco -85- solicitudes de portabilidad cursadas a través del canal de venta presencial los días 2, 11 y 16 de julio de 2012, Masmóvil no consignó (i) la fecha y hora de su cumplimentación, simultáneamente, en sesenta y una -61- solicitudes de portabilidad y (ii) la hora de su cumplimentación en cuatro -4- solicitudes.

Esto es, Masmóvil consignó correctamente, en veinte -20- solicitudes de portabilidad de julio de 2012, la fecha y hora de su cumplimentación por parte de los abonados.

- Masmóvil consignó la fecha y hora de su cumplimentación por los abonados en las diecinueve -19- solicitudes de portabilidad cursadas a través del canal de venta presencial del día 29 de agosto de 2012.
- Masmóvil consignó la fecha y hora de cumplimentación en las veintidós -22- solicitudes de portabilidad cursadas vía web de los días 2, 11 y 16 de julio y 29 de agosto de 2012 la fecha y hora de su cumplimentación por los abonados, al entender que la “*fecha y la hora de venta*” señalada en los correos electrónicos de confirmación de las solicitudes de portabilidad se corresponde con la fecha y hora de cumplimentación de estas solicitudes de portabilidad.

En consecuencia, a la vista de la documentación obrante en el expediente, ha quedado probado que, de forma generalizada, Masmóvil no consignó, desde el día 2 de julio hasta el día 28 de agosto de 2012, la fecha y/o la hora de su cumplimentación en las solicitudes de portabilidad cursadas a través del canal de venta presencial –salvo por algunas excepciones-.

Sin embargo, en las solicitudes de portabilidad web analizadas, Masmóvil sí consignó la fecha y hora de su cumplimentación por los abonados.

En total, se ha comprobado que en un volumen de sesenta y una -61- solicitudes, Masmóvil consignó correctamente la fecha y hora de cumplimentación (véase asimismo el Hecho Probado Quinto).

Cuarto.- La hora de grabación en el Nodo Central de portabilidad móvil de las solicitudes de Masmóvil, 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.

Tal y como se ha comprobado en el seno del expediente sancionador RO 2013/335⁶ 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, Masmóvil 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 en el mismo. Este hecho también se ha comprobado mediante la consulta en el Nodo Central de portabilidad móvil de las solicitudes de portabilidad analizadas de julio y agosto 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 Masmóvil grabadas en el Nodo Central de portabilidad móvil no eran la fecha y hora real de las solicitudes firmadas

⁶ 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.

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 de las fechas analizadas de julio y agosto de 2012, Masmóvil no ha grabado las sesenta y cinco solicitudes de portabilidad cursadas en los canales de venta web y call center dentro del plazo del mismo medio día hábil en el Nodo Central de portabilidad móvil.

En el acuerdo de inicio del presente expediente se señaló, con respecto a las solicitudes de portabilidad analizadas de julio de 2012, que no se pudo comprobar si éstas fueron grabadas dentro del plazo del mismo medio día hábil en el Nodo Central de portabilidad móvil a contar desde su formalización por los abonados, por no haberse consignado en ellas la hora de su cumplimentación.

Sin embargo, durante la instrucción del expediente se comprobó, mediante consulta a la AOPM⁷, si las sesenta y una -61- solicitudes de portabilidad en las que Masmóvil consignó correctamente la fecha y hora de su cumplimentación fueron grabadas dentro del plazo del mismo medio día hábil en el citado Nodo Central de portabilidad móvil, habiendo resultado probados los siguientes hechos:

- Las treinta y nueve -39- solicitudes de portabilidad cursadas a través del canal de venta presencial (distribuidor) fueron grabadas dentro del plazo del mismo medio día hábil en el Nodo Central de portabilidad móvil.
- Las veintidós -22- solicitudes de portabilidad cursadas a través del canal de venta web no fueron grabadas dentro del plazo del mismo medio día hábil en el Nodo Central de portabilidad móvil, a contar desde su formalización por parte de los abonados, sino que dichas grabaciones fueron retrasadas hasta que los abonados confirmaron la recepción de la tarjeta SIM al operador (véase en el Hecho Probado Primero).

Asimismo, debe tenerse en cuenta que, de acuerdo con el Hecho Probado Primero, Masmóvil inicia la tramitación de las solicitudes de portabilidad telefónicas cuando los abonados confirman la recepción de la tarjeta SIM del operador y no desde su formalización por parte de los abonados, de tal manera que, tales solicitudes siempre se graban con retraso en el Nodo Central de portabilidad móvil.

En consecuencia, a la vista de los actos de instrucción realizados, ha quedado probado que Masmóvil grabó las treinta y nueve -39- solicitudes de portabilidad del canal de venta presencial dentro del plazo del mismo medio día hábil en el Nodo Central de portabilidad móvil.

Además, ha quedado probado que la grabación de las sesenta y cinco -65- solicitudes de portabilidad cursadas a través de los canales de venta web y telefónico, respectivamente, en el Nodo Central ha sido retrasada hasta la fecha en la que los abonados confirmaron la recepción de la tarjeta SIM del operador. Esta tramitación irregular representa un 38,4% sobre la totalidad de las solicitudes de portabilidad analizadas en el expediente.

⁷ Asociación de Operadores para la portabilidad móvil.

Sexto.- Conclusión sobre los Hechos Probados.

En definitiva y, como consecuencia de lo anterior, resultan probados los siguientes hechos:

- Masmóvil es un OMV prestador de servicios 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.

El procedimiento empleado por Masmóvil para la tramitación de las solicitudes de portabilidad cursadas a través de los canales de venta web y call center retrasa el inicio de su tramitación en el Nodo Central, a contar, bien, desde que el abonado confirmaba la recepción de la tarjeta SIM llamando al número corto del operador (1473), bien, desde el abonado cumplimenta y firma el formulario de solicitud de portabilidad en el mismo momento de recepción de la tarjeta SIM.

- Masmóvil conservó las ciento veintiséis -126- solicitudes de portabilidad cursadas en los canales de venta presencial y web de las fechas analizadas. Sin embargo, dicho operador no conservó las cuarenta y tres -43- solicitudes de portabilidad realizadas mediante llamadas de verificación por tercero independiente en las fechas analizadas. Ello representa un 25,44% sobre el número total de solicitudes obrantes en el expediente.
- Masmóvil no consignó, desde el día 2 de julio hasta el día 28 de julio de 2012, la fecha y/o la hora de cumplimentación en las solicitudes de portabilidad del canal de venta presencial. Sin embargo, sí consignó correctamente la fecha y hora de cumplimentación en las solicitudes de portabilidad cursadas en el canal de venta web de las fechas 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 Masmóvil 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.
- Masmóvil grabó las solicitudes de portabilidad del canal de venta presencial, en las que consignó la fecha y hora de su cumplimentación por los abonados, dentro del plazo del mismo medio día hábil en el Nodo Central de portabilidad móvil.
- Por el contrario, Masmóvil no grabó las sesenta y cinco -65- solicitudes de portabilidad web y telefónicas de las fechas analizadas dentro del plazo del mismo medio día hábil en el Nodo Central de portabilidad móvil a contar desde su formalización, sino que dichas grabaciones fueron retrasadas hasta que los abonados confirmaron la recepción de la tarjeta SIM al operador. Esta tramitación irregular representa un 38,4% 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

II 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 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 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).

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.

- 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).

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.

Masmóvil 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 electrónicas⁹. 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.

De acuerdo con el Hecho Probado Primero, Masmóvil 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, Masmóvil 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 Masmóvil -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.

Se analiza, a continuación, la tipificación de los Hechos Probados Segundo, Tercero, Cuarto y Quinto respectivamente, referidos a las siguientes obligaciones de la Especificación técnica de portabilidad móvil:

1. Sobre la obligación de conservar las solicitudes de portabilidad.

El apartado 5.1 de la Especificación técnica de portabilidad móvil establece que el operador receptor está obligado a conservar el original de la solicitud de portabilidad firmada por el abonado –u otra forma equivalente de acreditación del consentimiento del abonado de la solicitud de portabilidad numérica, siempre que se realice de acuerdo con la legislación vigente- durante el plazo de 5 años, ante posibles reclamaciones.

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.

El establecimiento de la mencionada obligación tiene una doble finalidad. Por un lado, permite justificar fehacientemente frente a terceros la acreditación del consentimiento expreso, informado e inequívoco del abonado en el caso de que existiesen dudas sobre el mismo. Por el otro, resulta fundamental en el caso de posibles reclamaciones de los abonados.

En este sentido, el operador donante podrá solicitar al operador receptor el original de la solicitud de portabilidad formalizada por el abonado (documental o grabación donde conste la emisión del consentimiento verbal del abonado), realizada de acuerdo con la legislación vigente, en cualquier momento desde que tiene conocimiento de una solicitud de portabilidad. El operador receptor deberá facilitar dicho documento en el plazo de quince -15- días hábiles desde la recepción de la reclamación.

Además de lo anterior, la obligación de conservar las solicitudes de portabilidad no es un mero formalismo, sino que su exigibilidad constituye el instrumento necesario para controlar el cumplimiento de los procesos de portabilidad móvil por parte de los operadores receptores y para que esta Comisión pueda ejercer sus funciones de supervisión de la normativa regulatoria sectorial vigente.

De esta manera, la obligación de conservar las solicitudes de portabilidad permite recabar y disponer de información acerca de en qué momento se inicia el procedimiento de la portabilidad móvil, si los abonados solicitan la portabilidad dentro del plazo general de un día laborable o no y, en su caso, en qué plazo pueden ser canceladas las solicitudes de portabilidad por los abonados.

Masmóvil afirma, en su escrito de alegaciones a la propuesta de Resolución, que conserva correctamente las solicitudes de portabilidad telefónicas y que, por tanto, cumple con la obligación del apartado 5.1 de la Especificación técnica de portabilidad móvil.

En su opinión, (i) las grabaciones de las llamadas de contratación realizadas por los abonados al call center del operador, (ii) *“la confirmación documental de las solicitudes de portabilidad telefónicas”* y (iii) *“las firmas de los abonados confirmando la recepción de la tarjeta SIM del operador”*, *“permiten acreditar el consentimiento de los abonados para el cambio de operador”*. Además, dicho operador manifiesta que las confirmaciones documentales de las contrataciones telefónicas aportadas son solicitudes de portabilidad perfectamente válidas.

Frente a tales alegaciones, procede realizar las siguientes consideraciones:

- Una solicitud de portabilidad puede realizarse por escrito o por cualquier otra forma que deje constancia fehaciente del consentimiento expreso y explícito del usuario, de acuerdo con la legislación vigente.

Tal y como se señala en la propuesta de resolución, la solicitud verbal de portabilidad realizada a través del canal de venta telefónico es una forma de contratación más y perfectamente válida que fue regulada con la pretensión de facilitar la competencia en el sector de las comunicaciones electrónicas e incentivar el cambio de operador con conservación de la numeración telefónica móvil.

- La petición verbal de la portabilidad exige, de forma obligatoria, que el operador receptor utilice los sistemas de verificación por una tercera entidad independiente, de conformidad con lo dispuesto en la Circular 1/2009¹⁰. Sin embargo, ello no exonera al operador receptor de sus deberes de envío de la justificación documental de la contratación realizada al abonado.

A tal efecto, la grabación de la llamada de verificación por tercero independiente es el medio para acreditar la solicitud verbal del abonado, la cual debe ser conservada por el operador receptor de la portabilidad.

De acuerdo con el Hecho Probado Segundo, ha quedado acreditado que Masmóvil no conservó las grabaciones de las cuarenta y tres -43- solicitudes de portabilidad realizadas mediante el mecanismo de verificación telefónica del consentimiento del abonado por medio de un tercero independiente de los días 2, 11 y 16 de julio y 29 de agosto de 2012. La confirmación documental de la contratación telefónica acordada por el abonado no puede ser calificada como solicitudes de portabilidad válidas por los motivos anteriormente señalados. Esta omisión representa un 25,44% sobre el número total de solicitudes obrantes en el expediente.

Por lo tanto, Masmóvil no cumplió, en las fechas analizadas, con su obligación de conservar las solicitudes de portabilidad, de conformidad con el apartado 5.1 de la Especificación técnica de portabilidad móvil.

2. 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.

Así, 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 de la hora de su cumplimentación en la solicitud de portabilidad constituye un requisito esencial, ya que determina el momento concreto en que el 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.

¹⁰ La Circular 1/2009, de 16 de abril, aprobada por la CMT, por la que se introduce el consentimiento verbal con verificación por tercero en la contratación de servicios mayoristas regulados de comunicaciones fijas, así como en las solicitudes de conservación de numeración, modificada parcialmente por la Circular 1/2012

Así, la ausencia de la consignación de la hora 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, Masmóvil no consignó, desde el día 2 de julio hasta el día 28 de julio de 2012, la fecha y/o la hora de su cumplimentación en las solicitudes de portabilidad del canal de venta presencial.

Por ello, Masmóvil incumplió, durante el citado periodo de tiempo, con la obligación de consignar la fecha y/o la hora en todas las solicitudes de portabilidad cursadas en el canal de venta presencial, tal y como exige el apartado 8 de la Especificación técnica de portabilidad móvil.

3. 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 en el Nodo Central 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.

3.1 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, debido al diseño funcional del sistema SGP de Orange, la hora de las solicitudes de Masmóvil 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 al apartado 6.3.1 de la Especificación técnica de portabilidad móvil.

3.2 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 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 la Especificación técnica de portabilidad móvil señala, en su, 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 en el mismo medio día hábil¹¹ debe grabarla en el Nodo Central. Dicha grabación debe realizarse dentro del horario permitido, esto es, endías 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 dicho momento y la grabación de la solicitud en el Nodo Central de portabilidad es de medio día hábil, puesto que los periodos temporales se organizan en medios días hábiles con la finalidad de garantizar la tramitación del procedimiento de portabilidad en el plazo de un día laborable.

Masmóvil afirmó, en su escrito de alegaciones al acuerdo de inicio, que las solicitudes de portabilidad telefónicas no se perfeccionan *“durante el transcurso de la conversación telefónica sino en el momento de la recepción y aceptación de la tarjeta SIM por parte de los clientes. Es decir, el mero consentimiento verbal del usuario no inicia el procedimiento de contratación ni de portabilidad sino que se inicia con la aceptación expresa y por escrito del alabarán de entrega de la tarjeta SIM. Todo ello con la finalidad de garantizar la recepción de la tarjeta SIM y el consentimiento expreso del abonado”*. En su opinión, ello garantiza que los abonados no se queden sin el servicio telefónico móvil con posterioridad a la fecha de ventana de cambio en la que se produce el cambio de operador con conservación de la numeración telefónica móvil.

A este respecto, la instructora, en la propuesta de resolución, señaló que la solicitud de portabilidad telefónica se perfecciona en el momento en el que el abonado solicita verbalmente el cambio de operador con conservación de la numeración telefónica móvil al operador receptor y, desde dicho momento, esta solicitud produce plenos efectos jurídicos entre las partes, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1.262 del Código Civil. Ello sin que sea necesaria ni una posterior confirmación por parte del operador ni una posterior aceptación de recepción de la tarjeta SIM por parte de los abonados.

Por su parte, Masmóvil ha afirmado, en su escrito de alegaciones a la propuesta de Resolución, que el mencionado artículo 1.262 del Código Civil no es aplicable a las

¹¹ 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.

solicitudes de portabilidad cursadas por vía telefónica y web. Dicho operador insiste en que existe acuerdo entre las partes cuando *“se confirma la identidad y la solicitud de portabilidad por parte del abonado, y mediante aceptación expresa y por escrito de la tarjeta SIM del operador”* y no cuando el abonado solicita verbalmente la portabilidad o cuando hace el click en su página web.

Pues bien, el citado artículo 1.262 del Código Civil señala:

“El consentimiento se manifiesta por el concurso de la oferta y de la aceptación sobre la cosa y la causa que han de constituir el contrato.

(...) En los contratos celebrados mediante dispositivos automáticos hay consentimiento desde que se manifiesta la aceptación”.

En este sentido, la citada Resolución de 7 de julio de 2011 señala expresamente:

“(...) el perfeccionamiento se da por el concurso de la oferta y aceptación, o conocimiento de la aceptación de la misma. Puesto que la oferta no se considera un acto preparatorio sino una declaración contractual, basta la aceptación de la otra parte para entender la perfección del contrato, sin que sea necesaria una ulterior declaración del que hizo la oferta. Así, para que una oferta sea considerada como tal no podrá haber reserva del oferente; es decir, no podrá requerir al confirmación posterior de su consentimiento puesto que se entiende que dicho consentimiento ya fue otorgado con la oferta misma.

(...) la mera aceptación por parte del consumidor de la oferta del operador receptor conlleva la perfección del contrato, sin que sea necesaria la ulterior confirmación de su consentimiento por parte del operador”.

En el caso concreto de las solicitudes de portabilidad telefónicas cursada a través del canal de venta telefónico, la acreditación de su perfeccionamiento se realiza mediante la grabación de la llamada de verificación por tercero independiente ya que éste está obligado a indicar la fecha (día, mes año y hora) en que tiene lugar la conversación, en virtud de lo dispuesto en la Circular 1/2009. Por su parte, las solicitudes de portabilidad cursadas a través del canal de venta web se perfeccionan cuando los abonados hacen *“click”* en el botón de envío de tal petición.

Por lo tanto, el procedimiento de portabilidad móvil se inicia en el mismo momento en el que los abonados solicitan el cambio de operador con conservación de la numeración telefónica móvil, bien, en el call center, bien, a través de la página web del operador.

En lo que respecta al envío y aceptación de la tarjeta SIM al abonado, la mencionada Resolución de julio de 2011 señala expresamente:

“En este sentido se estima que un plazo de un día hábil resultaría suficiente en la mayoría de escenarios que el operador receptor

suministre al usuario que ha solicitado una alta de portabilidad la nueva tarjeta SIM, incluso cuando el abonado realice su solicitud de portabilidad mediante puntos de venta no presenciales. (...)

Por tanto, los operadores que utilicen medios de contratación no presenciales, los cuales requieren del envío de la tarjeta SIM, al objeto de garantizar la recepción de la SIM con anterioridad a la ventana de cambio pueden tener que enviarla con anterioridad “al punto de no cancelación”. Este hecho supone que el operador receptor debería asumir el riesgo económico derivado del envío de la tarjeta SIM ante la posibilidad de cancelación por parte del abonado o el establecimiento de mecanismos de aseguramiento para evitar incurrir en pérdidas en este tipo de canales no presenciales que, (...), conllevarán un empeoramiento de la experiencia del cliente”.

Por todo ello, se desestiman las alegaciones realizadas por Masmóvil con respecto al momento en que se consideran perfeccionadas las solicitudes de portabilidad web y telefónicas.

De acuerdo con el Hecho Probado Quinto, Masmóvil no grabó las sesenta y cinco -65- solicitudes de portabilidad cursadas a través de los canales de venta web y telefónico de las fechas analizadas dentro del plazo del mismo medio día hábil en el Nodo Central de portabilidad móvil a contar desde su formalización por los abonados, sino que dichas grabaciones fueron retrasadas hasta que los abonados confirmaron la recepción de la tarjeta SIM del operador. Esta tramitación irregular representa un 38,4% sobre la totalidad de las solicitudes de portabilidad analizadas en el expediente.

Por ello, se entiende que Masmóvil no cumplió con su obligación de grabar las solicitudes de portabilidad web y telefónicas dentro del plazo del mismo medio día hábil en el Nodo Central de portabilidad móvil, a contar desde su formalización.

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 Masmóvil 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:

- No conservar las cuarenta y tres -43- solicitudes de portabilidad realizadas mediante llamadas de verificación por tercer independiente de las fechas analizadas, de acuerdo con el apartado 5.1 de la Especificación técnica de portabilidad móvil. Ello representa un 25,44% sobre el número total de solicitudes obrantes en el expediente.
- No consignar desde el día 2 de julio hasta el 28 de agosto de 2012, la fecha y/o la hora de cumplimentación en las solicitudes de portabilidad cursadas a través del canal de venta presencial (concretamente, en sesenta y cinco -65-

solicitudes de portabilidad de los días 2, 11 y 16 de julio de 2012), de conformidad con el apartado 8 de la Especificación técnica de portabilidad móvil.

- No grabar las sesenta y cinco -65- solicitudes de portabilidad web y telefónicas de las fechas analizadas dentro del plazo del mismo medio día hábil en el Nodo Central de portabilidad móvil a contar desde su formalización por los abonados, sino que dichas grabaciones fueron retrasadas hasta que los abonados confirmaron la recepción de la tarjeta SIM del operador. Esta tramitación irregular representa un 38,4% sobre la totalidad de las solicitudes de portabilidad analizadas en el expediente.

En su escrito de alegaciones a la propuesta de Resolución, Masmóvil afirma que la realización de tales 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 leve, tipificada en el artículo 55.e) de la LGTel, o con carácter subsidiario, una infracción administrativa grave tipificada, bien, en el artículo 54.p), bien, en el artículo 54.q) de la LGTel.

El único tipo infractor previsto en la LGTel cuyo bien jurídico protegido es el 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 y que califica como infracción administrativa muy grave el incumplimiento de tales resoluciones. No existe en la vigente LGTel un tipo infractor de menor gravedad, esto es, grave o leve, que defina 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.

Refiriéndose a este tipo infractor, la Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de diciembre de 2007 señala:

“(...) el menoscabo de la auctoritas de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones se consume por el simple hecho de no ejecutar sus mandatos, sin que se requiera un dolo específico dirigido a ello, ni la existencia de efectos perjudiciales a terceros.”

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 jurisprudencial¹², 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

¹² Por todas, la STS de 22 de noviembre de 2004 (RJ 2005 \20).

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 imprudencia¹³, 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 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 LGTel¹⁴, donde

¹³ 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”*.

¹⁴ 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”*.

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 Masmóvil 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):

- No conservar las cuarenta y tres -43- solicitudes de portabilidad realizadas mediante llamadas de verificación por tercer independiente de las fechas analizadas.
- No consignar desde el día 2 de julio hasta el 28 de agosto de 2012, la fecha y hora de cumplimentación en las solicitudes de portabilidad cursadas a través del canal de venta presencial (concretamente en sesenta y cinco -65- solicitudes de portabilidad de los días 2, 11 y 16 de julio de 2012), lo representa un 25,44% sobre el número total de solicitudes obrantes en el expediente.
- No grabar las sesenta y cinco -65- solicitudes de portabilidad web y telefónicas de las fechas analizadas dentro del plazo del mismo medio día hábil en el Nodo Central de portabilidad móvil a contar desde su formalización por los abonados. Esta tramitación irregular representa un 38,4% sobre la totalidad de las solicitudes de portabilidad analizadas en el expediente.

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 Masmóvil, 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 tal conclusión, esta Sala de Supervisión Regulatoria concluye lo siguiente:

A. En relación con **el primer acto imputado**, procede analizar si, en virtud de los hechos probados, Masmóvil ha actuado con la diligencia que le es exigible a un operador.

La Especificación técnica de portabilidad móvil señala que el operador receptor de la portabilidad debe guardar o conservar las solicitudes de portabilidad firmadas por los abonados o cualquier otro soporte y procedimiento acorde con la legislación vigente durante el plazo de 5 años, a contar desde su formalización.

Conforme se acreditó en el Hecho Probado Segundo, Masmóvil no conserva copia de las grabaciones de las cuarenta y tres -43- solicitudes de portabilidad telefónicas realizadas mediante llamadas de verificación por tercero independiente.

Esta situación constituye un hecho suficiente para determinar una conducta culpable, a título de simple inobservancia, por parte de Masmóvil 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.

B. Como se ha señalado **el tercer acto imputado**, consiste en la no grabación de las sesenta y cinco -65- solicitudes de portabilidad web y telefónicas de las fechas analizadas dentro del plazo del mismo medio día hábil en el Nodo Central de portabilidad móvil, a contar desde su formalización por los abonados. Ello representa un 38,4% sobre la totalidad de las solicitudes de portabilidad analizadas en el expediente.

En la vigente Especificación técnica de portabilidad móvil, el bien jurídico protegido es el derecho de los abonados a solicitar el cambio de operador del servicio telefónico móvil con conservación de numeración telefónica móvil y que dicho cambio se haga efectivo en el plazo de un día laborable -24 horas- desde que alcanza un acuerdo con el operador receptor.

Este principio se ha visto lesionado ya que, como ha quedado probado, el procedimiento empleado por Masmóvil para la tramitación administrativa de las solicitudes de portabilidad web y telefónicas retrasa el inicio de tal tramitación, bien al momento en que el abonado confirmaba la recepción de la tarjeta SIM llamando al número corto del operador (hasta el día 19 de diciembre de 2013), o bien tal retraso se produce al momento en que el abonado cumplimenta y firma el formulario de solicitud de portabilidad cuando recibe la tarjeta SIM en su domicilio (desde el día 20 de diciembre de 2013).

Por todo ello, queda acreditada la existencia del elemento de culpabilidad en la conducta imputada a Masmóvil.

C. Cuestión distinta es la actuación de Masmóvil en relación con el segundo acto imputado. Dicho operador ha reconocido la comisión de esta infracción en su escrito de alegaciones a la propuesta de resolución, si bien señala que tal comisión se produjo por una *“incidencia técnica de su propio sistema web que fue advertida y solucionada con anterioridad al inicio del presente procedimiento sancionador”*.

Respecto a los sistemas informáticos empleados para la tramitación de las solicitudes de portabilidad, cabe señalar que la vigente Especificación técnica de portabilidad móvil no especifica la necesidad de utilizar un único y determinado sistema informático para la cumplimentación e impresión de las solicitudes de portabilidad, sino que son los propios operadores los encargados de diseñar el funcionamiento de sus sistemas informáticos con la finalidad de dar cumplimiento a la ejecución efectiva de la portabilidad en el plazo de un día laborable.

Siendo esto así, la Especificación técnica de portabilidad móvil señala que el dato relativo a la hora de la solicitud de portabilidad ha de constar en las solicitudes grabadas en el Nodo Central. Conforme se acreditó en el Hecho Probado Tercero, Masmóvil no consignó la hora de cumplimentación en las solicitudes de portabilidad del canal de venta presencial, desde el día 2 de julio de 2012 hasta el día 28 de

agosto de 2012, debido a la existencia de una incidencia técnica en el sistema web empleado por el operador.

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 hora se convierte en un requisito esencial. Este cambio es significativo y ha conllevado, entre otras cosas, que Masmóvil haya tenido no sólo que validar la funcionalidad de su sistema web sino también la operatividad de sus propios comerciales.

La negligencia implica un juicio de desaprobación o reproche, en el sentido de que el operador que actúa negligentemente lo hace sin la diligencia debida, pudiendo haberlo hecho. El concepto de “*diligencia necesaria*” es un concepto jurídico indeterminado que ha de concretarse en cada caso, teniendo en cuenta la naturaleza de la obligación de que se trata, el grado de atención o dificultad que requiere su cumplimiento, el resultado lesivo y las circunstancias concurrentes, tanto personales como objetivas.

Las solicitudes de portabilidad analizadas en el seno del presente procedimiento sancionador datan de los meses de julio y agosto de 2012. La posible presencia de errores informáticos en una fase temprana de implantación es comprensible. En el caso que nos ocupa, debe tenerse en cuenta que la aducida incidencia técnica producida fue advertida y solucionada por Masmóvil con anterioridad al inicio del presente procedimiento sancionador e incluso antes del inicio del periodo de información previa, aplicando la suficiente diligencia, esto es, a mediados del mes de agosto de 2012, por lo que, la aducida incidencia técnica se ha producido durante menos de 2 meses.

Por todo lo anterior, se excluye el elemento de culpabilidad o negligencia de la segunda conducta antijurídica realizada por Masmóvil ya que dicho operador ha actuado con la diligencia necesaria en la comprobación de la impresión de las solicitudes de portabilidad cursadas, al detectarlo y corregirlo de forma inmediata.

D. Por otra parte, se ha comprobado una 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- tal y como exige el apartado 6.3.1 de la Especificación técnica de portabilidad móvil.

De acuerdo con el Hecho Probado Primero, Masmóvil, como OMV prestador de servicios, no interactúa directamente con el Nodo Central de portabilidad, sino que los 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 Constitucional¹⁵, 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, a la luz de los actos de instrucción realizados, los hechos probados y las manifestaciones realizadas por Masmóvil que constan en la presente propuesta de resolución, únicamente concurre el requisito de culpabilidad en la comisión de dos conductas antijurídicas imputadas, al quedar probado que, las ha realizado sin la debida diligencia exigida, esto es, a título de mera inobservancia, para evitar el resultado antijurídico producido.

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

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.

¹⁵ 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).

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 contenidos tanto en el artículo 56.2 de la LGTel como en el artículo 131.3 de la LRJPAC, se considera que concurre 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 Masmóvil en la comisión de la infracción, según el criterio establecido en el mismo artículo 56 de la LGTel.
- El 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. No obstante, los retrasos derivados del procedimiento interno empleado por Masmóvil para la tramitación de las solicitudes de portabilidad web y telefónicas han afectado a los abonados que han cursado sus peticiones de cambio de operador a través de los mencionados canales de venta no presenciales.

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 Masmóvil.

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 administrativa¹⁶, 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 2010¹⁷ 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 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 infracción¹⁸.

La infracción nace del incumplimiento, por parte de Masmóvil, 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).

¹⁶ 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.

¹⁷ 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.

¹⁸ 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).

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 los ingresos obtenidos en 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.

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 imputan a Masmóvil la comisión de dos conductas antijurídicas, frente a las tres conductas señaladas en la propuesta de resolución de la instructora. En relación con el Hecho Probado Tercero (no consignar la fecha y/o la hora en las solicitudes de portabilidad del canal de venta presencial desde el 2 de julio hasta el 28 de agosto de 2012), se ha concluido que no concurre el elemento de la culpabilidad en la comisión de dicha conducta antijurídica (véase el apartado de la culpabilidad).
- 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 Masmóvil por sus actividades de telecomunicaciones (véase el apartado anterior).

En definitiva, por los principios y límites cuantitativos a que se hace referencia en la resolución, 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, y a la vista también de la cuantía máxima obtenida aplicando los criterios legales, se considera que procede imponer Masmóvil una sanción de diez mil (10.000) euros por el incumplimiento de la Especificación técnica de portabilidad móvil, concretamente, por la no conservación de las solicitudes de portabilidad realizadas mediante llamadas de verificación por tercero independiente así como por la no grabación de las solicitudes de portabilidad web y telefónicas dentro del plazo del mismo 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 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 MASMÓVIL TELECOM 3.0, 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 MASMÓVIL TELECOM 3.0, S.A. una sanción económica por importe de diez mil (10.000) 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.