

RESOLUCIÓN DEL EXPEDIENTE SANCIONADOR CONTRA FRANCE TELECOM ESPAÑA, S.A.U. POR EL INCUMPLIMIENTO DE LA RESOLUCIÓN DE 7 DE JULIO DE 2011 SOBRE LA MODIFICACIÓN DE LA ESPECIFICACIÓN TÉCNICA DE LOS PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS PARA LA CONSERVACIÓN DE NUMERACIÓN EN CASO DE CAMBIO DE OPERADOR EN REDES MÓVILES (SNC/DTSA/335/13/ESPECIFICACIÓN MÓVIL FRANCE TELECOM).

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 France Telecom España, S.A.U. por el presunto incumplimiento de la Resolución de 7 de julio de 2011 sobre la modificación de la Especificación técnica de los procedimientos administrativos para la conservación de numeración en caso de cambio de operador en redes móviles, la **SALA DE SUPERVISIÓN REGULATORIA** acuerda lo siguiente:

I ANTECEDENTES

Primero.- Denuncia de Vodafone.

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

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

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

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

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

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

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

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

Con fecha 8 de octubre de 2012, Orange contestó al citado requerimiento de información y afirmó que había enviado -como operador receptor- **[INICIO CONFIDENCIAL ... FIN CONFIDENCIAL]** solicitudes de portabilidad, a Vodafone - como operador donante-, los referidos días 2, 11 y 16 de julio de 2012 (Documento núm. 3). Por ello, Orange solicitó que se examinara una muestra aleatoria de tales solicitudes de portabilidad.

Tercero.- Declaración de confidencialidad.

Mediante escrito de fecha 23 de octubre de 2012, y previa solicitud por parte de Orange, se procedió a declarar la confidencialidad de una serie de elementos de su escrito de alegaciones a la apertura del periodo de información previa, por contener información que puede afectar al secreto comercial e industrial de este operador (Documento núm. 4).

Cuarto.- Segundo requerimiento de información.

Mediante escrito del Secretario de la CMT de fecha 7 de noviembre de 2012, se requirió a Orange copia de las doscientas -200- solicitudes de portabilidad resultantes de la muestra aleatoria² realizada por la CMT (Documento núm. 5).

² Dado el tamaño poblacional, un nivel de confianza del 95% y asumiendo una proporción esperada del 95%, la muestra empleada (n= 200) resulta en un error muestral para la estimación de la proporción del 3%.

En fechas 30 de noviembre y 5 de diciembre de 2012, Orange contestó al citado requerimiento de información, aportando copia de las requeridas solicitudes de portabilidad, que se analizaron siguiendo el orden consecutivo de los números extraídos en la muestra aleatoria (Documento núm. 6).

Quinto.- Declaración de confidencialidad.

Mediante escrito de fecha 14 de febrero de 2012, se procedió a declarar la confidencialidad de las solicitudes de portabilidad aportadas por Orange durante el periodo de información previa (Documento núm. 7).

Sexto.- Acuerdo de inicio del presente procedimiento sancionador.

Mediante Resolución de fecha 14 de febrero de 2013, la CMT acordó iniciar el presente procedimiento sancionador contra Orange como presunto responsable directo de una infracción administrativa como 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 CMT 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. 8).

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

- No conservar todas las solicitudes de portabilidad cursadas como operador receptor, de conformidad con la obligación establecida en la Especificación técnica de portabilidad móvil.
- No consignar la fecha y hora de cumplimentación en las solicitudes de portabilidad firmadas por los abonados, de conformidad con la obligación establecida en la citada Especificación técnica.
- Transformar solicitudes con ventanas de cambio³ diferidas en portabilidades en 24 horas, al retrasar la grabación de las solicitudes en el Nodo Central hasta un momento anterior a la ventana de cambio.
- No grabar la fecha y hora de cumplimentación de las solicitudes de portabilidad formalizadas por los abonados en el Nodo Central de portabilidad móvil, de conformidad con la obligación establecida en la Especificación técnica.

³ Es el plazo de tiempo dentro de un día hábil determinado por la fecha, hora de inicio y su duración, dentro del cual los operadores harán efectivas las actuaciones en sus redes y actualizarán las bases de datos de números portados. Las ventanas de cambio podrán tener una duración de hasta 4h, siendo ésta de 2:00 a.m. a 6:00 a.m.

Mediante escrito del Secretario de la Comisión de 15 de febrero de 2013, se procedió a notificar a Orange y a la instructora del expediente el acuerdo de inicio del procedimiento sancionador (Documento núm. 8.1).

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

Con fecha 20 de marzo de 2013, Orange presentó escrito de alegaciones al acuerdo de inicio del presente procedimiento sancionador, solicitando su archivo (Documento núm. 10).

Mediante Otrosí digo, Orange solicitó la apertura del periodo de prueba consistente en acreditar la correcta funcionalidad de los sistemas informáticos empleados para la tramitación de las solicitudes de portabilidad desde su recepción por parte de los abonados hasta su grabación en el Nodo Central de portabilidad móvil.

A tal efecto, dicho operador propuso la realización de tres solicitudes de portabilidad: (i) una solicitud de portabilidad en 24 horas, (ii) una solicitud de portabilidad con ventana de cambio diferida y (iii) una solicitud de portabilidad con una incidencia por error en la tarjeta SIM asignada y/o con operador donante erróneo.

Octavo.- Apertura del periodo de prueba.

Mediante escrito de fecha 19 de junio de 2013, la instructora solicitó la apertura del periodo de prueba para llevar a cabo la práctica de una inspección sobre la funcionalidad de los sistemas informáticos utilizados por Orange para la tramitación de las solicitudes de portabilidad, desde su recepción por parte de los abonados hasta su grabación en el Nodo Central de portabilidad móvil (Documento núm. 12).

A tal efecto, el Secretario de la CMT acordó la realización de las siguientes actuaciones en el canal de venta presencial de Orange:

- Tramitar una solicitud de portabilidad en 24 horas.
- Tramitar una solicitud de portabilidad con ventana de cambio diferida.
- Tramitar una solicitud de portabilidad asociada a una incidencia por error en la tarjeta SIM asignada y/o con operador donante erróneo.

Mediante Orden del Secretario de la CMT de fecha 11 de julio de 2013, se autorizó la realización de las citadas actuaciones inspectoras (Documento núm. 13).

De conformidad con dicha Orden, el 17 de julio de 2013, la inspectora Doña Lourdes Ortega Sánchez realizó dicha inspección en el establecimiento comercial de Orange situado en la Avenida Diagonal, núm. 598, de la ciudad de Barcelona, levantando acta de inspección el día 29 de julio de 2013. (Documento núm. 15).

Noveno.- Requerimientos de información.

A la vista de las alegaciones realizadas por Orange 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 el Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto -en adelante, Reglamento para el ejercicio de la Potestad Sancionadora- durante la instrucción del presente procedimiento se han

realizado los siguientes requerimientos de información con la finalidad de delimitar el ámbito temporal de las conductas imputadas a Orange:

- Tres requerimientos de información realizados a Orange de fechas 19 de junio, 18 de septiembre y 11 de noviembre de 2013 (Documentos núm. 11, 18 y 20).

Orange contestó a los mencionados requerimientos de información los días 8 de octubre, 12 y 27 de noviembre de 2013 (Documentos núm. 19, 21 y 22).

- Dos requerimientos de información realizados a la Asociación de Operadores para la Portabilidad Móvil –en adelante, AOPM- de fechas 15 y 31 de julio de 2013 (Documentos núm. 14 y 16).

Mediante un escrito de fecha 18 de agosto de 2013, la AOPM contestó de forma unitaria a ambos requerimientos de información (Documento núm. 17).

Décimo.- Propuesta de Resolución.

Con fecha 20 de diciembre de 2013, la instructora del procedimiento sancionador emitió la correspondiente propuesta de resolución (Documento núm. 23), en la que proponía:

*“**Primero.-** Declarar responsable directo al operador FRANCE TELECOM ESPAÑA, S.A.U. por la comisión de una infracción administrativa muy grave tipificada en el artículo 53 r) de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones, consistente en el incumplimiento de la Resolución de fecha 7 de julio de 2011 que aprueba la vigente Especificación técnica de portabilidad móvil que describe los procedimientos administrativos y técnicos para la conservación de numeración de servicios de telefonía móvil.*

*“**Segundo.-** Imponer a FRANCE TELECOM ESPAÑA, S.A.U. una sanción económica por importe de treinta mil euros (30.000 Euros)”.*

Dicha propuesta de resolución fue notificada debidamente a Orange el día 23 de diciembre de 2013 (Documento núm. 24).

Undécimo.- Ampliación del plazo máximo de resolución y notificación.

Con fecha 21 de enero de 2014, la Sala de Supervisión Regulatoria de la CNMC dictó Resolución por la que acordó ampliar en un mes el plazo máximo de resolución y notificación en el presente procedimiento (Documento núm. 25).

Esta Resolución se notificó a Orange el día 5 de febrero de 2014 (Documento núm. 28).

Duodécimo.- Escrito de alegaciones de Orange a la propuesta de la instructora

Durante el trámite de audiencia y mediante escrito de fecha 23 de enero de 2014, Orange formuló alegaciones sobre la propuesta de resolución formulada por la instructora (Documento núm. 26), de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 19 del Reglamento del Procedimiento Sancionador.

Décimo tercero.- Declaración de confidencialidad

Con fecha 29 de enero de 2014, se procedió a declarar la confidencialidad de las solicitudes de portabilidad aportadas por Orange durante la instrucción del presente expediente (Documento núm. 27).

Décimo cuarto.- Finalización de la fase de instrucción

Con fecha 14 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 Orange a dicha propuesta de resolución (Documento núm. 29).

II HECHOS PROBADOS

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

Primero.- Respecto de las solicitudes analizadas de julio de 2012 y marzo de 2013, Orange ha conservado correctamente los originales de las solicitudes de portabilidad.

Como se ha señalado en sede de Antecedentes, durante el periodo de información previa, se analizaron doscientas -200- solicitudes de portabilidad resultantes de la muestra aleatoria realizada sobre el número total de solicitudes de portabilidad **[INICIO CONFIDENCIAL ... FIN CONFIDENCIAL]** enviadas por Orange -como operador receptor- a Vodafone -como operador donante- los días 2, 11 y 16 de julio de 2012 –en adelante, primera muestra aleatoria-.

Con anterioridad al acuerdo de inicio del procedimiento, Orange no aportó copia de once -11- solicitudes de portabilidad requeridas. Orange reconoció tal hecho en su escrito de alegaciones al acuerdo de inicio y aportó en ese momento copia de las mencionadas once -11- solicitudes de portabilidad.

Sin perjuicio de lo anterior, durante la instrucción inicial del presente procedimiento se constató que Orange no había aportado copia completa de (i) diecisiete -17- solicitudes realizadas mediante el mecanismo de verificación por un tercero independiente y, (ii) de veintisiete -27- solicitudes de portabilidad adicionales. Solicitada información adicional, Orange aportó la copia completa de dichas solicitudes.

Por otra parte, a la vista de las alegaciones formuladas por Orange al acuerdo de inicio, durante la instrucción del presente procedimiento se analizaron nuevas solicitudes de portabilidad de días distintos a los señalados a fin de delimitar el ámbito temporal de los resultados que posteriormente se describirán. Concretamente, se analizaron ciento ochenta y ocho -188- solicitudes de portabilidad sobre el número total de solicitudes **[INICIO CONFIDENCIAL ... FIN CONFIDENCIAL]** enviadas por Orange -como operador receptor- a Vodafone -como

operador donante- los días 5, 22 y 26 de marzo de 2013 –en adelante, segunda muestra aleatoria-.

Con respecto a esta segunda muestra aleatoria, Orange únicamente ha aportado copia de ciento treinta y ocho -138- solicitudes de portabilidad. Según manifestaciones propias, el operador no pudo aportar las restantes cincuenta -50- solicitudes de portabilidad por los siguientes motivos: porque fueron canceladas por los propios abonados, porque fueron rechazadas en el Nodo Central de portabilidad móvil –según lo dispuesto en el apartado 7.2.1.3 de la Especificación técnica de portabilidad móvil-, o porque los abonados no eran clientes de Orange en ese momento.

Consultado el Nodo Central de portabilidad móvil, se ha comprobado que, en los dos primeros casos, las solicitudes de portabilidad no fueron finalmente ejecutadas a favor de Orange, por lo que el citado operador nunca prestó el servicio telefónico móvil a los abonados de dichas numeraciones. Con respecto al tercer supuesto, también se ha comprobado que los abonados no eran clientes de Orange en ese momento. Por tanto, queda acreditado que Orange presentó las solicitudes de portabilidad que tenía y no incumplió su obligación.

En virtud de los resultados que posteriormente se describirán, estas dos muestras aleatorias de solicitudes se han considerado suficientemente representativas para valorar la conducta presuntamente infractora de Orange. En ambos casos, dicho análisis se ha realizado siguiendo el orden consecutivo a los números extraídos en las citadas muestras aleatorias.

En consecuencia, a la vista de la documentación obrante en el expediente, ha quedado probado que Orange ha conservado las doscientas -200- solicitudes de portabilidad de la primera muestra aleatoria y las ciento treinta y ocho -138- solicitudes de la segunda muestra aleatoria de las 188 cursadas (en total se han examinado trescientas treinta y ocho -338- solicitudes), las cuales han sido analizadas de modo aleatorio de las totales que cursó durante los meses de julio de 2012 y marzo de 2013.

Segundo.- Orange no ha estado consignando la hora en las solicitudes de portabilidad cursadas a través del canal de venta presencial desde el día 2 de julio de 2012 hasta el día 5 de marzo de 2013.

En el acuerdo de inicio del presente procedimiento se señala que Orange no consignó la hora de cumplimentación en más de un 60% de solicitudes de portabilidad de la primera muestra aleatoria. A tal efecto, se comprobó que en ciento veintiséis -126- de las ciento cincuenta y cuatro -154- solicitudes de portabilidad cursadas por el canal de venta presencial, Orange no consignó la hora de su cumplimentación, lo que representa un 63% sobre el número total de solicitudes de portabilidad analizadas de la primera muestra aleatoria.

Orange reconoció dicha omisión en su escrito de alegaciones al acuerdo de inicio del procedimiento y manifestó que ésta se produjo como consecuencia de una “*incidencia*” técnica –error de impresión- de su sistema ARPA, presente únicamente para las solicitudes de portabilidad del canal de venta presencial de los contratos de

postpago residencial. De forma que Orange reconoce este hecho pero únicamente para los contratos de postpago residencial.

Durante la instrucción del expediente, se comprobó que de las mencionadas ciento cincuenta y cuatro -154- solicitudes de portabilidad cursadas por el canal de venta presencial (i) ciento trece -113- solicitudes se correspondían con contratos residenciales y (ii) cuarenta y dos -42- solicitudes se correspondían con contratos de postpago empresarial.

Por lo que respecta a los segundos contratos del postpago empresarial, se comprobó que Orange tampoco consignó la hora de la cumplimentación por los abonados en diecisiete -17- de las cuarenta y dos -42- solicitudes de portabilidad de la primera muestra aleatoria, cursadas en el canal de venta presencial.

En relación con la incidencia técnica alegada por Orange en su escrito de alegaciones, dicho operador aportó un certificado de la entidad **[INICIO CONFIDENCIAL⁴ FIN CONFIDENCIAL]** mediante el que se comprobó que éste informó a su proveedor de que el sistema ARPA no estaba imprimiendo la hora de cumplimentación en las solicitudes de portabilidad del canal de venta presencial. El certificado no está fechado. Adicionalmente, Orange afirma, en el citado escrito de alegaciones, que *“desde el pasado 5 de marzo de 2013 la impresión de la hora se realiza correctamente en todos los canales de venta de distribución de Orange”*.

Del análisis de la segunda muestra aleatoria resultó probado que Orange no consignó la hora de su cumplimentación por los abonados en veintitrés -23- de las treinta y siete -37- solicitudes de portabilidad cursadas por el canal de venta presencial el día 5 de marzo de 2013, lo que representa un 16% sobre el total de las solicitudes de portabilidad analizadas en la segunda muestra aleatoria (el total fue de 138 solicitudes). Por el contrario, ha resultado probado que Orange sí consignó la hora de su cumplimentación en todas las solicitudes de portabilidad cursadas los días 22 y 26 de marzo de 2013.

Asimismo y según consta en el acta de inspección de fecha 29 de julio de 2013, Orange consignó la hora de cumplimentación en las solicitudes de portabilidad tramitadas en el seno de la inspección realizada el día 17 de julio del año en curso.

En consecuencia, de estos datos se desprende que Orange no consignó la hora de cumplimentación en las solicitudes de portabilidad cursadas entre el día 2 de julio de 2012 y el día 5 de marzo de 2013 a través del canal de venta presencial, debido a una incidencia –error de impresión- del sistema ARPA alegada por Orange. En concreto, Orange no consignó dicha información en el 63% de las solicitudes de portabilidad de la primera muestra –teniendo en cuenta el total de solicitudes, parte de las cuales no fueron tramitadas por ese canal de venta-, y en el 16% de las solicitudes analizadas de la segunda muestra aleatoria –los defectos se produjeron en las solicitudes del día 5 de marzo de 2013-.

⁴ **[INICIO CONFIDENCIAL FIN CONFIDENCIAL]** es la entidad encargada del mantenimiento del sistema ARPA de Orange.

Sin embargo, a partir de las solicitudes de 22 y 26 de marzo de 2013 esta incidencia fue solventada por Orange.

Tercero.- Desde el día 2 de julio de 2012 hasta el día 22 de marzo de 2013, la fecha y la hora consignada en las solicitudes de portabilidad no se corresponden con la fecha y la hora grabada en el Nodo Central de portabilidad móvil.

Tal y como se señaló en el acuerdo de inicio del procedimiento, la “*fecha de la solicitud por el abonado*” grabada en el Nodo Central de portabilidad móvil no se correspondía con la fecha y la hora consignada en las solicitudes de portabilidad formalizadas por los abonados en las fechas analizadas del mes de julio de 2012.

Orange reconoció el hecho anterior en su escrito de alegaciones y afirmó que la “*fecha de solicitud por abonado grabada en el Nodo Central de portabilidad móvil se correspondía con una fecha calculada en función de la fecha de creación de la solicitud de portabilidad en el propio Nodo Central ya que asumía que el envío al mismo se producía a escasos minutos después de la grabación de la solicitud en SGP⁵*”.

A este respecto, Orange aportó como prueba documental, junto con su escrito de alegaciones al acuerdo de inicio, un certificado de la entidad **[INICIO CONFIDENCIAL ...⁶ FIN CONFIDENCIAL]**, de fecha 28 de febrero de 2013, que señala:

“La configuración de la fecha y hora de la solicitud de portabilidad del cliente se realiza en el SGP conforme a un cálculo cuyo origen es la hora de introducción de la solicitud por SGP en el Nodo Central.

(...) El envío al Nodo Central es automático y depende de un temporizador fijo que está programado a unas horas determinadas, cada 30 min desde las 8:00 hasta las 20:00 y además se incluyen ejecuciones a las 13:40, 13:55, 19:40 y 19:55 para asegurarse del envío de todas las solicitudes en su periodo del día hábil correspondiente”.

Además de lo anterior, Orange afirmó, en el citado escrito de alegaciones, que “*con fecha 22 de marzo de 2013 modificó el diseño funcional de su Sistema -interno- de Gestión de la Portabilidad*”, de forma que, desde ese día, la “*fecha de solicitud por abonado*” se corresponde con la fecha y hora de la solicitud de portabilidad registrada en su sistema SGP”.

Dicha afirmación se comprobó en la segunda muestra aleatoria analizada, constándose que:

- La “*fecha de solicitud por abonado*” grabada en el Nodo Central de las solicitudes de portabilidad del día 22 de marzo de 2013 no se corresponde

⁵ En adelante, sistema SGP (Sistema -interno- de Gestión de la Portabilidad de Orange).

⁶ **[INICIO CONFIDENCIAL ... FIN CONFIDENCIAL]** es la entidad encargada de realizar el mantenimiento del sistema SGP de Orange.

exactamente con la fecha y hora de la solicitud registrada en el sistema SGP de Orange, por lo que en dicha fecha Orange no había modificado el diseño funcional de su sistema SGP.

- Por el contrario, la “fecha de solicitud por abonado” correspondiente a las solicitudes de portabilidad del día 26 de marzo de 2013 coincide con la fecha de la solicitud de portabilidad registrada en el sistema SGP de Orange.

Tal y como se ha acreditado, asimismo, en la inspección celebrada el 17 de julio de 2013, el procedimiento empleado por Orange para la tramitación administrativa de las solicitudes de portabilidad en el canal de venta presencial, desde su recepción por parte de los abonados hasta su grabación en el Nodo Central de portabilidad móvil, es el siguiente:

- Solicitada la portabilidad por el abonado, el personal comercial de Orange inicia la tramitación administrativa de la correspondiente solicitud mediante la introducción manual de todos los datos necesarios para su correcta formalización en el sistema “ARPA”⁷, el cual de forma automática activa la generación del contrato de solicitud de portabilidad que firma el abonado.
- Firmada la solicitud de portabilidad por el abonado, ésta se envía desde el sistema ARPA al sistema SGP de Orange de forma automática.

El certificado de **[INICIO CONFIDENCIAL ...⁸ FIN CONFIDENCIAL]** aportado por Orange, durante la instrucción del expediente, señala que:

“El sistema Arpa envía de manera automática y sin tramitación manual todas las activaciones con portabilidad asociada al Sistema de Gestión de Portabilidad de Orange (SGP). Siendo pues la fecha y hora de activación que figura en ARPA y la fecha y hora que figura en SGP prácticamente idéntica con diferencias que en el peor escenario añaden a la hora de SGP de 15 a 20 minutos respecto de la hora que aparece en Arpa”.

- Desde el sistema SGP de Orange se envía, de forma automática, la solicitud de portabilidad al Nodo Central de portabilidad móvil para su posterior grabación dentro del plazo del mismo medio día hábil.

Asimismo, Orange tiene suscritos acuerdos de acceso móvil mayorista con varios OMV prestadores de servicios⁹, en virtud de los cuales se responsabiliza de garantizar la ejecución técnico-operacional de la portabilidad de tales operadores - como operadores receptores- a través de su sistema SGP. Por ello, el empleo de la

⁷ El sistema ARPA es la herramienta que sirve de entrada a las solicitudes de portabilidad recibidas por Orange a través del canal de venta presencial.

⁸ **[INICIO CONFIDENCIAL FIN CONFIDENCIAL]** es la entidad encargada del mantenimiento del sistema ARPA de Orange.

⁹ Carrefouronline, S.L.U., Masmóvil Telecom 3.0, S.A., Moreminutes Communications, S.L., The Phone House, S.L., Grupo Hualon Geco, S.L. y Distribuidora Internacional de Alimentación, S.A.

mencionada fecha calculada -diferencia de cinco minutos- también afectó a los OMV prestadores de servicios “aparaguados” por Orange.

Queda probado, por tanto, que desde el día 2 de julio de 2012 hasta el día 22 de marzo de 2013, la “fecha de solicitud por abonado” se correspondía con una fecha calculada en función de la fecha de creación de la solicitud de portabilidad en el Nodo Central de portabilidad móvil como consecuencia del diseño funcional del sistema SGP de Orange.

Cuarto.- Respecto de las solicitudes de portabilidad analizadas de julio de 2012 y marzo de 2013, Orange ha grabado algunas de éstas fuera del plazo del mismo medio día hábil a contar desde su formalización.

Tanto en el periodo de información previa como durante la instrucción del presente expediente, Orange reconoció que, con carácter general, no grabó el 5% de las solicitudes de portabilidad en el Nodo Central de portabilidad móvil dentro del plazo del mismo medio día hábil, por razones técnicas y comerciales.

En el mismo sentido, en el acuerdo de inicio del procedimiento se señala que Orange no grabó determinadas solicitudes de portabilidad dentro del plazo del mismo medio día hábil en el Nodo Central de portabilidad móvil y que, además, en determinados supuestos concretos la grabación se retrasó hasta el medio día hábil anterior a la fecha de la ventana de cambio indicada por el abonado.

Orange niega rotundamente esta segunda conducta imputada en su escrito de alegaciones al acuerdo de inicio del expediente.

Del análisis de la primera muestra aleatoria realizada durante la instrucción del presente procedimiento, se confirmaron los siguientes hechos probados:

- No se ha podido comprobar si las ciento veintiséis -126- solicitudes de portabilidad en las que no se consignó la hora de su cumplimentación por los abonados, fueron grabadas dentro del plazo del mismo medio día hábil en el Nodo Central de portabilidad móvil.
- Cincuenta y cinco -55- solicitudes de portabilidad fueron grabadas dentro del plazo del mismo medio día hábil en el Nodo Central de portabilidad móvil, lo que representa un 27,5% sobre el total de las solicitudes de portabilidad analizadas -200-.
- Trece -13- solicitudes de portabilidad no fueron grabadas dentro del plazo del mismo medio día hábil en el Nodo Central de portabilidad móvil sino que dicha grabación fue retrasada hasta el medio día hábil antes de la fecha de ventana de cambio diferida indicada por el abonado.
- Quince -15- solicitudes de portabilidad no fueron grabadas dentro del plazo del mismo medio día hábil en el Nodo Central de portabilidad móvil.

Obsérvese en el cuadro siguiente las fechas de las columnas segunda, tercera y quinta relativas a las (i) solicitudes de portabilidad formalizadas por los abonados, (ii) la fecha de grabación de las mismas en el Nodo Central de portabilidad móvil y (iii) la fecha de ventana de cambio elegida por el abonado.

[INICIO CONFIDENCIAL

....

FIN CONFIDENCIAL]

La tramitación irregular de veintiocho -28- solicitudes de portabilidad representa un 14% sobre el total de las solicitudes de portabilidad analizadas de esta primera muestra aleatoria -200-.

Por otra parte, del análisis de la segunda muestra aleatoria resultaron probados los siguientes hechos:

- No se ha podido comprobar si las veintitrés -23- solicitudes de portabilidad del día 5 de marzo de 2013, en las que no se consignó la hora de su cumplimentación, fueron grabadas dentro del plazo del mismo medio día hábil en el Nodo Central de portabilidad móvil.
- Ciento una -101- solicitudes de portabilidad fueron grabadas dentro del plazo del medio día hábil en el Nodo Central de portabilidad móvil, lo que representa un 73,18% sobre el total de las solicitudes de portabilidad analizadas.
- Doce -12- solicitudes de portabilidad se grabaron fuera del plazo del mismo medio día hábil en el Nodo Central de portabilidad móvil.
- La grabación en el Nodo Central de una -1- solicitud de portabilidad se retrasó durante varios días.

Obsérvese en el cuadro siguiente las fechas de las columnas segunda, tercera y quinta relativas a (i) la fecha de las solicitudes de portabilidad firmadas por los abonados, (ii) su fecha de grabación en el Nodo Central de portabilidad móvil y (iii) la fecha de ventana de cambio elegida por los abonados.

[INICIO CONFIDENCIAL

....

FIN CONFIDENCIAL]

La tramitación irregular de las citadas trece -13- solicitudes de portabilidad representa un 9,4% sobre el total de las solicitudes de portabilidad analizadas de esta segunda muestra aleatoria.

Por su parte, según consta en el acta de fecha 29 de julio de 2013, las tres solicitudes de portabilidad tramitadas en el seno de la inspección 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.

Habida cuenta de lo anterior, en la propuesta de resolución se señaló que, de los actos de instrucción quedó probado que Orange no grabó el 14% de las solicitudes de portabilidad de la primera muestra aleatoria y el 9,4% de las solicitudes de la segunda muestra aleatoria dentro del plazo del medio día hábil en el Nodo Central de portabilidad móvil, a contar desde su formalización. El número total de solicitudes

de portabilidad tramitadas de forma irregular, resultantes de las dos muestras aleatorias, fue de cuarenta y uno -41-, según la conclusión de la propuesta de resolución.

Nueva alegación de Orange en relación con el presente Hecho Probado

En su escrito de alegaciones a la propuesta de resolución, Orange se muestra disconforme con la conclusión anterior. En dicho escrito, Orange afirma que “*el proceso de activación en Orange es totalmente automático*”, si bien matiza que sólo en los supuestos de activación manual de las solicitudes de portabilidad o de procedimientos antifraude pueden existir ciertos retrasos en la tramitación de las solicitudes de portabilidad.

En relación con el resultado de las dos muestras aleatorias, Orange afirma que diecisiete -17- solicitudes de portabilidad deben ser excluidas de la conclusión anterior por haber incurrido en alguno de los siguientes supuestos:

- Retramitación de las solicitudes de portabilidad con MSISDN [INICIO CONFIDENCIAL ... FIN CONFIDENCIAL] en el Nodo Central de portabilidad, de la segunda muestra aleatoria.

Orange ha aportado pantallazos del Nodo Central de portabilidad móvil que acreditan que tales solicitudes de portabilidad, si bien fueron grabadas inicialmente dentro del plazo del mismo medio día hábil en el Nodo Central de portabilidad móvil, fueron rechazadas durante el proceso de portabilidad por lo que Orange tuvo que reiterar su grabación hasta que finalmente fueron portadas a su favor.

Por tanto, se ha comprobado que la grabación reiterada de las citadas solicitudes de portabilidad ha sido correcta.

- Tramitación en el medio día hábil siguiente de la solicitud del cliente por haberse tramitado escasos minutos antes de la hora límite del medio día hábil. Así ocurre con las solicitudes de portabilidad con MSISDN [INICIO CONFIDENCIAL ... FIN CONFIDENCIAL], todas ellas, menos una, de la segunda muestra aleatoria.

Según manifestaciones de Orange, cuando las solicitudes de portabilidad se solicitan a escasos minutos de las 14 o 20 horas, no da tiempo material a su envío al Nodo Central antes del fin del medio día hábil. Además, la entidad señala que, “*en ocasiones, el envío de las solicitudes introducidas en el sistema en los 15 minutos anteriores al cambio del medio día no queda garantizado, si el volumen de solicitudes a remitir al Nodo ese día es excepcionalmente elevado*”.

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

- Demoras derivadas de los procedimientos antifraude internos–llamados procedimientos de “scoring”. Así ocurre con las solicitudes de portabilidad con

MSISDN **[INICIO CONFIDENCIAL ... FIN CONFIDENCIAL]**, todas ellas de la primera muestra aleatoria.

Según manifestaciones de Orange, todas las solicitudes de portabilidad tramitadas se someten a un procedimiento interno antifraude con anterioridad a su envío al Nodo Central de portabilidad móvil, sobre lo cual señala que es *“perfectamente legítimo llevar este tipo de análisis”*, para evitar situaciones de fraude contra el operador.

Por lo que respecta a los supuestos identificados, el operador manifiesta que *“existió la necesidad de llevar a cabo un análisis de scoring y antifraude más detallados por detectarse determinadas características en la contratación que hacían aconsejable tales análisis más detallados”*.

Es entendible que los operadores receptores realicen análisis de *“scoring”* o antifraude antes de aceptar a un cliente y, por tanto, de iniciar la tramitación de su solicitud de portabilidad, pero dichos análisis deben ser lo suficientemente ágiles y automáticos para no retrasar el proceso de portabilidad solicitado por los abonados que, en la generalidad de los casos, pasan con éxito dichos análisis antifraude. De otro modo, la portabilidad nunca podría ser garantizada en el plazo de 24 horas.

Además, Orange no ha explicado las causas justificativas de estos retrasos en ninguno de los supuestos identificados. Dicha entidad simplemente se ha limitado a señalar en qué momento el procedimiento *antifraude* aplicado permitió dar la conformidad a la solicitud de portabilidad, señalando que, en ese momento, la solicitud de portabilidad fue inmediatamente enviada y grabada en el Nodo Central de portabilidad móvil.

Esta situación no justifica *per se* los retrasos en la grabación de tales solicitudes en el Nodo Central de portabilidad móvil, por lo que dicha grabación continua siendo incorrecta.

- La solicitud de portabilidad con MSISDN **[INICIO CONFIDENCIAL ... FIN CONFIDENCIAL]** es *“postdatada”*.

Según manifestaciones de Orange, la obtención de duplicados de solicitudes de portabilidad desde su sistema informático *“no permite que éstas puedan generarse con una fecha distinta de la fecha de impresión, por ello no fue posible reflejar la fecha de la contratación inicial”*.

Analizada la copia de la citada solicitud, se ha comprobado que fue formalizada por el abonado en fecha **[INICIO CONFIDENCIAL FIN CONFIDENCIAL]**, y sin embargo fue grabada en el Nodo Central de portabilidad móvil el día **[INICIO CONFIDENCIAL ... FIN CONFIDENCIAL]**.

Según consta en el Acta de Inspección de fecha 29 de julio de 2013, el proceso de tramitación de solicitudes de portabilidad es automático. Por tanto, no es posible que primero se grabe en el Nodo Central de portabilidad móvil una solicitud de portabilidad y, posteriormente, ésta sea firmada por el abonado. Esto, unido a la explicación realizada por Orange con respecto a la

obtención de duplicados de solicitudes de portabilidad desde su sistema informático, justifica que, efectivamente, se trate de un supuesto de solicitud postdatada, que debe excluirse por tratarse de un error.

Por lo tanto, se estima de forma parcial la alegación realizada por Orange, de tal manera que se excluyen cuatro -4- de las diecisiete -17- solicitudes de portabilidad cuya tramitación incorrecta ha sido imputada a Orange en la propuesta de resolución de la instructora (las tres solicitudes de portabilidad que fueron retransmitidas de forma correcta en el Nodo Central y la solicitud que parece ser una copia al constar una fecha posterior a la grabada en el Nodo Central).

Al margen de lo anterior, Orange reconoce que, de las cuarenta y una -41- solicitudes identificadas en la propuesta de resolución, veinticuatro -24- solicitudes de portabilidad sí fueron grabadas fuera del plazo del medio día hábil en el Nodo Central de portabilidad móvil.

Orange justifica este hecho en la casuística de los procesos de contratación: bien porque sus comerciales cumplieron, de forma manual, las solicitudes de portabilidad debido a que los abonados no habían aportado toda la documentación exigida para su tramitación, bien porque la empresa verificadora independiente remitió con retraso las grabaciones que contenían las solicitudes de portabilidad de los abonados formalizadas por el canal de venta telefónico.

En definitiva y como consecuencia de lo anterior, se concluye que ha quedado probado que Orange ha tramitado de forma irregular, en total, treinta y siete -37- solicitudes de portabilidad de las trescientas treinta y ocho -338- solicitudes analizadas de la primera y segunda muestra aleatoria, lo que representa un 10,9% sobre el número total de las solicitudes de portabilidad analizadas en el expediente. De las citadas treinta y siete -37- solicitudes de portabilidad, veintiocho -28- corresponden a la primera muestra aleatoria y nueve -9- a la segunda muestra aleatoria.

Quinto.- Conclusión de los Hechos probados

En definitiva, han quedado probados los siguientes hechos:

- Orange ha conservado las solicitudes de portabilidad resultantes de las dos muestras aleatorias analizadas de julio de 2012 y marzo de 2013, respectivamente.
- Orange no consignó la hora de cumplimentación en las solicitudes de portabilidad cursadas por el canal de venta presencial entre el día 2 de julio de 2012 y el día 5 de marzo de 2013, debido a un error de impresión del sistema ARPA.

En concreto, Orange no consignó dicha información en el 63% de las solicitudes de portabilidad de la primera muestra aleatoria y en el 16% de las solicitudes analizadas de la segunda muestra aleatoria.

- Orange no grabó, en total, treinta y siete -37- de las trescientas treinta y ocho -338- solicitudes de portabilidad analizadas de las dos muestras aleatorias dentro del plazo del medio día hábil en el Nodo Central de portabilidad móvil.

Esta tramitación irregular representa un 10,9% sobre la totalidad de las solicitudes de portabilidad analizadas en el expediente.

- Entre el día 2 de julio de 2012 y el día 25 de marzo de 2012, la “*fecha de solicitud por abonado*” grabada por Orange en el Nodo Central de portabilidad móvil no se correspondía con la fecha y la hora de cumplimentación de la misma por el abonado.
- A fecha 17 de julio de 2013 (día de la inspección), la tramitación de las solicitudes de portabilidad cursadas en el canal de venta presencial y su envío al Nodo Central de portabilidad móvil es automática.

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

III FUNDAMENTOS JURÍDICOS

Primero.- Objeto y habilitación competencial.

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

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

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

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

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

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

En este sentido, el presente procedimiento fue iniciado por la CMT, en virtud de la habilitación competencial citada. Sin embargo, la Disposición Adicional Segunda, apartado 1, de la Ley 3/2013, señala que la constitución de la CNMC implicará la extinción, entre otros organismos, de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones. En virtud de lo anterior, de conformidad con lo dispuesto en la Disposición Transitoria Quinta, apartado 1, de la Ley 3/2013¹⁰, una vez constituida la CNMC y atendiendo a lo previsto en los artículos 20.2 y 21.2 de la citada Ley y en el artículo 14.1.b) del Estatuto Orgánico, aprobado por el Real Decreto 657/2013, de 30 de agosto, el órgano competente para resolver el presente procedimiento es la Sala de Supervisión Regulatoria de la CNMC.

Segundo.- Tipificación de los hechos probados.

Este procedimiento sancionador se inició ante la posible comisión de una infracción tipificada en el artículo 53, letra r), de la LGTel que califica como infracción administrativa muy grave *“el incumplimiento de las resoluciones adoptadas por la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones en el ejercicio de sus funciones 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 y abonados tienen derecho a cambiarse de prestador de servicio telefónico móvil conservando la numeración telefónica móvil en el plazo de 24 horas.

¹⁰ 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.

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

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

Por su parte, según consta en el Registro de Operadores de redes y servicios de comunicaciones electrónicas, Orange es un operador móvil de red prestador del servicio telefónico móvil disponible al público.

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

En particular, Orange ha de garantizar la conservación (portabilidad) de la numeración de sus usuarios en los supuestos establecidos en la normativa y disponer de la infraestructura necesaria para asegurar el encaminamiento de las llamadas y cumplir con las obligaciones de enrutar dichas llamadas hacia los números portados mediante su identificación por el NRN de cada operador, en virtud del artículo 20.e) del Reglamento de Prestación de Servicios de comunicaciones electrónicas¹¹. El cambio de operador con conservación de la numeración o portabilidad es un derecho esencial de los abonados al servicio telefónico disponible al público, siendo responsabilidad de los operadores que explotan una red o prestan el servicio la garantía de su ejercicio mediante el sostenimiento de los sistemas que así lo permitan.

Tal como se ha señalado en el Hecho Probado Tercero, Orange es responsable de la tramitación administrativa y de la ejecución técnico operacional de las solicitudes de portabilidad formalizadas por sus abonados, en su condición de operador receptor, y de garantizar la accesibilidad técnico operacional de la portabilidad de los

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

OMV PS con los que tiene suscrito un acuerdo de acceso móvil mayorista, a través de su sistema SGP.

De acuerdo con el Hecho Probado Primero, Orange conservó las trescientas treinta y ocho -338- solicitudes de portabilidad resultantes de las dos muestras aleatorias. Por ello, Orange ha cumplido, por lo que respecta a las comprobaciones realizadas, la obligación establecida en el apartado 5.1 de la Especificación técnica de portabilidad móvil.

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

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

El apartado 8 de la Especificación técnica de portabilidad móvil enumera la información de carácter mínimo que deben contener las solicitudes de portabilidad cualquiera que sea su soporte.

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 móvil, la consignación en la solicitud de portabilidad de la fecha y la hora de su cumplimentación constituye un requisito esencial, porque determina el momento concreto en el 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.

Sin embargo, Orange afirmó, en su escrito de alegaciones al acuerdo de inicio del procedimiento, que “*hay consentimiento entre las dos partes contratantes una vez que la solicitud de portabilidad se registra en su sistema SGP ya que antes ese trámite no puede formalizarse (...) ya que tras la validación de la solicitud de portabilidad en el sistema ARPA todavía se producen algunos chequeos que pueden dar lugar a que la contratación finalmente no se produzca*”.

Pues bien, el 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 línea con lo anterior, la CMT señaló en su Resolución de fecha 7 de julio de 2011 que *“la oferta del operador receptor no es un acto preparatorio sino una auténtica declaración contractual, por lo que, basta la aceptación del abonado para entender perfeccionado el contrato, sin que sea necesaria una ulterior declaración de que hizo la oferta”*.

Orange afirmó, en su escrito de alegaciones al acuerdo de inicio, que dispone de tres canales de venta –presencial, web y telefónico-. De esta manera, las solicitudes de portabilidad cursadas a través de cada uno de ellos se perfeccionan bien cuando el abonado firma la solicitud de portabilidad, bien cuando el abonado envía la solicitud de portabilidad *on line* al operador o bien cuando el abonado acepta verbalmente –a través del canal telefónico mediante el mecanismo de verificación del consentimiento por un tercero independiente- la portabilidad. A partir de cada uno de dichos momentos, las solicitudes de portabilidad producen plenos efectos jurídicos, de conformidad con el artículo 1.262 del Código Civil.

En todo caso, al margen de cuándo se entiende que hay consentimiento del abonado para portarse de operador, y de cuándo se entiendan perfeccionadas las solicitudes de portabilidad, la ausencia de la consignación de la hora en las solicitudes tiene una consecuencia clara, y es la imposibilidad de hacer un seguimiento sobre su tramitación y comprobar si las solicitudes se graban en el medio día hábil siguiente, tal y como establece la Especificación técnica, extremo que es relevante para poder comprobar si las portabilidades se gestionan en los plazos y con las garantías establecidas en la Especificación técnica.

De acuerdo con el Hecho Probado Segundo, Orange no consignó, desde el día 2 de julio de 2012 hasta el día 5 de marzo de 2013, la hora de cumplimentación en las solicitudes de portabilidad cursadas a través del canal de venta presencial, debido a una incidencia en el diseño funcional de su sistema *ARPA*. En concreto, Orange no consignó dicha información en el 63% de las solicitudes de portabilidad de la primera muestra y en el 16% de las solicitudes analizadas de la segunda muestra aleatoria.

Por ello, Orange incumplió, durante el citado periodo de tiempo, con la obligación de consignar la hora en todas las solicitudes de portabilidad cursadas, tal y como exige el apartado 8 de la Especificación técnica de portabilidad móvil, debido según Orange a un error de impresión producido en su sistema informático *ARPA*.

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

La Especificación técnica de portabilidad móvil concreta qué información ha de depositar el operador receptor para la creación y grabación de las solicitudes de alta de portabilidad móvil -apartado 6.3.1- y en qué plazo deben grabarse las solicitudes de portabilidad en el citado Nodo Central –apartado 7.2.1.2-.

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

El apartado 6.1.3 de la Especificación técnica de portabilidad móvil señala los campos de información obligatorios de las solicitudes de portabilidad que el operador receptor debe depositar para la creación y grabación de una solicitud de alta de portabilidad en el Nodo Central. 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”*.

De acuerdo con el Hecho Probado Tercero, entre el día 2 de julio de 2012 y el día 22 de marzo de 2013, la *“fecha de solicitud por abonado”* grabada en el Nodo Central de portabilidad móvil se correspondía con una fecha calculada en función de la fecha de creación –grabación– de las solicitudes de portabilidad en el Nodo Central de portabilidad móvil, debido al diseño funcional del sistema SGP de Orange.

Por el contrario, Orange debería haber grabado la fecha y hora real consignada en las solicitudes de portabilidad y trasladada al sistema ARPA y al sistema SGP.

En consecuencia, Orange incumplió, desde el día 2 de julio de 2012 hasta el día 22 de marzo de 2013, con la obligación de depositar en el Nodo Central de portabilidad móvil la *“fecha y hora en la que el abonado ha efectuado la solicitud de portabilidad”*, de conformidad con el apartado 6.3.1 de la Especificación técnica de portabilidad móvil.

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

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

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

Asimismo, el apartado 7.2.1.2 de la Especificación técnica de portabilidad móvil establece que *“entregada la solicitud de portabilidad firmada por el abonado al operador receptor, éste (el operador) en el mismo medio día hábil¹² debe grabarla en el Nodo Central. Dicha grabación debe realizarse dentro del horario permitido, esto es, días laborales de 8:00 a 20:00. Si la solicitud de portabilidad se realiza fuera del citado horario, ésta se grabará en el primer medio día hábil siguiente”*.

¹² El apartado 4 de la especificación técnica de portabilidad móvil define “día hábil” como “un día natural de lunes a viernes, excluyendo las fiestas de carácter nacional. Dentro de un día hábil se considerará horario hábil a los periodos de mañana de 8:00 a 14:00 horas y de tarde de 14:00 a 20:00 horas.

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

De acuerdo con el Hecho Probado Cuarto, Orange no grabó, en total, treinta y siete -37- de las trescientas treinta y ocho -338- solicitudes de portabilidad analizadas de las dos muestras aleatorias dentro del plazo del medio día hábil en el Nodo Central de portabilidad móvil. Esta tramitación irregular representa un 10,9% sobre la totalidad de las solicitudes de portabilidad analizadas en el expediente.

Por lo tanto, Orange no cumplió en las fechas analizadas con la obligación de grabar las solicitudes de portabilidad dentro del medio día hábil en que fueron formalizadas por los abonados, de acuerdo con lo dispuesto en el apartado 7.2.1.2 de la Especificación técnica de portabilidad móvil.

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

En definitiva y como consecuencia de todo lo anterior, la instrucción del presente procedimiento sancionador ha revelado la comisión de una infracción administrativa muy grave tipificada en el artículo 53.r) de la LGTel consistente en el incumplimiento por parte de Orange 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:

- Orange no consignó, entre el día 2 de julio de 2012 y el día 5 de marzo de 2013, la hora de cumplimentación en las solicitudes de portabilidad del canal de venta presencial (concretamente en un 63% de la primera muestra aleatoria y en un 16% de la segunda muestra aleatoria), lo cual supone un incumplimiento del apartado 8 de la Especificación técnica de portabilidad móvil.
- Orange no cumplió, entre el día 2 de julio de 2012 y el día 22 de marzo de 2013, con la obligación de grabar en el Nodo Central *“fecha y hora en que el abonado ha efectuado la solicitud en el operador receptor”*, de conformidad con el apartado 6.3.1 de la Especificación técnica de portabilidad móvil, debido al diseño funcional del sistema SGP de Orange.
- Orange no grabó, en total, treinta y siete -37- de las trescientas treinta y ocho -338- solicitudes de portabilidad analizadas de las dos muestras aleatorias dentro del plazo del medio día hábil en el Nodo Central de portabilidad móvil. Esta tramitación irregular representa un 10,9% sobre la totalidad de las solicitudes de portabilidad analizadas en el expediente.

Alegación de Orange a la propuesta de resolución en relación con la tipificación de los hechos probados.

En sus alegaciones a la propuesta de resolución, Orange no discute la consumación de la conducta antijurídica realizada pero sí que sean calificadas como muy graves.

En contestación a las alegaciones formuladas, procede señalar que la Sala de Supervisión Regulatoria de la CNMC, en tanto en cuanto tiene atribuida la potestad sancionadora, debe subsumir los ilícitos administrativos en el tipo infractor adecuado, según lo dispuesto en la normativa.

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.”

Tercero.- Culpabilidad en la comisión de la infracción.

De conformidad con la doctrina jurisprudencial¹³, no se reconoce la responsabilidad objetiva en la comisión de la infracción, sino que se exige el elemento de la culpabilidad, lo que supone que la conducta antijurídica sea imputable a un sujeto responsable de dicha conducta, esto es, que exista un nexo entre el hecho y el sujeto.

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

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

Como se desprende del precepto anterior y se ha afirmado asimismo en reiteradas ocasiones, en el Derecho Administrativo Sancionador, no se exige dolo o intención maliciosa para responder de la comisión de una infracción sino que basta la culpa o

¹³ Por todas, la STS de 22 de noviembre de 2004 (RJ 2005\20).

imprudencia¹⁴, 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 LGTel¹⁵, donde el ilícito debe cometerse de forma deliberada, y otros como el artículo 53.r) de la misma norma en el que no se exige la concurrencia de dolo, siendo suficiente la negligencia consistente en no dar cumplimiento a las condiciones que tiene impuestas como operador durante un período de tiempo, lo que equivale a una infracción del deber de cuidado que le era exigible y cuyo resultado podría haber previsto.

En el caso que nos ocupa, se han imputado a Orange 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):

- Orange no consignó, entre el día 2 de julio de 2012 y el día 5 de marzo de 2013, la hora de cumplimentación en las solicitudes de portabilidad del canal de venta presencial (concretamente en un 63% de la primera muestra aleatoria y en un 16% de la segunda muestra aleatoria), lo cual supone un

¹⁴ 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”*.

¹⁵ 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”*.

incumplimiento del apartado 8 de la Especificación técnica de portabilidad móvil.

- Orange no cumplió, entre el día 2 de julio de 2012 y el día 22 de marzo de 2013, con la obligación de grabar en el Nodo Central “*fecha y hora en que el abonado ha efectuado la solicitud en el operador receptor*”, de conformidad con el apartado 6.3.1 de la Especificación técnica de portabilidad móvil, debido al diseño funcional del sistema SGP de Orange.
- Orange no grabó, en total, treinta y siete -37- de las trescientas treinta y ocho -338- solicitudes de portabilidad analizadas de las dos muestras aleatorias dentro del plazo del medio día hábil en el Nodo Central de portabilidad móvil. Esta tramitación irregular representa un 10,9% 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 a Orange, toda vez que conociendo este operador la importancia que tienen tales obligaciones, tenía que haber puesto una mayor diligencia debida en el cumplimiento de las mismas.

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

A. En relación con la primera conducta antijurídica, procede analizar si, en virtud del Hecho Probado Segundo, Orange ha actuado con la diligencia que le es exigible a un operador.

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 propios 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 Segundo, Orange no consignó la hora de cumplimentación en un gran número de solicitudes de portabilidad del canal de venta presencial, desde el día 2 de julio de 2012 hasta el día 5 de marzo de 2013, debido a la existencia de un error de impresión del sistema ARPA empleado por dicho operador para la tramitación de las solicitudes de portabilidad en el citado canal del venta.

En su escrito de alegaciones a la propuesta de resolución, Orange afirma que, en su sistema ARPA “*se desconfiguró simplemente la orden de impresión en los contratos como consecuencia de una modificación en sus sistemas de contratación (cambio a contrato único)*”. En este sentido, el citado operador manifiesta que, hasta el inicio

del presente procedimiento no tenía conocimiento de la existencia del mencionado error de impresión, el cual tampoco fue advertido ni por sus comerciales ni por sus abonados, y que tampoco ha tenido un impacto relevante en el mercado.

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 Orange haya tenido no sólo que validar la funcionalidad de su sistema *ARPA* 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 de 2012 y marzo de 2013. La posible presencia de errores informáticos en una fase temprana de implantación sería comprensible. Sin embargo, estos errores se han producido durante 9 meses, y no puede entenderse como en tanto tiempo Orange no comprobó que en las solicitudes no constaba la hora de cumplimentación por el abonado.

Por todo lo anterior, queda acreditada la existencia del elemento de culpabilidad en la conducta antijurídica realizada por Orange.

B. Por lo que respecta a la **segunda conducta antijurídica**, de acuerdo con el **Hecho Probado Tercero**, entre el día 2 de julio de 2012 y el día 22 de marzo de 2013, la *“fecha de solicitud por abonado”* grabada en el Nodo Central de portabilidad móvil se correspondía con una fecha calculada en función de la fecha de creación – grabación- de las solicitudes de portabilidad en el citado Nodo Central, debido a un error en el diseño funcional del sistema *SGP* de Orange. Ello implicó que, durante el citado periodo de tiempo, Orange no grabase la *“fecha y hora en la que el abonado ha efectuado la solicitud de portabilidad”*.

Orange, en su escrito de alegaciones a la propuesta de resolución, afirma que el error en el diseño funcional de su sistema *SGP* *“no pudo ser advertido en las*

pruebas realizadas de lunes a viernes con anterioridad a la entrada en funcionamiento de la portabilidad 24 horas ya que éste sólo se ha producido en las solicitudes cursadas los sábados y los domingos no festivos puesto que no son enviadas al Nodo Central hasta el lunes siguiente” que es el plazo del medio día hábil correspondiente.

A este respecto, se considera que el citado error en el diseño funcional del sistema SGP podía haber sido percibido en la fase de pruebas que se realiza en todo proyecto con anterioridad a su implementación, ya que una vez puesto en marcha el sistema es cierto que el error era más fácilmente detectable si se analizaban las solicitudes cursadas los sábados -o domingos en los que había horario comercial-, que eran grabadas en su totalidad los lunes.

El fin último de las modificaciones realizadas en la Especificación técnica de portabilidad móvil es garantizar la portabilidad numérica móvil en el plazo de un día laborable -24 horas-. Aunque este fin no se ha visto en principio lesionado, el error en el diseño funcional del sistema no permite extraer los datos de las portabilidades de Orange –ni de sus OMV PS- del Nodo Central si la hora consignada en el Nodo por el sistema informático de Orange es inventada y no real, habiendo ocurrido esto durante 9 meses. Automatizar los procesos y sistemas es lógico, pero hay solicitudes que se cumplimentan a mano, otras que se graban verbalmente – procesos con verificación por tercero- y otras que simplemente no se envían automáticamente a SGP, es decir que no se mandan en un periodo de 5 minutos, por lo que Orange tenía que saber que este cálculo no reflejaba la realidad de los procesos.

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

C. En relación con **la tercera conducta antijurídica** consistente en no grabar en el Nodo Central de portabilidad móvil, en total, treinta y siete -37- de las trescientas treinta y ocho -338- solicitudes de portabilidad analizadas en las dos muestras aleatorias dentro del plazo del medio día hábil, esto es, un 10,9% sobre la totalidad de las solicitudes de portabilidad analizadas en el expediente (**Hecho Probado Cuarto**), procede señalar lo siguiente:

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

Esta conducta antijurídica de Orange no parece negligente, ni siquiera a título de simple inobservancia, ya que resulta comprensible que las referidas ocho -8- solicitudes de portabilidad cursadas a escasos minutos de las 14 o 20 horas no puedan ser grabadas dentro del plazo del medio día hábil correspondiente por imposibilidad material.

- Cuestión distinta es el caso de las veintinueve -29- solicitudes de portabilidad restantes halladas, tras el análisis de las dos muestras aleatorias, que fueron grabadas fuera del plazo del medio día hábil en el Nodo Central de portabilidad móvil y que representa un 8,5% sobre la totalidad de solicitudes de portabilidad analizadas en el expediente.

Si bien es cierto que se trata, únicamente, de veintinueve -29- supuestos irregulares muy concretos derivados:(i) de la actividad profesional de los comerciales del operador, (ii) del retraso en la remisión de las solicitudes de portabilidad realizadas mediante llamadas con verificación por tercero independiente a Orange y (iii) de los procedimientos internos de antifraude empleados por el operador, debe atenderse al hecho de que las mencionadas solicitudes de portabilidad fueron grabadas con uno, dos e, incluso, tres días de retraso en el Nodo Central de portabilidad móvil.

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

En definitiva y como consecuencia de todo lo anterior, se estima que las tres actuaciones son imputables a Orange como infracción, al concurrir el elemento de culpabilidad y que, por lo tanto, se concluye un incumplimiento de la Resolución de fecha 7 de julio de 2011, por la que se aprueba la vigente Especificación técnica de portabilidad móvil.

La anterior 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 apartado se procede a analizar el importe de la sanción, de acuerdo con los criterios de graduación contenidos tanto en el artículo 56.2 de la LGTel como en el artículo 131.3 de la LRJPAC,

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

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

b) La repercusión social de las infracciones.

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

d) El daño causado”.

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

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

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

a) La existencia de intencionalidad o reiteración.

b) La naturaleza de los perjuicios causados.

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

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

- Orange ha modificado el diseño funcional de sus sistemas *ARPA* y *SGP*, respectivamente, a la mayor brevedad posible tras el inicio del presente procedimiento sancionador.

En cuanto al sistema *ARPA*, Orange ha corregido el error de impresión existente, por lo que, desde el día 22 de marzo de 2013 está consignando la hora de cumplimentación en las solicitudes de portabilidad del canal de venta presencial.

En cuanto al sistema *SGP*, en fecha 26 de marzo de 2013 Orange modificó su diseño, de forma que, desde ese día la *“fecha de solicitud por abonado”* grabada en el Nodo Central de portabilidad móvil se corresponde con la fecha y hora de la solicitud de portabilidad registrada en el citado sistema *SGP* del operador.

Así, como se ha acreditado en los Hechos Probados, hay una gran diferencia en los resultados obtenidos tras el análisis de la primera y segunda muestra aleatoria.

El artículo 21.5^a del Código Penal señala como circunstancia atenuante de la responsabilidad criminal, *“[l]a de haber procedido el culpable a reparar el daño ocasionado a la víctima, o disminuir sus efectos, en cualquier momento del procedimiento y con anterioridad a la celebración del acto del juicio oral”*, siendo de aplicación los principios inspiradores y conceptos del Derecho penal al Derecho Administrativo sancionador, como ha afirmado en varias

ocasiones la jurisprudencia (SSTS de 9 de junio de 1986 –RJ 1986\6612-, de 30 de mayo de 1989 –RJ 1989\4107-, de 13 de octubre de 2004 –RJ 1986\6612- y STC núm. 18/1981, de 8 de junio).

- La inexistencia de repercusión social de la infracción, según el criterio establecido por el artículo 56.2 de la LGTel, ya que ni siquiera ésta afecta a los abonados del operador.
- La falta de certeza sobre el beneficio bruto obtenido por Orange en la comisión de la infracción, según el criterio establecido en el mismo artículo 56 de la LGTel.
- El inexistente o escaso daño causado al mercado, según el criterio establecido en los artículos 56.2 de la LGTel y 131.3.c) de la LRJPAC. No consta que la conducta antijurídica cometida haya tenido algún efecto negativo en el mercado.

Quinto.- Sanción aplicable a la infracción.

1. Límite legal de la sanción.

La LGTel fija 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 STC 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 Orange.

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 CMT¹⁶, 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,

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.

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 que en el presente caso las ramas de actividad afectadas por la infracción cometida son el servicio mayorista de interconexión móvil y el servicio minorista de telefonía móvil, ámbito donde tiene lugar la infracción y donde pueden o podrían desplegarse los efectos de la conducta¹⁸. En función de los datos aportados por la entidad a esta Comisión, los ingresos procedentes de tales ramas de actividad ascienden a **[INICIO CONFIDENCIAL FIN CONFIDENCIAL]** euros.

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

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

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.

Sin embargo, dado que como ya se ha señalado anteriormente 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, tomando en consideración todas las cantidades señaladas, el límite máximo de la sanción que puede fijarse en el presente caso es de **[INICIO CONFIDENCIAL FIN CONFIDENCIAL]** 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:

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).

- Como se ha indicado, el límite máximo de la sanción que puede imponerse es de **[INICIO CONFIDENCIAL FIN CONFIDENCIAL]** Euros.
- Sin embargo, se aprecia en el presente caso la concurrencia de varios criterios de graduación de la sanción que aconsejan su imposición en los tramos inferiores, tal y como se ha señalado anteriormente. Principalmente ha de tenerse en consideración que la conducta de Orange no ha tenido una repercusión directa en el mercado, tratándose, por un lado, de un 10,9% de casos en los que las solicitudes fueron grabadas fuera del medio día hábil indicado en la Especificación técnica de la portabilidad móvil, y, por otro lado, de irregularidades en los sistemas de impresión y grabación de solicitudes de portabilidad de Orange que no se ha comprobado que hayan vulnerado el derecho de los abonados a portarse en el plazo de 1 día hábil y que han sido solucionadas por Orange.

En definitiva, de los principios y límites cuantitativos a que se hace referencia, y atendiendo al principio de proporcionalidad que debe presidir la actividad sancionadora de la Administración y a los criterios de graduación establecidos en el artículo 131.3 de la LRJPAC y 56 de la LGTel, se considera que procede imponer a Orange una sanción de dieciocho mil (18.000) euros por el incumplimiento de la Especificación técnica de portabilidad móvil en la grabación de las solicitudes de portabilidad (concretamente porque no consignaba en algunos casos la hora en las solicitudes de portabilidad por irregularidades en el sistema ARPA; no grababa la fecha y hora consignada en las solicitudes de portabilidad en el Nodo Central de la portabilidad móvil; y por grabar solicitudes fuera de plazo de medio día hábil).

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

RESUELVE

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

procedimientos administrativos y técnicos para la conservación de numeración de servicios de telefonía móvil.

Segundo.- Imponer a FRANCE TELECOM ESPAÑA, S.A.U. una sanción económica por importe de dieciocho mil euros (18.000 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.