

RESOLUCIÓN POR LA QUE SE DECLARA CONCLUSO EL PROCEDIMIENTO DE CONFLICTO DE PORTABILIDAD FORMULADO POR DIALOGA SERVICIOS INTERACTIVOS, S.A. FRENTE A EMSERTEX, 2002, S.L., POR DESAPARICIÓN SOBREVENIDA DEL OBJETO.

CFT/D TSA/2029/14/PORTABILIDAD DIALOGA

SALA DE SUPERVISIÓN REGULATORIA

Presidenta

D^a. María Fernández Pérez

Consejeros

D. Eduardo García Matilla

D. Josep Maria 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 9 de julio de 2015

Visto el expediente de conflicto de portabilidad planteado por Dialoga Servicios Interactivos, S.A. contra Emsertex, 2002, S.L. la entidad, la SALA DE SUPERVISIÓN REGULATORIA acuerda lo siguiente:

I ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Escrito de Dialoga instando el inicio del conflicto

Con fecha 9 de octubre de 2014, tuvo entrada en el registro de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia –en adelante, CNMC- un escrito del operador Dialoga Servicios Interactivos, S.A. –en adelante, Dialoga- mediante el que planteó conflicto en materia de portabilidad fija frente al operador Emsertex 2002, S.L. –en adelante, Emsertex- debido a la denegación reiterada e injustificada, por parte de este último operador, de la portabilidad del número de red inteligente 902 616 161, en su rol de operador donante. Asimismo, Dialoga solicitaba que se acordase la incoación de un procedimiento sancionador a Emsertex y se le declarase como parte interesada en dicho procedimiento sancionador.

SEGUNDO.- Comunicación a los interesados del inicio del procedimiento y requerimiento de información a Dialoga y Emsertex

Mediante escrito de la Directora de Telecomunicaciones y del Sector Audiovisual –en adelante, DTSA- de la CNMC de fecha 21 de noviembre de

2014, se notificó a los operadores interesados el inicio del procedimiento de conflicto, otorgándoles un plazo de 10 días para que realizasen las alegaciones que tuvieran por convenientes. Asimismo, se les requirió determinada información por ser necesaria para conocer las circunstancias concretas del asunto en cuestión.

TERCERO.- Contestación de Emsertex al requerimiento de información

Con fecha de 15 de diciembre de 2014, tuvo entrada en el registro de la CNMC el escrito de alegaciones y la contestación al requerimiento de información, señalado en el antecedente segundo, presentado por Emsertex.

En dicho escrito, Emsertex afirma que (i) en fecha 27 de mayo de 2009, la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones (en lo sucesivo, CMT) le asignó el rango de numeración 902 616, al que pertenece el número objeto de denuncia, (ii) no ha asignado a ninguno de sus clientes el número de red inteligente 902 616 161 y (iii) Cableuropa, S.A.U. –en adelante, VODAFONE ONO¹- asignó a su cliente, la entidad Biosphere Responsible Tourism, S.L. –en adelante, Biosphere- dicho número, sin que tuviera capacidad para ello al no ser el verdadero titular de dicho número.

CUARTO.- Requerimiento de información a VODAFONE ONO

A la vista de lo indicado en el Antecedente anterior, mediante escrito de la DTSA de fecha 3 de febrero de 2015 se requirió a VODAFONE ONO determinada información por ser necesaria para conocer las circunstancias concretas del asunto en cuestión. VODAFONE ONO contestó a dicho requerimiento de información mediante escrito de fecha 23 de febrero de 2015.

QUINTO.- Reiteración del requerimiento de información a Dialoga

Mediante escrito de la DTSA de fecha 4 de febrero de 2015 se reiteró el requerimiento de información realizado a Dialoga en fecha 21 de noviembre de 2014 e indicado en el Antecedente segundo, debido a su falta de contestación.

Dialoga contestó parcialmente a la citada reiteración del requerimiento de información mediante escrito de fecha 24 de febrero de 2015.

SEXTO.- Nuevo escrito de VODAFONE ONO

Con fecha 27 de febrero de 2015, tuvo entrada en el registro de la CNMC un nuevo escrito de VODAFONE ONO mediante el que aporta información adicional a la de su escrito de fecha 23 de febrero de 2015 e indicado en el Antecedente cuarto.

¹ Actualmente, Vodafone ONO, S.A.U.

SÉPTIMO.- Trámite de audiencia

Con fecha 12 de mayo de 2015, la DTSA comunicó a los interesados el resultado de la instrucción del presente procedimiento, procediéndose a darles trámite de audiencia por un plazo de 10 días hábiles para que éstos pudiesen presentar las alegaciones y los documentos que estimasen pertinentes.

Ninguno de los operadores interesados ha realizado alegaciones al trámite de audiencia.

A los anteriores Antecedentes de hecho, le son de aplicación los siguientes

II FUNDAMENTOS JURÍDICOS PROCEDIMENTALES

PRIMERO.- Objeto del procedimiento

El presente procedimiento tiene por objeto resolver el conflicto de portabilidad fija planteado por Dialoga frente a Emsertex debido a la denegación por parte de este último operador de la portabilidad del número de red inteligente 902 616161, en su rol de operador donante.

SEGUNDO.- Competencia de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia

Los artículos 6.4 y 12.1.a) de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia -en adelante, Ley CNMC- y 15 y 70.2.d) de la Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones (en adelante, LGTel)² atribuyen a la CNMC la competencia para la resolución vinculante de los conflictos que se susciten entre operadores en materia de acceso e interconexión de redes.

De forma adicional, los artículos 12.5 y 70.2.g) de la LGTel facultan a la CNMC a intervenir en las relaciones entre operadores, o entre operadores y otras entidades que se beneficien de las obligaciones de acceso e interconexión, con objeto de fomentar y, en su caso, garantizar la adecuación del acceso, la interconexión y la interoperabilidad de los servicios, así como la consecución de los objetivos establecidos en el artículo 3.

A la vista del objeto del presente procedimiento, de los preceptos legales anteriores y de conformidad con lo previsto en los artículos 20.1 y 21.2 de la LCNMC, y en el artículo 14.1.b) del Estatuto Orgánico de la CNMC aprobado por el Real Decreto 657/2013, de 30 de agosto, el órgano competente para

² Vigente desde el día 11 de mayo de 2014. Deroga la anterior Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones.

resolver el presente procedimiento es la Sala de Supervisión Regulatoria de la CNMC.

III FUNDAMENTOS JURÍDICOS MATERIALES

PRIMERO.- Desaparición sobrevenida del objeto del procedimiento

Como se ha señalado en sede de Antecedentes, Dialoga instó un conflicto en materia de portabilidad fija frente a Emsertex debido a la denegación reiterada e injustificada, a su juicio, por parte de este último operador, de la portabilidad del número de red inteligente 902 616 161, en su rol de operador donante.

Según consta en el escrito inicial de Dialoga, dicho operador solicitó de forma reiterada, a través de la Entidad de Referencia de portabilidad³, la portabilidad del número 902 616 161, en concreto, desde el 24 de julio hasta el 17 de septiembre de 2014. Dicho proceso de portabilidad fue denegado de forma sistemática por parte de Emsertex por causa de “*fuera mayor*”, si bien en fecha 28 de julio de 2014 señaló como observación para la mencionada causa de rechazo lo siguiente: “*asignado por error a Biosphere. Se trata de numeración de Emsertex*”. El último rechazo de la portabilidad de la numeración en conflicto se produjo el día 18 de septiembre de 2014.

Solicitada información adicional durante la tramitación del procedimiento a Dialoga, dicho operador aportó copia de la solicitud de portabilidad debidamente firmada por el usuario final, la empresa Biosphere, de fecha 24 de julio de 2014.

Sin perjuicio del objeto del presente procedimiento, procede señalar que la solicitud de portabilidad remitida por Dialoga no reúne los requisitos mínimos y necesarios exigidos en el apartado 13 de la Especificación técnica de portabilidad fija de 2012⁴ al no contener los siguientes aspectos esenciales y preceptivos: (i) una manifestación expresa de la voluntad del abonado solicitando el cambio de operador manteniendo su numeración y (ii) una indicación del operador receptor y el operador donante del que procede Biosphere.

³ La Entidad de Referencia de portabilidad, creada por la Circular 2/2004, de 15 de julio, de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones (CMT), sobre la conservación de la numeración, actúa como un agente intermedio de comunicación al objeto de facilitar los procedimientos administrativos entre operadores y mantener continuamente actualizada la base de datos de números portados a través de un sistema centralizado -apartado cuarto de la Circular-.

⁴ La Especificación técnica de portabilidad fija de 2012, aprobada mediante Resolución de 26 de abril de 2012, modifica determinados aspectos de la especificación técnica aprobada en 2009. La Especificación técnica de portabilidad fija de 2012 está vigente desde el día 1 de julio de 2013 y tiene por objeto principal la reducción de los plazos de la portabilidad a un día hábil, en consonancia con el nuevo marco europeo y nacional. Asimismo, introduce novedades y mejoras en los procesos de portabilidad. Dentro de estas novedades, se encuentra la inclusión de los revendedores del servicio telefónico fijo disponible al público en los procedimientos de portabilidad.

Aunque, como se ha constatado mediante consulta en el Registro de numeración, el rango de numeración telefónica 902 616 fue asignado al operador Emsertex por la CMT en fecha 27 de mayo de 2009⁵, Emsertex afirma, en su escrito de contestación al requerimiento de información de fecha 15 de diciembre de 2014, que no otorgó el número objeto del conflicto, el 902 616 161, a ninguno de sus clientes finales.

Pese a ello, Emsertex –operador aparaguado por VODAFONE ONO en virtud de la “*adenda del contrato de prestación de servicios de acceso especial a red para la prestación de servicios soporte para servicios de tarificación adicional de fecha 4 de julio de 2012*”- señala que el citado número fue asignado por VODAFONE ONO a su entonces cliente del segmento *pymes*, Biosphere, debido a un error.

Ante tal situación, Emsertex reconoce que se vio obligado a denegar las sucesivas solicitudes de portabilidad del número 902 616 161 realizadas por Dialoga por causas de fuerza mayor desde el 24 de julio hasta el 18 de septiembre de 2014 y justificó su actuación en el hecho de que no puede autorizar la portabilidad de un número que no ha sido cedido a ninguno de sus clientes finales.

VODAFONE ONO, por su parte, confirma que aparagua a Emsertex, al que le presta el servicio de recogida y entrega del tráfico originado por terceros operadores con destino a su numeración, por lo que resulta necesario que sus rangos de numeración se encuentren configurados en los sistemas de VODAFONE ONO.

En este sentido, VODAFONE ONO reconoce que asignó por un error humano de sus agentes comerciales el número 902 616 161, titularidad de Emsertex, a su cliente empresarial Biosphere. Dicho error se produjo por uno de sus agentes comerciales “*al seleccionar incorrectamente un número disponible de los rangos de Emsertex para provisionar un cliente de ONO. Este rango de numeración se encontraba correctamente señalado como perteneciente a Emsertex y (...) no se encontraba en uso por ningún cliente de Emsertex y, por esta razón, se seleccionó de forma manual por error en los sistemas de ONO, atribuyéndose a Biosphere*”.

A este respecto, VODAFONE ONO afirma que, en cuanto tuvo conocimiento del fallo humano, se puso en contacto con Biosphere y Emsertex para solucionar el incidente producido de la mejor manera posible y con el menor perjuicio para las partes implicadas. Así pues, Biosphere eligió otro número de red inteligente 902 de VODAFONE ONO, concretamente el 902 929 928. El número 902 616 161 fue devuelto a Emsertex.

⁵ Expte. DT 2009/835.

Igualmente, VODAFONE ONO manifiesta que ha implementado en sus sistemas informáticos medidas de seguridad adicionales que refuerzan la separación entre los rangos de numeración de VODAFONE ONO y los del resto de operadores a los que presta servicios mayoristas, estableciendo diferentes medios de acceso y segmentación de los sistemas que utiliza.

De forma adicional, VODAFONE ONO señala que Dialoga solicitó, a través de la Entidad de Referencia, la portabilidad del nuevo número asignado a Biosphere -902 929 928- el día 27 de enero de 2015, el cual fue debidamente portado a su favor el día 2 de febrero de 2015. Dialoga no ha hecho referencia alguna a este hecho en su escrito de 24 de febrero de 2015.

Esta Comisión ha consultado las bases de datos de la Entidad de Referencia de la portabilidad fija, a través de la interfaz de supervisión habilitada a estos efectos y prevista en el apartado 7 de las Especificaciones técnicas de la portabilidad fija de 2012, respecto al proceso de portabilidad del número 902 929 928, y ha constatado que dicho número fue debidamente portado a favor de Dialoga el día 2 de febrero de 2015.

Los hechos anteriormente señalados llevan a concluir que en la actualidad no subsiste el conflicto de portabilidad entre Dialoga y Emsertex que originó el presente procedimiento puesto que (i) Emsertex ha recuperado la disponibilidad del número 902 616 161, (ii) VODAFONE ONO asignó a su cliente Biosphere un nuevo número de red inteligente 902, que fue elegido libremente por el propio cliente y, (iii) Biosphere finalmente ha podido portarse a favor de Dialoga en el plazo legalmente establecido, en el segundo proceso de portabilidad referido.

Siendo esto así, se estima que procede declarar la conclusión del procedimiento en virtud del artículo 42.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJPAC), por desaparición sobrevenida del objeto material que motivó la apertura del presente procedimiento, esto es, el conflicto en materia de portabilidad entre Dialoga y Emsertex.

Conforme a lo previsto en el citado artículo 42.1 de la LRJPAC, *“la Administración está obligada a dictar resolución expresa en todos los procedimientos y a notificarla cualquiera que sea su forma de iniciación. En los casos de prescripción, renuncia del derecho, caducidad del procedimiento o desistimiento de la solicitud, así como desaparición sobrevenida del objeto del procedimiento, la resolución consistirá en la declaración de la circunstancia que concurra en cada caso, con indicación de los hechos producidos y las normas aplicables”*.

Asimismo, el artículo 87.2 del citado texto legal establece expresamente como causa de terminación del procedimiento, la imposibilidad material de continuarlo por causas sobrevenidas.

Por tanto, al no subsistir el motivo que originó el presente procedimiento y, no concurriendo motivos de interés público que justifiquen la intervención de este organismo, debe darse por concluido el presente procedimiento al haber desaparecido el objeto material que motivó su inicio, mediante resolución expresa en la que se declare tal circunstancia.

Sin perjuicio de lo anterior, se entiende que los problemas existentes entre operadores deben solucionarse a la mayor brevedad posible, aunque se hayan producido por errores involuntarios, y en ningún caso deben afectar a los usuarios finales impidiendo o retrasando la portabilidad a un tercer operador.

SEGUNDO.- Sobre la solicitud de apertura de procedimiento sancionador

Dialoga manifiesta en su escrito inicial que los rechazos injustificados, por parte de Emsertex, de la solicitud de portabilidad del número 902 616 161 constituyen un incumplimiento de la normativa aplicable en materia de portabilidad, concretamente de la Carta de Derechos del usuario de los servicios de comunicaciones electrónicas telecomunicaciones, aprobada mediante Real Decreto 899/2009, de 22 de mayo y de la Especificación técnica de portabilidad fija de 2012 antes citada.

A tal efecto, Dialoga solicita que se incoe el correspondiente procedimiento sancionador a Emsertex. Esta solicitud constituye una denuncia frente a Emsertex en el sentido del artículo 11.1.d) 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 del procedimiento sancionador-. Aunque no forma parte del objeto del *petitum* principal del conflicto planteado, por razones de economía procesal, esta solicitud se ha examinado en el presente procedimiento.

La competencia sancionadora por incumplimiento de la Especificación técnica de portabilidad fija -y también móvil- corresponde a esta Comisión, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 84.2 de la LGTel. En primer lugar, procede señalar que la denuncia planteada por Dialoga se refiere a que la conducta de Emsertex *“no son casos aislados y puntuales, sino prácticas y maniobras irregulares utilizadas de manera generalizada, para paralizar los procesos de portabilidad vulnerando los derechos de los usuarios finales así como de la propia Dialoga”*.

Esta conducta no se desprende del hecho denunciado por Dialoga respecto a un único número de red inteligente, 906 616 161. No se ha aportado ninguna otra información adicional que justifique el carácter generalizado, permanente y constante de la conducta denunciada de Emsertex.

Tampoco consta a esta Comisión que se haya producido una denuncia por parte de ningún otro operador contra Emsertex en relación con incidencias operativas de la portabilidad, que pudiera sustentar que dicho operador

estuviese retrasando con carácter generalizado las portabilidades y que apoye la denuncia de Dialoga, acerca del carácter irregular y generalizado de los rechazos de las portabilidades realizadas por Emsertex. Por último, no consta a la CNMC la existencia de tales prácticas a raíz de sus propias investigaciones y datos. Tal y como señala la Resolución de la CMT de fecha 18 de julio de 2013⁶, en tales situaciones *“sería lógico que un bloqueo reiterado y generalizado de la portabilidad como el denunciado fuera susceptible de afectar a una pluralidad de operadores”*.

En segundo lugar, ha quedado acreditado que el bloqueo de la portabilidad del número 902 616 161 ha sido una cuestión incidental debido a la existencia de una razón muy concreta procedente de un error inicial en la asignación del número. Tal y como se ha señalado, VODAFONE ONO asignó por error de sus agentes comerciales dicho número a su cliente del segmento *pymes* Biosphere, a pesar de que la titularidad del mismo correspondía a Emsertex.

Por ello, el operador obligado a garantizar la portabilidad del número de red inteligente asignado a Biosphere era VODAFONE ONO y no Emsertex, puesto que VODAFONE ONO era el prestador del servicio de comunicaciones electrónicas contratado por Biosphere. VODAFONE ONO solucionó la situación al devolver el uso del número 902 616 161 a Emsertex y asignar a su cliente – Biosphere- otro número de red inteligente -el 902 929 928- elegido directamente por Biosphere, el cual se portó a Dialoga el día 2 de febrero de 2015.

Siendo esto así, se concluye que no existen motivos fundados suficientes para iniciar un procedimiento sancionador contra Emsertex por un presunto incumplimiento de la Especificación técnica de portabilidad fija.

Por otro lado, Dialoga denuncia el incumplimiento de la Carta de derechos del usuario de servicios de comunicaciones electrónicas. La competencia sancionadora en materia de derechos de los consumidores y usuarios finales de servicios de comunicaciones electrónicas corresponde a la Secretaría de Estado de Telecomunicaciones y de la Sociedad de la Información –SETSI- dependiente del Ministerio de Industria, Energía y Turismo, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 84.1 de la LGTel.

Por todo lo anterior, la Sala de Supervisión Regulatoria de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia,

⁶ Resolución por la que se pone fin al periodo de información previa iniciado como consecuencia de la denuncia de Dialoga Servicios Interactivos, S.L. contra France Telecom España, S.A. y otros operadores por incumplimiento de las solicitudes de portabilidad – expediente RO 2011/1177-.

RESUELVE

ÚNICO.- Declarar concluso el procedimiento del conflicto respecto a la solicitud de portabilidad de Dialoga Servicios Interactivos, S.A. del número 902 616 161, procediéndose al archivo del expediente por haber desaparecido el objeto que justificó su iniciación y no existir motivos que justifiquen su continuación.

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.