

ACUERDO POR EL QUE SE ARCHIVA LA SOLICITUD PLANTEADA POR LA ASOCIACIÓN DE OPERADORES PARA LA PORTABILIDAD FIJA DE QUE SE MODIFIQUEN LOS PROCEDIMIENTOS DE ASIGNACIÓN DE NUMERACIÓN FIJA, PARA EXIGIR A LOS OPERADORES, COMO CONDICIÓN PREVIA, EL PERTENECER A DICHA ASOCIACIÓN

IFP/DTSA/044/17/PERTENENCIA A LA AOP

SALA DE SUPERVISIÓN REGULATORIA

Presidenta

D^a. María Fernández Pérez

Consejeros

D. Benigno Valdés Díaz

D. Mariano Bacigalupo Saggese

D. Bernardo Lorenzo Almendros

D. Xabier Ormaetxea Garai

Secretario de la Sala

D. Miguel Sánchez Blanco, Vicesecretario del Consejo

En Madrid, a 10 de mayo de 2018

La Sala de Supervisión Regulatoria de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, en sesión de 10 de mayo de 2018, ha aprobado el presente acuerdo por el que se archiva la solicitud formulada por la Asociación de Operadores para la Portabilidad Fija (AOP), sobre la imposición a los operadores prestadores de servicios de telefonía fija del requisito de pertenecer a dicha asociación, con carácter previo a la asignación de numeración.

I.- ANTECEDENTES

ÚNICO.- Solicitud planteada por la AOP

El 18 de octubre de 2017 la Asociación de Operadores para la Portabilidad Fija (AOP) presentó un escrito ante la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC), por el que manifiesta que ha venido detectando de forma reiterada que existen operadores asignatarios de numeración geográfica y/o de red inteligente que no se encuentran conectados al sistema de la Entidad de Referencia ni contribuyen económicamente a su sostenimiento.

A su juicio, esta situación origina serios perjuicios a los usuarios finales, que no pueden ejercer su derecho a cambiar de operador conservando su numeración, y, por tanto, el incumplimiento de sus obligaciones en materia de portabilidad.

Además, la AOP también alega que esta actuación de algunos operadores perjudica al resto de operadores, que se ven impedidos para captar a los clientes de éstos, pues no actúan en el seno de la Entidad de Referencia.

Asimismo, la AOP señala que lleva años facilitando anualmente a esta Comisión un listado de operadores que tienen asignada numeración fija y que no mantienen ninguna relación con la AOP (en calidad de asociado, aparcado o con contrato de prestación de servicios) y, sin embargo, este tipo de práctica de los operadores sigue siendo habitual.

Por todo ello, la AOP solicita a esta Comisión que tome aquellas medidas que considere necesarias para erradicar estas conductas irregulares y evitar los citados perjuicios que se ocasionan. En concreto, propone ***“que se implante una solución consistente en incorporar al trámite de asignación de numeración fija (ya sea nueva o adicional) el requisito previo de pertenecer a la AOP, de modo que no podría asignarse numeración fija a ningún operador que previamente no mantenga una relación con la AOP dentro del abanico de opciones que actualmente se permite”***.

II.- FUNDAMENTOS JURÍDICOS PROCEDIMENTALES

ÚNICO.-. **Habilitación competencial de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia**

El artículo 6 de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia (LCNMC) establece que esta Comisión *“supervisará y controlará el correcto funcionamiento de los mercados de comunicaciones electrónicas. En particular, ejercerá las siguientes funciones:*

(...)

- 5. Realizar las funciones atribuidas por la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de las Telecomunicaciones y su normativa de desarrollo”¹.*

Por una parte, según lo dispuesto en los artículos 19.5 y 69.1 de la Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones (LGTel), la competencia para otorgar los derechos de uso de los recursos públicos regulados en los planes nacionales de numeración, direccionamiento y denominación corresponde al Ministerio de Energía, Turismo y Agenda Digital. Sin embargo, dichas funciones están siendo ejercidas transitoriamente por la CNMC en virtud de lo dispuesto en la disposición transitoria décima de esta ley².

¹ Esta referencia ha de entenderse actualmente a la Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones, que derogó la LGTel de 2003.

² *“En relación con las funciones que eran competencia de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia y que, conforme a lo establecido en esta Ley, se atribuyen al Ministerio de Industria, Energía y Turismo, la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia las desempeñará hasta la fecha que se determine para el ejercicio efectivo de las*

A tales efectos, los artículos 47 a 63 del Reglamento sobre mercados de comunicaciones electrónicas, acceso a las redes y numeración, aprobado por el Real Decreto 2296/2004, de 10 de diciembre (Reglamento de Mercados)³, regulan el procedimiento de asignación de los recursos de numeración.

Por otra parte, la LGTel, en su artículo 21, indica que:

*“1. Los operadores garantizarán, de conformidad con lo establecido en el artículo 47, que los abonados con números del plan nacional de numeración telefónica puedan conservar, previa solicitud, los números que les hayan sido asignados, con independencia del operador que preste el servicio. Mediante real decreto se fijarán los supuestos a los que sea de aplicación la conservación de números, así como los aspectos técnicos y administrativos necesarios para que ésta se lleve a cabo. En aplicación de este real decreto y su normativa de desarrollo, la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia podrá fijar, mediante circular, características y condiciones para la conservación de los números”*⁴.

La habilitación competencial para dictar Circulares en materia de portabilidad ya se encontraba reconocida en la LGTel de 2003, a través de la habilitación genérica de dictar Circulares (instrucciones a los operadores) que su artículo 48.2.e) otorgaba a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones.

En virtud de dicha habilitación competencial, el 19 de junio de 2008 se aprobó la Circular 1/2008, sobre conservación y migración de numeración telefónica (Circular 1/2008), en la que se establecen un conjunto de principios a cumplir por los operadores, con el objetivo de garantizar la conservación de la numeración por los abonados a los servicios telefónicos disponibles al público y a otros servicios de comunicaciones electrónicas con numeración telefónica para los que se prevea el derecho del usuario a la conservación de la numeración.

En concreto, entre dichos principios se encuentran el contribuir a los costes derivados de la actualización de los elementos de la red y de los sistemas necesarios para hacer posible la conservación de los números, que configuran las Entidades de Referencias de portabilidad fija y móvil (sistemas centralizados), tal y como dispone el artículo 21 de la LGTel.

Por otro lado, la LGTel en su artículo 21.2. dispone que:

Los costes derivados de la actualización de los elementos de la red y de los sistemas necesarios para hacer posible la conservación de los números deberán

nuevas funciones que esta Ley atribuye al Ministerio de Industria, Energía y Turismo conforme a lo establecido en la disposición adicional decimoquinta”.

³ De conformidad con lo dispuesto en la disposición transitoria primera de la LGTel, las normas reglamentarias en materia de telecomunicaciones vigentes con anterioridad a su entrada en vigor continuarán vigentes, en todo en lo que no se opongan, hasta que se apruebe su normativa de desarrollo.

⁴ En línea con lo establecido en los artículos 20 y 30 de la LCNMC y 8 del Estatuto Orgánico de la CNMC, aprobado por el Real Decreto 657/2013, de 30 de agosto.

ser sufragados por cada operador sin que, por ello, tengan derecho a percibir indemnización alguna. Los demás costes que produzca la conservación de los números telefónicos se repartirán, a través del oportuno acuerdo, entre los operadores afectados por el cambio. A falta de acuerdo, resolverá la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia. (...)”.

Por tanto, la CNMC resulta competente para la resolución de la petición de la AOP.

Por último, la Sala de Supervisión Regulatoria de la CNMC resulta competente para tratar la solicitud en virtud de lo previsto en las disposiciones anteriores y en los artículos 20 y 21.2 de la LCNMC y en los artículos 8.1 y 2 y 14.1.b) del Estatuto Orgánico de la CNMC, aprobado por Real Decreto 657/2013, de 30 de agosto.

III.- FUNDAMENTOS JURÍDICOS MATERIALES

PRIMERO.- Valoración de la solicitud de la AOP en atención a la normativa sectorial en materia de portabilidad y numeración

Como menciona la AOP, es cierto que los operadores que exploten redes y/o presten servicios de comunicaciones electrónicas están obligados a garantizar la conservación la numeración de los usuarios cuando solicitan un cambio de operador, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 21 y 47 de la LGTel y 19.d) y 20.e) del 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.

En este mismo sentido, el apartado 3.3 de la Circular 1/2008 dispone que “*Los operadores que presten servicios telefónicos disponibles al público u otros servicios de comunicaciones electrónicas con numeración telefónica, deberán garantizar el derecho de sus abonados a conservar su numeración telefónica en caso de cambio de operador de acuerdo a la normativa y especificaciones técnicas vigentes sobre portabilidad numérica*”.

A tales efectos, esta Circular establece el modelo técnico, económico y organizativo que deben seguir los operadores para garantizar la conservación de la numeración, mediante un sistema centralizado. En concreto, su apartado 4.1 determina que este sistema centralizado configura la Entidad de Referencia, que actúa como agente intermedio de comunicación al objeto de facilitar los procedimientos administrativos entre operadores y mantener continuamente actualizada la base de datos de números portados.

Por tanto, todo operador debe garantizar el derecho a la conservación de la numeración, de conformidad con lo dispuesto en la normativa y en la especificación técnica de portabilidad fija y/o móvil correspondiente, que aprueba esta Comisión (artículo 43 del Reglamento de Mercados), para lo que están obligados a interactuar con los sistemas de la Entidad de Referencia.

Por último, el apartado 4.3 de la Circular 1/2008, siguiendo lo dispuesto en el artículo 45 del Reglamento de Mercados, dispone que *“Los operadores que deban utilizar las Entidades de Referencia tendrán la obligación de compartir los costes incurridos en el establecimiento, correcto funcionamiento y gestión administrativa de cada una de ellas, así como el derecho al acceso directo a las mismas”*.

Para ello, su apartado 5, dedicado a la *“Financiación de las Entidades de Referencia”*, determina que los costes de las Entidades de Referencia deben ser acordados y soportados por los operadores, y a falta de acuerdo resolverá esta Comisión. Asimismo, se indica que la forma de financiar dichos costes ha de basarse en los principios de objetividad, proporcionalidad y transparencia. A este fin, los operadores dispondrán de un sistema de control de costes sobre los criterios de imputación empleados, las vidas útiles de los equipos y sus métodos de amortización, los costes de capital y demás costes derivados de la actividad ofrecida por las Entidades de Referencia.

Sin embargo, la citada normativa no impone a los operadores prestadores de servicios de telefonía la obligación de adherirse (asociarse) o disponer de algún tipo de relación directa con las asociaciones de los operadores que se encargan de gestionar las Entidades de Referencia de portabilidad, como la AOP, a los efectos de financiar los costes de red y mantenimiento de dichas entidades. De la misma forma, la citada normativa tampoco obliga a asumir costes adicionales a los ya mencionados, como los costes que se derivan de la gestión ordinaria de dicha asociación (la AOP)⁵.

En línea con lo anterior, procede recordar que, en atención a la libertad negativa de asociación -las personas y entidades tienen tanto el derecho de asociación (artículo 22 de la Constitución española) como el derecho a no asociarse, salvo que existan limitaciones excepcionales justificadas para la consecución de otros fines de relevancia constitucional⁶-, esta Comisión no puede obligar a las empresas a asociarse de una determinada manera, que además les obligue a asumir mayores cargas que las reguladas.

Así, nada obstaría para que un operador prestador de servicios de telefonía fija y, por tanto, asignatario de numeración, optase por contribuir a los costes que genere la Entidad de Referencia de portabilidad a través de otros mecanismos distintos a los mencionados (ej. mediante mandatos de pago a través de entidades terceras). Es decir, nada impide que la necesaria contribución a los costes de la Entidad de Referencia de portabilidad fija se pueda llevar a cabo sin mantenerse una relación directa con la AOP y, por tanto, sin disponerse de los derechos y deberes derivados de la pertenencia a la misma, como los derechos de voz y voto en la adopción de acuerdos o el deber de compartir y colaborar con los fines de la asociación.

⁵ Como pueden ser los costes de alquiler del local de reuniones de la asociación.

⁶ A tales efectos ver la Sentencia del Tribunal Supremo, de 25 de septiembre de 2008 (recurso de casación núm. 4063/2001), y STC 113/1994, de 14 de abril, así como las SSTC 76/2003, 90/2004 y 110/2005

Por otra parte, cabe tener en cuenta que, conforme a lo establecido en el artículo 59.e)⁷ del Reglamento de Mercados, los operadores disponen de un plazo de 12 meses para poner en uso la numeración asignada, pudiendo cumplir a lo largo de ese plazo con lo establecido en la normativa aplicable, como es la obligación de contribuir a los costes de mantenimiento de la Entidad de Referencia, a la que debe tener acceso para gestionar las portabilidades de los clientes que hagan uso de su numeración.

En consecuencia, a la vista de lo expuesto no se estima proporcionada la solución regulatoria propuesta por la AOP, de condicionar la asignación de numeración fija a un operador al cumplimiento de un requisito previo de pertenecer a esta asociación, debiendo más bien supervisarse que las empresas contribuyan a los costes de la Entidad de referencia de la manera adecuada y garanticen el derecho a la conservación de la numeración de manera conforme a la normativa y regulación sectorial.

SEGUNDO.- Medidas adoptadas por la CNMC para evitar las situaciones descritas por la AOP

No obstante lo anterior, tal y como apunta la AOP, pueden existir operadores que tras su inscripción en los Registros de Operadores y de Numeración, una vez notificada la actividad y autorizada la asignación de la numeración que solicitan previamente a esta Comisión, no proceden a contribuir, mediante alguna de las formas descritas (directa o indirectamente), al pago de los costes asociados al mantenimiento de la Entidad de Referencia de la portabilidad fija.

Como la AOP señala en su escrito, esta asociación comunica anualmente a esta Comisión un listado de operadores que, siendo asignatarios de numeración fija, no le consta que mantengan relación alguna con la AOP y que estén contribuyendo al mantenimiento de la Entidad de Referencia.

Pues bien, con el objeto de evitar situaciones como las descritas por la AOP y paliar los efectos que produce el presunto desconocimiento de la normativa sectorial en materia de portabilidad, se informa que, desde el mes de febrero de 2018, esta Comisión ha considerado oportuno recordar con más detalle, en las resoluciones de inscripción de los operadores prestadores de servicios de telefonía fija y móvil⁸, así como en las resoluciones de asignación de numeración, las obligaciones de (i) garantizar la conservación de la numeración de sus usuarios ante sus solicitudes de cambio de operador y (ii) contribuir a los costes de red y de mantenimiento de las Entidades de Referencia de portabilidad fija y móvil, a través de los siguientes párrafos incluidos en las citadas resoluciones de inscripción y asignación, respectivamente⁹:

⁷ “Los recursos públicos de numeración deberán utilizarse por los titulares de las asignaciones de forma eficiente y con respeto a la normativa aplicable y, en todo caso, antes de que transcurran 12 meses desde su asignación”.

⁸ Incluidos también los operadores móviles virtuales completos o prestadores de servicios.

⁹ En línea con esta medida, esta Comisión ha publicado en su página web un pequeño resumen en el apartado de preguntas frecuentes relativas a la Gestión del Registro de

“Igualmente se le informa de que de acuerdo con el apartado Quinto de la Circular 1/2008, de 19 de junio, sobre la conservación de la numeración y migración de numeración telefónica, los operadores que deban utilizar la Entidad de Referencia (sistema centralizado que actúa de agente intermedio para facilitar la portabilidad y que es operado por la Asociación de Operadores para la Portabilidad Móvil, AOPM), para gestionar los procesos de portabilidad conforme a lo establecido en dicha instrucción, tienen la obligación de compartir los costes de su establecimiento, correcto funcionamiento y gestión administrativa”.

y

“Se le informa de que, en cumplimiento de su obligación de garantizar la conservación de los números de los abonados en caso de cambio de operador, en los supuestos establecidos en la LGTel y su normativa de desarrollo (artículo 20.e) del Reglamento de Servicios de comunicaciones electrónicas), los artículos 21 de la Ley 9/2014, General de Telecomunicaciones y 45 del Reglamento sobre mercados de comunicaciones electrónicas, acceso a las redes y numeración, aprobado por el Real Decreto 2296/2004, establecen que los operadores deben sufragar los costes de actualización de elementos de red y sistemas necesarios para hacer posible la portabilidad numérica.

A este respecto, de acuerdo con el apartado Quinto de la Circular 1/2008, de 19 de junio, sobre la conservación de la numeración y migración de numeración telefónica, los operadores que deban utilizar la Entidad de Referencia (sistema centralizado que actúa de agente intermedio para facilitar la portabilidad y que es operado por la Asociación de Operadores para la Portabilidad, AOP4) para gestionar los procesos de portabilidad conforme a lo establecido en dicha instrucción, tienen la obligación de compartir los costes de su establecimiento, correcto funcionamiento y gestión administrativa”.

Además, se comunica a la AOP que, a través de los datos obtenidos de los procedimientos abiertos de oficio anualmente por esta Comisión, para el control del uso eficiente de la numeración asignada a los operadores, en virtud de lo dispuesto en los artículos 59.e), 61 y 62 del Reglamento de Mercados, esta Comisión ha tramitado los correspondientes procedimientos de cancelación de la asignación de la numeración frente a aquellos operadores (algunos incluidos en los listados anuales reportados por la AOP) que no hacen un uso eficiente de la numeración o no la han puesto en servicio una vez pasado el plazo regulado de 12 meses, en virtud de lo dispuesto en el artículo 62.1.c.3º del Reglamento de Mercados¹⁰.

En concreto, a partir de la información comunicada los días 14 de marzo de 2017 y 13 de marzo de 2018, sobre los operadores que no contribuyen a los costes de red y de mantenimiento de la Entidad de Referencia de portabilidad

Operadores, sobre quiénes tienen que contribuir a los costes de gestión de las entidades de referencia de portabilidad fija o móvil, de conformidad con lo establecido en la normativa sectorial: <https://sede.cnmc.gob.es/tramites/telecomunicaciones/registro-de-operadores-de-redes-y-servicios-de-comunicaciones>

¹⁰ Por la causa imputable al interesado: “Cuando exista una utilización de los recursos públicos de numeración manifiestamente ineficientes”.

fija, el pasado 20 de marzo de 2018 esta Comisión ha iniciado veintiséis(26) procedimientos administrativos con el objeto de cancelar la numeración asignada a algunos operadores, ante los indicios de supuesto uso ineficiente de la misma, conforme establecen los citados artículos 59 y 61 del Reglamento de Mercados¹¹.

Por último, esta Comisión continuará supervisando el cumplimiento de las obligaciones impuestas a los operadores en materia de portabilidad y uso de la numeración, con el objetivo de adoptar las medidas proporcionales a tal fin.

Vistos los citados antecedentes y fundamentos jurídicos, la Sala de Supervisión Regulatoria de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, en uso de las competencias que tiene atribuidas

ACUERDA

ÚNICO.- Archivar la solicitud presentada por la Asociación de Operadores de Portabilidad Fija, de modificación de las condiciones requeridas para asignar numeración, por no considerarse proporcionada, de conformidad con lo expuesto en el Fundamento Jurídico Material Primero del presente acuerdo.

¹¹ Expedientes con nº NUM/DTSA/3069-3092/18 y NUM/DTSA/ 3096-97/18

La notificación de la apertura de estos procedimientos ha sido publicada en el Boletín Oficial del estado (BOE) de 24 de marzo de 2018 (https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-B-2018-18899).