

RESOLUCIÓN DEL PROCEDIMIENTO SANCIONADOR INCOADO A BB PHONE LEVANTE, S.L.U. POR EL PRESUNTO INCUMPLIMIENTO DE SUS OBLIGACIONES EN MATERIA DE PORTABILIDAD

SNC/DTSA/094/19/BB PHONE PORTABILIDAD

SALA DE SUPERVISIÓN REGULATORIA

Presidente

D.^a Ángel Torres Torres

Consejeros

D. Mariano Bacigalupo Saggese

D. Bernardo Lorenzo Almendros

D. Xabier Ormaetxea Garai

D. Pilar Sánchez Núñez

Secretario de la Sala

D. Joaquim Hortalà i Vallvé, Secretario del Consejo

En Madrid, a 10 de septiembre de 2020

Vista la Propuesta de resolución del instructor, junto con las alegaciones presentadas y el resto de actuaciones practicadas en el expediente sancionador de referencia, la **SALA DE SUPERVISIÓN REGULATORIA** de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) acuerda la presente resolución basada en los siguientes:

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Conflicto de portabilidad de líneas móviles entre Aire Networks y BB Phone Levante (CFT/DTSA/040/17)

Con fecha 12 de septiembre de 2017 tuvo entrada en el registro de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) un escrito del operador Aire Networks Mediterráneo, S.L.U. (Aire Networks) por el que interpuso un conflicto de portabilidad contra BB Phone Levante, S.L.U. (BB Phone)¹ debido al supuesto incumplimiento de la normativa reguladora de los procesos de cambio de operador, por haber tramitado portabilidades masivas de numeración móvil perteneciente a clientes de Aire Networks, desde el mes de abril de 2017, sin recabar presuntamente, de forma previa, su consentimiento (folios 17 a 77).

¹ BB Phone Levante, S.L.U. consta inscrita en el Registro de Operadores para la prestación de comunicaciones móviles como Operador Móvil Virtual Prestador de Servicio (OMV PS) y como OMV Completo, desde el 25 de julio de 2017 (RO/DTSA/0704/17).

Aire Networks aportó 19 grabaciones con el fin de acreditar que estos clientes no habían otorgado su consentimiento para el cambio de operador (folio 78). Ante sus sospechas de *slamming*², esa operadora solicitó en su denuncia que se declarasen nulas las portabilidades tramitadas hacia BB Phone y que los clientes pudieran volver al operador donante (Aire Networks).

En la misma fecha, Aire Networks presentó otro escrito de denuncia ante esta Comisión, por las supuestas portabilidades irregulares tramitadas por BB Phone y solicitó la incoación del correspondiente expediente sancionador con la apertura de un periodo de prueba, para verificar si todos los procesos de portabilidad denunciados contaban con el consentimiento de los clientes (folios 33 a 36).

Tras la instrucción de este expediente administrativo, el 13 de febrero de 2019 la Sala de Supervisión Regulatoria de la CNMC dictó Resolución (folios 2339.4.1 a 2339.4.35), en cuyos Resueltos Primero y Segundo, se acordó lo siguiente:

“PRIMERO.- *Estimar parcialmente la solicitud de conflicto presentada por Aire Networks Mediterráneo, S.L.U. (AIRE) contra BB Phone Levante, S.L.U. (BB PHONE), en lo relativo a permitir las eventuales retroportabilidades que expresamente sean solicitadas por los abonados -sin coste para AIRE, ni para el abonado- de las portabilidades de AIRE a BB PHONE desde el 20 de abril de 2017, puesto que se ha podido acreditar que no todos los clientes finales otorgaron su consentimiento informado para el cambio de operador con conservación de numeración.*

Para garantizar el pleno conocimiento de todos los usuarios finales de sus derechos y obligaciones conforme a los contratos de comunicaciones móviles firmados por poderes, en el plazo de un (1) mes a partir del día siguiente al de la notificación de la presente Resolución, BB Phone Levante, S.L.U. deberá comunicar expresa y fehacientemente por escrito a cada titular de las líneas móviles portadas desde AIRE hacia BB PHONE la información relativa al cambio de operador efectuado, siguiendo los requisitos y el proceso establecidos en el punto 3.4 del Fundamento Jurídico Material Tercero.

SEGUNDO.- *Dentro del plazo de dos (2) meses a contar desde el día siguiente al de la notificación de la presente Resolución, BB Phone Levante, S.L.U. deberá acreditar fehacientemente ante esta Comisión el cumplimiento de la citada obligación de comunicación a los abonados, aportando la pertinente evidencia documental justificativa del modelo de comunicación enviado a los clientes y la relación de abonados notificados. [...]”.*

Con fecha 1 de mayo de 2019, BB Phone remitió la documentación justificativa de haber dado cumplimiento a la citada Resolución (folios 2340 a 2348).

² El “*slamming*”, como señala la Sentencia del Tribunal Supremo nº 605/2009 de 02 de octubre de 2009 (Recurso de Casación núm. 1310/2005) es un término de lengua inglesa utilizado en el ámbito de las telecomunicaciones para indicar el cambio de compañía de telecomunicaciones sin la autorización del cliente, empleando técnicas fraudulentas.

SEGUNDO.- Incoación de procedimiento sancionador

A lo largo de la tramitación del procedimiento indicado en el Antecedente anterior, como se puso de manifiesto en la Resolución de 13 de febrero de 2019, se concluyó la existencia de suficientes elementos de juicio que permitían atribuir a BB Phone indicios sobre su responsabilidad en la posible tramitación de portabilidades de líneas móviles desde Aire Networks sin el consentimiento de todos los clientes, y sin respetar las características y condiciones establecidas para la conservación de los números.

Como consecuencia, el 4 de julio de 2019 la Sala de Supervisión Regulatoria de la CNMC acordó incoar un procedimiento sancionador a BB Phone (folios 1 a 10) por la presunta comisión de dos infracciones administrativas muy graves tipificadas en el artículo 76, apartados 12 y 16, de la Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones (LGTel), consistentes, respectivamente, en el posible incumplimiento de (i) la Resolución, de 7 de julio de 2011, por la que se aprobó la modificación de la especificación técnica de los procedimientos administrativos para la conservación de numeración en caso de cambio de operador en redes móviles (Especificaciones Técnicas de Portabilidad Móvil o EETTPM)³, y (ii) de las características y las condiciones establecidas para la conservación de los números (folio 8).

En dicho acuerdo se otorgó a la entidad imputada el plazo de un mes, contado a partir del día siguiente al de la fecha de su notificación, para presentar las alegaciones y los medios de prueba que estimara convenientes para la defensa de sus intereses. Asimismo, se acordó incorporar al presente expediente la documentación relevante para la instrucción del procedimiento sancionador, recabada en el marco del conflicto CFT/DTSA/040/17 (folio 6).

El acuerdo de apertura del procedimiento sancionador fue comunicado a la instructora del expediente el 5 de julio de 2019 (folio 12). En la misma fecha se notificó el acuerdo a BB Phone, según el acuse de recibo (folios 11 y 14 a 16).

TERCERO.- Requerimiento de información a BB Phone

Al amparo de lo dispuesto en los artículos 73 y 75⁴ de Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPAC), la instructora del expediente ha llevado a cabo los actos de investigación y comprobación necesarios para el examen de los hechos imputados y de las posibles responsabilidades susceptibles de sanción.

³ Expediente DT 2009/1660. Modificadas por la Resolución de 4 de mayo de 2017 (exp. PORT/DTSA/001/16).

⁴ El artículo 75 de la LPAC determina que los actos de instrucción necesarios para la determinación, conocimiento y comprobación de los datos en virtud de los cuales debe pronunciarse la resolución, se realizarán de oficio por el órgano que tramite el procedimiento.

En concreto, el 12 de julio de 2019 se requirió a BB Phone la aportación de diversa documentación e información: (i) una copia del modelo de solicitud de portabilidad que utilizaba y de los contratos minoristas de los servicios de comunicaciones electrónicas móviles que prestaba; (ii) sobre las líneas móviles que continuaban siendo de los clientes de BB Phone y de aquellas que se habían portado desde el mes de abril de 2017 hasta la fecha de contestación del requerimiento; e (iii) información sobre los ingresos recibidos por la prestación de servicios a través de la numeración móvil; y los ingresos brutos de explotación obtenidos durante los ejercicios 2017 y 2018 (folios 2349 a 2353).

Con fecha 3 de agosto de 2019, BB Phone dio contestación al requerimiento de información formulado (folios 2368 a 2458).

CUARTO.- Requerimiento de información a la AOPM y a Aire Networks

Con objeto de comprobar los datos sobre las portabilidades de numeración móvil de los usuarios finales que hubieran regresado desde BB Phone a Aire Networks después de dictarse la resolución del conflicto referido en el Antecedente Primero, el 15 de julio de 2019 se requirió a la Asociación de Operadores para la Portabilidad Móvil (AOPM) y a Aire Networks información acerca de los procesos de portabilidad en que BB Phone figuraba como operador donante, desde abril de 2017 hasta la fecha de contestación del requerimiento (folios 2354 a 2361). Mediante sendos escritos de 1 y 6 de agosto de 2019, respectivamente, la AOPM y Aire Networks aportaron la información requerida (folios 2362 a 2367 y 2459 a 2462).

QUINTO.- Otros actos de instrucción

Durante la instrucción del procedimiento se realizaron también diversas consultas a la interfaz de supervisión de la Entidad de Referencia de portabilidad, al Registro de Operadores de redes y servicios de comunicaciones electrónicas, así como, a diversos proveedores de información mercantil sobre empresas, entre los meses de septiembre, octubre y noviembre de 2019, al objeto de verificar la información sobre los procesos de portabilidad en que figuraba BB Phone como operador donante desde abril de 2017, el estado registral de BB Phone y de un excomercializador suyo (que también es OMV completo), así como, los ingresos y beneficios declarados del operador imputado (folios 2463 a 2499).

Asimismo, con fecha 9 de diciembre de 2019, la CNMC requirió a BB Phone la presentación de su declaración de ingresos brutos de explotación (DIBE) para la liquidación de la Tasa General de Operadores correspondiente al año 2017, que no había presentado el operador. En los días posteriores a la incoación del presente procedimiento sancionador BB Phone había presentado la DIBE de 2018, pero la información sobre ingresos de 2017 resultaba necesaria para

contrastar la situación financiera de la empresa. BB Phone presentó la citada DIBE 2017 el 10 de diciembre de 2019 (folios 2489 a 2493).

Con fechas 8 de octubre y 22 de noviembre de 2019 y 10 de enero y 9 de julio de 2020, la instructora incorporó al expediente administrativo las comprobaciones sobre el estado registral de BB Phone y los ingresos declarados relativos a 2014, 2015, 2017 y 2018 (folios 2484 a 2499 y 2516 a 2553).

SEXTO.- Suspensión de plazos administrativos

Por medio del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, se declaró el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, suspendiéndose los plazos de tramitación de los procedimientos de conformidad con su disposición adicional tercera⁵.

Con fecha 16 de marzo de 2020 se comunicó a BB Phone, en el marco del procedimiento de referencia y, de acuerdo con lo previsto en la mencionada disposición adicional tercera del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, la suspensión del plazo máximo para resolver el procedimiento y la suspensión del plazo de cualquier trámite o emplazamiento que, en el seno de este procedimiento, estuviera iniciado y no concluido el 14 de marzo de 2020, mientras se mantuviera la vigencia del mencionado Real Decreto o de cualquiera de sus prórrogas (folios 2500 a 2504).

SÉPTIMO.- Reanudación de plazos administrativos

El Real Decreto 537/2020, de 22 de mayo, por el que se prorroga el estado de alarma declarado por el Real Decreto 463/2020, señala en su artículo 9: *“Con efectos desde el 1 de junio de 2020, el cómputo de los plazos administrativos que hubieran sido suspendidos se reanudará, o se reiniciará, si así se hubiera previsto en una norma con rango de ley aprobada durante la vigencia del estado de alarma y sus prórrogas”*. Asimismo, la disposición derogatoria única del citado Real Decreto deroga con efectos desde el 1 de junio la disposición adicional tercera del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, que suspendió los plazos administrativos.

Mediante escrito de 27 de mayo de 2020, se comunicó al interesado en el expediente sancionador -BB Phone- la reanudación del plazo máximo para resolver el procedimiento, con efectos desde el 1 de junio de 2020 (folios 2505 a 2508).

⁵ *“Se suspenden términos y se interrumpen los plazos para la tramitación de los procedimientos de las entidades del sector público. El cómputo de los plazos se reanudará en el momento en que pierda vigencia el presente real decreto o, en su caso, las prórrogas del mismo”*.

OCTAVO.- Declaración de confidencialidad

Con fecha 17 de junio de 2020 la instructora declaró de oficio la confidencialidad de los Anexos I, II, III, IV y V aportados por BB Phone en sus alegaciones al inicio del presente procedimiento (folios 2509 a 2515).

NOVENO.- Propuesta de resolución

Tras la instrucción del correspondiente procedimiento, con fecha 20 de julio de 2020 la instructora del procedimiento dictó la propuesta de resolución (folios 2554 a 2640), en la que se proponía:

PRIMERO.- Que se declare responsable directo a BB Phone Levante, S.L.U. de la comisión de una infracción muy grave tipificada en el artículo 76.12 de la Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones, por la utilización, entre abril y noviembre de 2017, de solicitudes de portabilidad que carecían de algunos datos identificativos básicos establecidos en las Especificaciones Técnicas de Portabilidad Móvil.

SEGUNDO.- Que se imponga a BB Phone Levante, S.L., en aplicación del artículo 79.1.a) de la Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones, una sanción por importe de siete mil euros (7.000€) por la comisión de la infracción señalada en el Resuelve Primero.

TERCERO.- Que se declare responsable directo a BB Phone Levante, S.L.U. de la comisión de una infracción muy grave tipificada en el artículo 76.16 de la Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones, por el incumplimiento de las características y las condiciones establecidas para la conservación de veintiséis (26) numeraciones móviles.

CUARTO.- Que se imponga a BB Phone Levante, S.L., en aplicación del artículo 79.1.a) de la Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones, una sanción por importe de trece mil euros (13.000€) por la comisión de la infracción señalada en el Resuelve Tercero.

La propuesta de resolución fue notificada a BB Phone el día 20 de julio de 2020 (folios 2641 a 2643).

DÉCIMO. – Reconocimiento de responsabilidad y pago de la sanción

Mediante escrito presentado en el Registro de esta Comisión el día 20 de julio de 2020 (folios 2646 a 2649), BB Phone ha reconocido su responsabilidad y ha renunciado al ejercicio de cualquier acción o recurso contra la sanción de conformidad con lo previsto en el artículo 85 de la LPAC. Además, acompaña el justificante del pago (folio 2645) de la sanción reducida en un 40% (12.000 euros).

UNDÉCIMO. - Finalización de la Instrucción y elevación del expediente a la Secretaría del Consejo

Por medio de un escrito de fecha 20 de julio de 2020, la Directora de Telecomunicaciones y del Sector Audiovisual ha remitido a la Secretaría del Consejo de la CNMC la Propuesta de Resolución junto con el resto de documentos y alegaciones que conforman el expediente administrativo, debidamente numerado, en los términos previstos en el artículo 89 de la LPAC (folio 2644).

DUODÉCIMO.- Informe de la Sala de Competencia

En cumplimiento de lo establecido en el artículo 21 de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (LCNMC), y del artículo 14.2.b) del Estatuto Orgánico de la CNMC, aprobado por el Real Decreto 657/2013, de 30 de agosto (Estatuto Orgánico de la CNMC), la Sala de Competencia de la CNMC ha acordado informar el presente procedimiento (folio 2651).

HECHOS PROBADOS

De la documentación obrante en el expediente se consideran probados, a los efectos de este procedimiento, los siguientes hechos:

PRIMERO.- BB Phone tramitó varias solicitudes de portabilidad, durante los meses de abril a noviembre de 2017, sin cumplir con la totalidad de los requisitos establecidos en las Especificaciones Técnicas de Portabilidad Móvil

Este hecho probado resulta de las pruebas incorporadas, procedentes del expediente CFT/D TSA/040/17 (ver Antecedente Primero), en el que se analizaron las solicitudes de portabilidad empleadas por el imputado, y del resto de la información recabada durante la instrucción de este expediente, como se analiza a continuación.

Durante el periodo comprendido entre el 20 de abril y el 24 de noviembre de 2017, BB Phone tramitó un mínimo de **[CONFIDENCIAL PARA TERCEROS**

FIN CONFIDENCIAL] solicitudes de portabilidad de líneas móviles como operador receptor, procedentes de Aire Networks, como operador donante.

Tras examinar el contenido de 447 solicitudes de portabilidad de numeración móvil pertenecientes al anterior conjunto, aportadas por BB Phone como prueba del consentimiento de los clientes para cambiar de operador, se pudo constatar que en las mismas no constaban los datos sobre: (i) el operador donante, (ii) el operador receptor, (iii) el nombre y apellidos o razón social del usuario, (iv) el domicilio o dirección postal del usuario, y (v) en el caso de

usuarios personas jurídicas en que las solicitudes estaban firmadas, el nombre de la persona física autorizada por la empresa para contratar, tal y como establecen las Especificaciones Técnicas de Portabilidad Móvil en sus apartados 5.3.1 y 7 (folios 120 a 734).

Adicionalmente, se observó que en las solicitudes de portabilidad de BB Phone se indicaba:

“Desde el momento en que el abonado entregue la solicitud firmada de portabilidad, el cambio de operador deberá ser realizado como máximo en un plazo de los 5 días hábiles contados a partir del siguiente día hábil a la entrega, siempre que el abonado no haya solicitado voluntariamente una fecha posterior para la ejecución de la portabilidad, y siempre que su solicitud no haya sido denegada por el operador actual por cumplirse alguna de las causas admitidas en las especificaciones de la portabilidad vigentes”.

De la misma forma, durante la instrucción del procedimiento sancionador, se analizaron nuevamente los modelos de solicitud de portabilidad móvil y de contrato de prestación de comunicaciones electrónicas móviles empleados por BB Phone, así como la documentación firmada por los clientes que habían solicitado el cambio de operador, confirmándose las siguientes irregularidades:

- En la totalidad de las 447 solicitudes de portabilidad de BB Phone referidas anteriormente, con fechas desde el mes de abril al mes de octubre del año 2017, no figura el domicilio de la persona física solicitante de la portabilidad ni, en el caso de algunas personas jurídicas, el nombre del representante legal o persona autorizada para contratar en nombre de las diversas empresas para las que se solicitaba el cambio de operador con conservación de numeración móvil (folios 120 a 734).
- En 371 solicitudes de portabilidad de las que obran en el expediente no consta el nombre del abonado solicitante del cambio de operador, y en las 76 solicitudes en las que sí se hace mención del titular de la línea, en cinco casos no coincide el número de DNI insertado en el cuerpo de la solicitud con el manuscrito junto al nombre y firma (escrito de BB Phone de 15 de octubre de 2017, folios 147, 189, 190, 191 y 262 del expediente CFT/DTSA/040/17 incorporado al presente procedimiento).

En primer lugar, respecto al plazo de la portabilidad, BB Phone manifestó en sus alegaciones en sede de conflicto, en el marco del procedimiento CFT/DTSA/040/17, que todas las portabilidades las tramitaba dentro del plazo máximo de un día establecido actualmente en la normativa vigente, y que la referencia a 5 días que aparecía en los formularios para el cambio de operador se debía a que el documento de solicitud de portabilidad que había estado utilizando se encontraba desfasado, y que había procedido a incluir en las solicitudes de portabilidad los datos identificativos que faltaban (folio 2269).

En su escrito de alegaciones a la incoación del presente procedimiento sancionador, de 3 de agosto del 2019, BB Phone reconoció nuevamente que el documento de solicitud de portabilidad que había estado utilizando se encontraba desfasado y que no se ajustaba en parte a lo indicado en las Especificaciones Técnicas de Portabilidad Móvil: *“Es cierto que constan en el presente procedimiento documentos de solicitud de portabilidad (aportados por esta parte) con fechas entre abril y septiembre de 2017 y que los mismos se encuentran incompletos, esto es, falta la dirección del cliente, el nombre del operador donante y el nombre del operador receptor, además de que consta en dichos documentos que la portabilidad se realizará en el plazo de 5 días hábiles, cuando debería constar el plazo de 1 día hábil”*, y lo atribuyó a un error formal, ya que en la práctica las portabilidades se realizaron dentro del plazo de un (1) día hábil (folios 2371 a 2377).

Para comprobar el plazo en el que BB Phone efectivamente tramitaba las solicitudes de cambio de operador con conservación de numeración móvil, se han analizado las **[CONFIDENCIAL FIN CONFIDENCIAL]** portabilidades que BB Phone tramitó como operador receptor entre el 20 de abril y el 17 de noviembre de 2017. Esta información fue aportada por BB Phone a la CNMC en el marco del procedimiento CFT/DTSA/040/17, datos que fueron verificados con la AOPM y en el Nodo Central el 15 de julio de 2019, siendo el resultado el siguiente:

[INICIO CONFIDENCIAL PARA TERCEROS]

[FIN CONFIDENCIAL]

De la tabla anterior se desprende que el plazo medio transcurrido entre la fecha de registro de las solicitudes de portabilidad en el Nodo Central⁶ y la fecha de las ventanas de cambio de los procesos de portabilidad tramitados por BB Phone como operador receptor fue de dos días hábiles. A este respecto, hay que tener en cuenta que la ventana de cambio⁷ de operador tiene lugar en la madrugada *del día siguiente* al de la tramitación, siempre que el abonado no haya solicitado voluntariamente una fecha posterior para tramitar su línea, por lo que, en la práctica, el plazo efectivo de tramitación puede ser de 2 días hábiles sin incumplir la normativa vigente, dependiendo de la fecha de registro de la solicitud en el Nodo Central (mañana o tarde)⁸ y tomando en cuenta que los sábados y domingos no son días hábiles a efectos de la portabilidad.

⁶ Nodo que soporta y canaliza todos los procesos administrativos de la portabilidad y almacena toda la información de la portabilidad móvil.

⁷ 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.

⁸ Ver apartado 6.2.1.3 de las Especificaciones Técnicas de Portabilidad Móvil, sobre Secuencia de tiempos.

A partir de la información sobre las fechas de solicitud de portabilidad y de la comprobación de las fechas de las respectivas ventanas de cambio de cada proceso que se han incorporado al cuadro incluido supra, se ha podido concluir que, efectivamente, BB Phone tramitó las solicitudes de cambio de operador en un plazo máximo de un (1) día hábil, a partir del día siguiente al de la solicitud, por lo cual, el proceso de portabilidad se pudo completar en dos (2) días hábiles (fecha de ventana de cambio), es decir, conforme a los plazos regulados para este tipo de procedimientos de cambio de operador con conservación de numeración, a pesar de la indicación de 5 días como plazo de tramitación en las solicitudes de portabilidad en papel -ninguna de las solicitudes de portabilidad analizadas se tramitó en cinco días-. No obstante, esa indicación es relevante, en la medida en que se informaba incorrectamente al usuario y permitía “de facto” al operador tramitar las portabilidades en un plazo superior al legalmente establecido, en la medida en que el usuario firmaba dichas solicitudes.

En segundo lugar, para comprobar el contenido de las solicitudes de portabilidad tras la incoación del presente expediente, el 12 de julio de 2019, se requirió a BB Phone información sobre el modelo de solicitud de portabilidad que utiliza desde el mes de diciembre del año 2017, así como la aportación de, como mínimo, tres copias de solicitudes de portabilidad y de contratos minoristas móviles firmados por los usuarios (folios 2349 y 2350).

En su escrito de contestación de 3 de agosto de 2019 BB Phone aportó la documentación requerida y señaló que todos los errores identificados habían sido corregidos y que, *“desde diciembre de 2017 los documentos de solicitud de portabilidad de este operador cumplen con todos los requisitos indicados en las Especificaciones Técnicas de Portabilidad”*, incluyendo la totalidad de datos identificativos de la solicitud de portabilidad y la referencia al plazo de 1 día máximo para tramitar las solicitudes de cambio de operador con conservación de numeración (folio 2373).

Así, en las copias firmadas por los abonados del *“Contrato de Servicio de Telefonía Móvil – Solicitud de portabilidad Lemonvil⁹⁾”* aportados por BB Phone, de fechas 6 de febrero y 20 de noviembre de 2018 y 8 de enero de 2019 (folios 2391 a 2413), constan todos los datos de los que adolecían las solicitudes analizadas anteriormente, es decir, datos identificativos de los operadores donantes y receptor, nombre y domicilio del abonado solicitante de la portabilidad y se identifica la referencia al plazo de 1 día para tramitar las solicitudes de portabilidad. Por tanto, se ha constatado que, desde el mes de diciembre de 2017, las solicitudes de portabilidad fueron actualizadas con la información correcta que, con anterioridad a esa fecha, es decir, desde el mes de abril al mes de noviembre del año 2017, no constaban en las solicitudes gestionadas por BB Phone como operador receptor.

⁹ Lemonvil es la marca comercial de BB Phone Levante, S.L.U.

En consecuencia, se considera probado que, al menos entre los meses de abril y noviembre de 2017, BB Phone gestionó solicitudes de portabilidad que, a pesar de estar firmadas, no incluían los datos identificativos de los abonados y de los operadores involucrados en los respectivos procesos de portabilidad, y contenían información inexacta sobre el plazo de tramitación de las solicitudes de portabilidad. Asimismo, se considera probado que en las solicitudes gestionadas desde diciembre de 2017 se habían solventado las irregularidades anteriores.

SEGUNDO.- BB Phone, como operador receptor, tramitó, al menos, veintiséis (26) cambios de operador con conservación de numeración móvil sin que los titulares contaran con la información sobre cada portabilidad para otorgar su consentimiento informado

En el marco del conflicto de portabilidad CFT/DTSA/040/17, Aire Networks (operador donante) denunció a BB Phone (en su calidad de operador receptor) por tramitar portabilidades masivas de numeración móvil sin supuestamente contar con el consentimiento de los clientes para el cambio de operador con conservación de numeración.

En dicho expediente, la CNMC remitió un requerimiento de información a BB Phone el 7 de noviembre de 2017, solicitándole, entre otros datos, copia de los contratos suscritos con los comercializadores y con los usuarios finales. En la contestación a dicho requerimiento, de 24 de noviembre de 2017, y conforme se indica en los contratos, facturas y en el resto de documentación aportada al procedimiento CFT/DTSA/040/17 (folios 936 a 1361) se desprende que BB Phone actúa como “operador de operadores”, Operador Móvil Virtual (OMV) completo¹⁰, prestando sus servicios de comunicaciones electrónicas a operadores locales de telecomunicaciones (OMV PS), pero que, en la práctica, actúan como comercializadores de sus servicios, manteniendo éstos la relación directa con los usuarios finales y siendo los responsables de la promoción comercial y captación de clientes, gestión documental de la contratación, facturación, cobro y atención a abonados, siempre bajo su propia marca pero por cuenta de BB Phone. Este hecho, según se señaló en la Resolución del conflicto de referencia, ha podido llevar a confusión a los usuarios finales respecto de la identidad del verdadero prestador de los servicios de comunicaciones electrónicas.

Además, según alegó BB Phone y se desprende de las copias de los contratos que aportó este operador, se observa que la facturación mayorista que BB Phone gira a sus comercializadores es independiente de la facturación que “el comercializador haya acordado con sus clientes”, no estando el pago mayorista supeditado al cobro efectivo de las facturas a dichos clientes. Por tanto, según

¹⁰ Desde el 14 de julio de 2017 (expediente RO/DTSA/0704/17)

los contratos mayoristas analizados, la relación de la empresa imputada con los usuarios finales se establece y desarrolla a través de los comercializadores.

No obstante lo anterior, el nivel de servicio que se ofrece a los usuarios está basado en el que ofrece el operador de red de BB Phone a este último, y éste revende a sus comercializadores. A este respecto, BB Phone declaró, en su escrito de 21 de febrero de 2018, que, ante algunos problemas de calidad de servicio detectados por los comercializadores, por el cambio de operador host de Aire Networks en mayo de 2017 –de Orange Espagne, S.A.U. (Orange) a Telefónica Móviles España, S.A.U. (Movistar)-, los comercializadores contactaron con BB Phone para traspasar sus carteras de clientes desde Aire Networks a BB Phone de forma urgente **[CONFIDENCIAL PARA TERCEROS**

FIN CONFIDENCIAL], lo que hicieron entre abril del 2017 y enero 2018.

En este sentido, BB Phone tenía (y tiene) como operador de acceso móvil a IOS -OMV Completo de Orange-, el mismo anfitrión que, como se ha señalado, Aire Networks tenía contratado para sus servicios de acceso, pero que cambió posteriormente a Movistar. En consecuencia, mediante las portabilidades masivas de sus carteras de clientes a BB Phone, los comercializadores pudieron mantener a los usuarios en la red de acceso de IOS -Orange- sin tan siquiera cambiar las tarjetas SIM de los abonados **[CONFIDENCIAL PARA TERCEROS** ¹¹ **FIN CONFIDENCIAL]**. Esto fue posible ya que Aire Networks y BB Phone actuaron como OMV PS sobre la red del mismo operador host -OMV Completo- (IOS), que tiene la capacidad de distinguir internamente los tráficos enrutados a través de su red sin necesidad de cambiar el código IMSI¹² de las tarjetas SIM.

En cualquier caso, aunque algunos usuarios percibieran la portabilidad de sus líneas como un proceso interno (cambio de red) de su prestador de los servicios móviles, en realidad no se trataba de una migración¹³ por cambio de red del prestador del servicio, puesto que se transfirieron líneas móviles de Aire a BB Phone sin que el operador solicitante de los procesos de portabilidad mantuviera el mismo rol de donante y receptor, como ocurre en las migraciones de numeraciones de una plataforma de red a otra.

Por tanto, al tratarse de cambios de operador móvil con conservación de numeración, resulta indispensable que se contara con el consentimiento

¹¹ **[CONFIDENCIAL EXCEPTO PARA BB Phone** **FIN CONFIDENCIAL]**.

¹² IMSI (Identidad Internacional del Abonado Móvil) es un código de identificación único para cada dispositivo de telefonía móvil, integrado en la tarjeta SIM.

¹³ Las Especificaciones Técnicas se refieren a “migración” cuando el prestador de servicios de comunicaciones electrónicas cambia de operador de red (operador de red origen) y traslada sus clientes a una nueva plataforma tecnológica (a la del operador de red destino). En este supuesto, desde la perspectiva del usuario no hay cambios ni de tarjeta SIM ni de prestador de servicios -cambio del código NRN que identifica al operador- y, por tanto, no se inicia un verdadero proceso de portabilidad.

informado de los titulares de cada una de las líneas que portaron a BB Phone, como operador receptor y prestador del servicio.

Cabe destacar el rol de los comercializadores y de BB Phone en las portabilidades desde Aire Networks. Así, en las condiciones generales de contratación que rigen las relaciones de BB Phone con los usuarios finales se establece, **[INICIO CONFIDENCIAL FIN CONFIDENCIAL]**.

A pesar de la utilización del nombre y logo de los comercializadores en su relación con los usuarios finales, en todas las solicitudes de portabilidad y contratos minoristas analizados figura claramente que el prestador del servicio móvil es BB Phone. En consecuencia, no se aprecian indicios de reventa o de prestación directa del servicio móvil por parte de los comercializadores.

Sobre la presunta práctica de *slamming* que Aire Networks denunció contra BB Phone, el 12 de septiembre de 2017, la operadora denunciante aportó 19 grabaciones de llamadas a titulares de 27 numeraciones móviles¹⁴, que indicaban no tener conocimiento de que sus respectivas líneas se hubieran portado en favor de BB Phone.

En la misma fecha del mes de septiembre de 2017, Aire Networks también denunció a BB Phone ante la Agencia Española de Protección de Datos (AEPD), por haber realizado entre el 20 de abril y el 31 de mayo de 2017 **[CONFIDENCIAL FIN CONFIDENCIAL]** portabilidades móviles sin el consentimiento verbal ni escrito de los clientes, y aportó las citadas 19 grabaciones (relativas a 27 líneas) como acreditación de su denuncia.

La AEPD, mediante Resolución de 18 de abril de 2018, archivó la referida denuncia de Aire Networks, ya que consideró que BB Phone había acreditado el consentimiento de los clientes para la portabilidad de las citadas 27 líneas móviles (ver nota al pie 12), al haber presentado las copias de los contratos firmados por los usuarios y de sus NIF (folios 2280 a 2339).

Interesa señalar que, del análisis del contrato de telefonía móvil y de la solicitud de portabilidad que utilizaban BB Phone y sus comercializadores, desde abril a noviembre de 2017, se identificó la siguiente cláusula por la que los clientes autorizaban y otorgaban su consentimiento para que BB Phone solicitase y tramitase en nombre de los usuarios las portabilidades de sus números telefónicos móviles:

[CONFIDENCIAL PARA TERCEROS

FIN CONFIDENCIAL]

¹⁴ Los 19 audios se corresponden con grabaciones de Aire Networks a los titulares de las siguientes 27 líneas móviles: **[CONFIDENCIAL PARA TERCEROS FIN CONFIDENCIAL]**.

A pesar de los cambios introducidos en la solicitud de portabilidad a partir de diciembre de 2017 (ver Hecho Probado Primero), esta cláusula se ha mantenido prácticamente inalterada hasta la actualidad.

La CNMC ya se pronunció sobre la cláusula anterior –que está contenida en la letra pequeña de la solicitud de portabilidad- en el conflicto CFT/DTSA/040/17 anterior de constante referencia. De su tenor literal se desprende una autorización por parte del usuario al operador, de representación expresa para solicitar cambios de operador con conservación de numeración, que pudiera entenderse no sólo para el proceso de portabilidad específico en el marco del cual se firma el documento (es una solicitud de portabilidad), sino para todas las “pertinentes” solicitudes de portabilidad (presente y futuras) –el titular de la línea autoriza a BB Phone a que firme “las pertinentes solicitudes de portabilidad”-. Ha de destacarse que este apoderamiento se firma con carácter general como cláusula integrante de la solicitud de portabilidad. Por su parte, BB Phone no ha sostenido una interpretación diferente, aludiendo únicamente a que obtuvo el consentimiento de los clientes.

De los resultados reflejados en el Acta de 21 de diciembre de 2017 (folios 1369 a 1375) de la inspección practicada en el conflicto de portabilidad entre Aire y BB Phone (expediente CFT/DTSA/040/17) para verificar el proceso seguido para recabar el consentimiento de los clientes titulares de 99 numeraciones por parte de BB Phone para tramitar la portabilidad de sus líneas, se comprobó que el 100% de los titulares de las 27 líneas que contestaron a las preguntas realizadas en la inspección no reconocían a BB Phone como operador receptor, ni tampoco a Aire Networks como operador donante, y únicamente identificaron al comercializador como su operador móvil. Ello se debe, como se ha señalado, a que son los comercializadores los que tienen una relación directa con los usuarios finales.

Así, el 52% de los titulares que contestaron a las llamadas efectuadas durante la inspección, sobre la muestra de 99 números, manifestaron desconocer que su línea móvil se hubiera portado y el 48% de los usuarios restantes manifestó que su comercializador le informó, vía correo electrónico, carta o SMS, de que se producirían cambios en su línea y/o que debía manifestar su consentimiento a través de carta firmada, correo electrónico o SMS de confirmación, pero ninguno, se reitera, citó a BB Phone como su operador de telecomunicaciones.

En concreto, los números móviles cuyos titulares manifestaron durante la inspección no tener conocimiento de portabilidades en sus líneas fueron los doce (12) siguientes: **[CONFIDENCIAL PARA TERCEROS** ¹⁵ **FIN CONFIDENCIAL]**.

¹⁵ **[CONFIDENCIAL PARA TERCEROS**

FIN CONFIDENCIAL]

Asimismo, como consta en la referida Acta de inspección de la CNMC, durante esta actuación se comprobó que los comercializadores tramitaron volúmenes elevados de solicitudes de portabilidad concentradas en días concretos.

Por otra parte, cabe indicar que BB Phone no aportó en sede de conflicto la totalidad del 5% de las solicitudes de portabilidad firmadas por los usuarios, que le fueron requeridas el 29 de septiembre de 2017, y algunas de las aportadas presentaban discrepancias entre las firmas que figuraban en las solicitudes, los contratos y los DNI.

Todos estos aspectos determinaron que la CNMC apreciara que existían indicios de que los comercializadores habrían firmado las solicitudes de portabilidad en nombre de los clientes y de que no todos los clientes cuyas líneas móviles fueron portadas a BB Phone conservando su numeración otorgaron su consentimiento ni dispusieron de medios suficientes para informarse sobre el cambio de operador.

Por todo ello, con fecha 13 de febrero de 2019 la Sala de Supervisión Regulatoria de la CNMC resolvió que, en el marco del procedimiento CFT/D TSA/040/17, y para garantizar el pleno conocimiento de todos los usuarios finales de sus derechos y obligaciones conforme a los contratos de comunicaciones móviles firmados por poderes, que BB Phone debía comunicar expresa y fehacientemente por escrito a cada titular de las líneas móviles portadas desde Aire Networks la información relativa al cambio de operador efectuado (folios 2339.4.1 a 2339.4.35).

De conformidad con la citada Resolución, BB Phone también debía proceder a informar fehacientemente a los abonados de que disponían de un plazo de 14 días, a contar desde la recepción de la información sobre la portabilidad de sus líneas desde Aire Networks a BB Phone, para desistir del contrato con este último, sin penalización alguna, y volver al operador donante. De esta manera, ante cualquier caso de cambio de operador de manera fraudulenta (slamming) que un cliente detectara sobre su línea, le sería posible volver a su operador anterior sin penalizaciones ni trabas administrativas.

El 1 de mayo de 2019, BB Phone acreditó ante la CNMC el cumplimiento de la citada obligación que le había sido impuesta, presentando los correspondientes certificados emitidos por Lleidanetworks Serveis Telematics, S.A. -entidad certificadora-, conforme a los cuales, entre el 15 y el 30 de marzo de 2019, todos los titulares de las líneas móviles de BB Phone provenientes de Aire Networks recibieron el siguiente SMS certificado: *“Informamos que el prestador del servicio de telefonía móvil es Lemonvil. Fecha de activación del servicio [Fecha]. Informarle que tiene derecho a solicitar la baja del servicio en el plazo de 14 días sin penalización y volver al operador donante AIRE”* (folio 2348).

En el marco del presente procedimiento sancionador, el 12 de julio de 2019, la instructora requirió a la AOPM información sobre el estado de las

retroportabilidades que se hubieran producido desde BB Phone a Aire Networks, así como, de las portabilidades desde BB Phone hacia otros operadores desde el 20 de abril de 2017 hasta la fecha de contestación del requerimiento (1 de agosto de 2019), para comprobar las consecuencias producidas por la comunicación enviada por la obligación impuesta en la resolución del conflicto de referencia. En concreto, se requirió información sobre el nombre del titular de cada una de las líneas telefónicas solicitantes de portabilidad, el tiempo transcurrido entre el registro de la solicitud de portabilidad y la ventana de cambio asignada a esta, el operador en el que se encontraban las líneas con anterioridad, las incidencias y el estado actual de las portabilidades (folio 2354).

En la misma fecha se formularon sendos requerimientos de información al imputado y a Aire Networks para contrastar la relación de retroportabilidades entre estos operadores, que hubieran sido solicitadas por los titulares de las líneas desde el 20 de abril de 2017 hasta la contestación del requerimiento en el mes de agosto de 2020, así como, cualquier reclamación sobre el consentimiento para el cambio de operador de la que hubieran tenido constancia (folios 2349, 2350 y 2358).

Mediante escritos del 1, 3 y 6 de agosto de 2019, las citadas entidades contestaron a las respectivas solicitudes facilitando los datos y la acreditación documental que les había sido requerida (folios 2362 a 2367, y 2457 a 2462).

De conformidad con los datos aportados al procedimiento por la AOPM, en fecha 1 de agosto de 2019, entre el 21 de abril de 2017 y el 23 de julio de 2019 la cantidad de solicitudes de portabilidad tramitadas desde BB Phone hacia Aire Networks (retroportabilidades al operador donante, por tratarse de números que anteriormente eran clientes de Aire Networks) fue de **[CONFIDENCIAL PARA TERCEROS FIN CONFIDENCIAL]**.

Pues bien, de los informes de la AOPM y de la consulta a la Entidad de Referencia de la Portabilidad se desprende que de las 385 portabilidades de regreso a Aire Networks desde BB Phone, en el periodo 2017-2019, sólo hubo catorce (14) solicitudes de retroportabilidad entre mediados de marzo y mediados de abril de 2019, por los siguientes números: **[CONFIDENCIAL PARA TERCEROS FIN CONFIDENCIAL]**.

En sus alegaciones presentadas al acuerdo de incoación del presente procedimiento, BB Phone señaló, respecto de la acreditación de las sospechas de slamming que *“no consta ni una sola reclamación ni denuncia de ningún usuario (clientes) de que se había realizado la portabilidad de su línea sin su consentimiento expreso (...). Resultando que ni una sola línea de las que se portaron de AIRE a LEMONVIL se ha retroportado”*.

Sin embargo, como se ha señalado, se ha acreditado que hubo, al menos, catorce (14) solicitudes de retroportabilidades de BB Phone a Aire Networks

dentro de los 14 días otorgados para volver al operador anterior sin costes ni penalizaciones –no se tendrán en cuenta el resto de retroportabilidades ejecutadas fuera del periodo de dichos catorce días-.

Es más, la instrucción ha podido constatar que el titular de la línea **[CONFIDENCIAL FIN CONFIDENCIAL]** que manifestó durante la inspección practicada por la CNMC no tener información de que su línea se hubiera portado de Aire Networks a BB Phone, no conocer a los operadores donante y receptor y, por consiguiente, no haber consentido expresamente dicha portabilidad, regresó al operador original Aire Networks.

En conclusión, en el presente Hecho Probado Segundo se han comprobado las irregularidades recogidas en el Acta de inspección que obra en el expediente, en cuanto a la falta de conocimiento por parte de los titulares de doce (12) líneas móviles que manifestaron en la inspección no estar al tanto de que tales líneas fueron portadas y acerca de la identidad de su proveedor real de servicios de comunicaciones electrónicas (BB Phone y no sus respectivos comercializadores), así como que otras catorce (14) líneas móviles se retroportaron por los usuarios finales después de recibir la información de BB Phone sobre la identidad de su proveedor de servicios de comunicaciones móviles y las fechas de las portabilidades. En consecuencia, resultan acreditados los indicios de que se realizaron portabilidades sin el consentimiento expreso y previo, para cada proceso de cambio de operador.

A los anteriores Antecedentes y Hechos Probados resultan de aplicación los siguientes

FUNDAMENTOS DE DERECHO

I. FUNDAMENTOS JURÍDICOS PROCEDIMENTALES

PRIMERO.- Objeto del procedimiento sancionador

De conformidad con el acuerdo de incoación, el objeto del procedimiento consiste en determinar si BB Phone ha incumplido (i) la Resolución, de 7 de julio de 2011, por la que se aprobó la modificación de la especificación técnica de los procedimientos administrativos para la conservación de numeración en caso de cambio de operador en redes móviles (Especificaciones Técnicas de Portabilidad Móvil o EETTPM), en especial en materia de prestación del consentimiento por los usuarios; y (ii) las características y las condiciones para la conservación de los números establecidas en la LGTel (artículos 21, 47 y 70.2.f), en el 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), artículo 43, y en las precitadas Especificaciones Técnicas de Portabilidad Móvil-EETTPM.

SEGUNDO.- Habilitación competencial de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia para resolver el presente procedimiento sancionador

La competencia de la CNMC para intervenir en el presente procedimiento resulta de lo dispuesto en la normativa sectorial de telecomunicaciones.

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 (LCNMC), señala que corresponde a esta Comisión “*realizar las funciones atribuidas por la Ley 32/2003¹⁶, de 3 de noviembre, y su normativa de desarrollo*”. Por otro lado, el artículo 29 del mismo texto legal dispone que la CNMC ejercerá la potestad sancionadora en los términos previstos, entre otras, en la Ley 32/2003, General de Telecomunicaciones, actualmente Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones (LGTel).

Según lo previsto en la LGTel, la CNMC es competente para supervisar la actuación de los operadores en defensa de los derechos de los usuarios con números del plan nacional de numeración telefónica para que puedan conservar, previa solicitud, los números que les hayan sido asignados, y a cambiar de operador, previo su consentimiento (artículos 21 y 47), y para “*fijar las características y condiciones para la conservación de los números en aplicación de los aspectos técnicos y administrativos que mediante real decreto se establezcan para que ésta se lleve a cabo*” (artículo 70.2.f). En desarrollo de dichas previsiones legales, el Reglamento de Mercados establece en su artículo 43 la competencia de esta Comisión 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 caso de cambio de operador, lo que se llevó a efecto mediante la Resolución de 7 de julio de 2011 de modificación de las Especificaciones Técnicas de la Portabilidad Móvil.

Por otro lado, el artículo 76.12 de la LGTel tipifica como infracción muy grave el incumplimiento de las resoluciones dictadas por la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia en el ejercicio de sus funciones en materia de comunicaciones electrónicas; y el artículo 76.16 de la LGTel tipifica como infracción muy grave el incumplimiento de las características y las condiciones establecidas para la conservación de la numeración.

De conformidad con el artículo 84.2 del citado texto legal, la competencia sancionadora en dichas materias corresponde a la CNMC, y en concreto para conocer y resolver sobre las conductas mencionadas en los antecedentes de hecho y a los hechos probados: el incumplimiento de las Especificaciones

¹⁶ Actualmente, la Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones, que ha derogado la anterior Ley General de Telecomunicaciones.

Técnicas de Portabilidad Móvil, y el incumplimiento de las características y las condiciones establecidas para la conservación de la numeración móvil

Por último, atendiendo a lo previsto en el artículo 25.2 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector público (LRJSP), los artículos 20.2, 21.2 y 29 de la LCNMC, y los artículos 14.1 y 21 del Estatuto Orgánico de la CNMC, aprobado por el Real Decreto 657/2013, de 30 de agosto, el órgano competente para incoar y resolver el presente procedimiento sancionador es la Sala de Supervisión Regulatoria de la CNMC, mientras que el el órgano competente para instruir el presente procedimiento es la Dirección de Telecomunicaciones y del Sector Audiovisual de la CNMC, garantizándose así *“la debida separación funcional entre la fase instructora, que corresponderá al personal de la dirección correspondiente en virtud de la materia, y la resolutoria, que corresponderá al Consejo”* (artículo 29.2 de la LCNMC).

Al presente procedimiento resulta de aplicación, además de los preceptos antes señalados, lo dispuesto en la LCNMC, la LGTel, así como la LPAC, y la precitada LRJSP.

II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS MATERIALES

PRIMERO.- Tipificación de los hechos probados

Como se ha señalado en los Hechos Probados, ha quedado acreditado que BB Phone tramitó solicitudes de portabilidad móvil sin cumplir con la totalidad de los requisitos establecidos en la normativa, durante los meses de abril a noviembre de 2017, en cuanto al contenido de la información mínima a incluir en las solicitudes de portabilidad y al deber de información sobre la identidad del operador receptor para el otorgamiento del consentimiento informado para la portabilidad, a los titulares de veintiséis (26) líneas móviles.

En virtud de lo establecido en el artículo 27 de la LRJSP, que consagra el principio de tipicidad, es necesario analizar si BB Phone ha incurrido en (i) un incumplimiento de los requisitos mínimos que deben reunir las solicitudes de portabilidad conforme a las EETTPM, y (ii) en un incumplimiento de las características y condiciones establecidas para la conservación de los números, al portar a los clientes sin recabar su previo consentimiento.

1. Sobre los requisitos exigibles a incluir en las solicitudes de cambio de operador con conservación de numeración y la tipificación del Hecho Probado Primero imputado a BB Phone

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 el sometimiento a las normas que la permiten y regulan.

De conformidad con el artículo 47 de la LGTel, los usuarios finales tienen derecho al cambio de operador *“con conservación de los números del plan nacional de numeración telefónica en los supuestos en que así se contemple en el plazo máximo de un día laborable”*.

En esta esfera de actuación, las Especificaciones Técnicas de Portabilidad Móvil (EETTPM), aprobadas por Resolución de 7 de julio de 2011, en su versión modificada por la Resolución de 4 de mayo de 2017, regulan los procedimientos administrativos entre operadores necesarios para llevar a cabo la portabilidad de las numeraciones.

Según el apartado 6.2 de las EETTPM, los abonados deben iniciar el proceso de portabilidad mediante una solicitud de portabilidad al operador receptor¹⁷. Así se contempla igualmente en el apartado 6.2.1.2, según el cual *“el usuario formaliza una solicitud de alta de portabilidad con el operador receptor”*.

Todos los procedimientos administrativos definidos en las Especificaciones Técnicas de Portabilidad Móvil son de directa aplicación a los operadores móviles. Por ello, BB Phone, como prestador del servicio telefónico móvil, se encuentra sometido a dichas condiciones y sobre el mismo recae la responsabilidad de tramitar las solicitudes de portabilidad atendiendo a los requisitos de fondo y forma establecidos a tal efecto.

De conformidad con lo establecido en el apartado 7 de las EETTPM, la información que deberá constar en una solicitud de portabilidad móvil, así como, la forma de proceder para cursar dicha solicitud, será, entre otras, como mínimo, la siguiente:

1. Bloque general de la solicitud

- Código identificativo de la solicitud.
- Fecha y hora de cumplimentación de la solicitud
- Operador/prestador de servicio donante
- Operador/prestador de servicio receptor

2. Bloque de tipo de solicitud

- Momento deseado para portar (día/mes/año).
- Numeración a portar
- ICC-ID o número de serie de la SIM (en el caso de prepago)

3. Bloque de abonado (datos personales o de empresas)

¹⁷ Según el apartado 3 de las EETTPM, se entiende por operador receptor el *“el operador elegido por un abonado para la prestación del servicio telefónico móvil disponible al público en modalidad de contrato o prepago o similar, el cual garantizará al abonado la conservación de su numeración telefónica”*.

- General: Nombre y Apellidos/razón social, domicilio y dirección postal.
- Particular: NIF/NIE/pasaporte y nacionalidad, y teléfonos de contacto.
- Empresa: NIF/NIVA, teléfonos de contacto/fax/e-mail, nombre de la persona autorizada para contratar y su NIF/NIE/pasaporte y nacionalidad, notario, fecha y N° protocolo.

4. Bloque de clausulado final y firma de la solicitud

Se indicarán todas las cláusulas que se asumen al firmar la solicitud, como la voluntad de causar baja con el actual operador y conservar su numeración en el nuevo operador, aceptación de la posible interrupción o limitación del servicio durante el proceso de cambio, tratamiento de datos personales, entre otras. El abonado firmará al menos tres copias.

El operador que tramita la solicitud de portabilidad con el abonado deberá entregar la copia destinada al usuario en el momento de la firma.

Asimismo, la solicitud del abonado para la portabilidad deberá incluir claramente visible la siguiente información:

“Desde el momento en que el abonado entregue la solicitud firmada de portabilidad, el cambio de operador deberá ser tramitado en el plazo de un día hábil desde la entrega, llevándose a cabo el cambio de operador en la madrugada del día siguiente, siempre que el abonado no haya solicitado voluntariamente una fecha posterior para la ejecución de la portabilidad, y siempre que su solicitud no haya sido denegada por el operador actual por cumplirse alguna de las causas admitidas en las especificaciones de la portabilidad vigentes”.

A tales efectos, las EETTPM describen los procedimientos administrativos que deben seguir los operadores para garantizar ese derecho en el plazo de 1 día hábil (o plazo mayor si así lo solicita el abonado) y de conformidad con la normativa citada.

Así, la entrega de la solicitud de portabilidad firmada por el abonado al operador al que quiere cambiar (u otra forma que deje constancia fehaciente del consentimiento expreso y explícito del usuario, de acuerdo a lo establecido en la legislación vigente), provocará el inicio del cambio de operador y será el evento que desencadene el proceso administrativo para la gestión de la información necesaria que finalizará con la portabilidad efectiva de la numeración. De ahí la importancia de que la solicitud recoja toda la información necesaria para que se pueda iniciar correctamente el proceso de portabilidad y gestionar el tratamiento administrativo de la solicitud con las garantías de que se hace conforme a la voluntad del usuario.

Pues bien, según el Hecho Probado Primero, las solicitudes de portabilidad utilizadas por BB Phone, entre los meses de abril a noviembre de 2017, no

cumplían con los requisitos establecidos en las Especificaciones Técnicas de Portabilidad Móvil al no contener algunos de los datos establecidos para su correcta tramitación, concretamente: el operador donante, el nombre y apellidos o razón social del solicitante, el domicilio o dirección postal del solicitante, y, en el caso de las personas jurídicas, el nombre del representante legal, así como por incluir información errónea sobre el plazo regulado para su tramitación.

Este hecho constituye una infracción de las EETTPM, tratándose de un incumplimiento de las resoluciones dictadas por la CNMC en ejercicio de sus funciones en materia de comunicaciones electrónicas (en este caso, de las especificaciones técnicas de los procedimientos administrativos para la conservación de numeración móvil en caso de cambio de operador, aprobadas por la Resolución de 7 de julio de 2011, y revisadas posteriormente mediante la Resolución de 4 de mayo de 2017), conducta tipificada en el artículo 76.12 de la LGTel como infracción muy grave: “[e]l incumplimiento de las resoluciones firmes en vía administrativa o de las medidas cautelares a que se refiere el artículo 82 de esta Ley dictadas por la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia en el ejercicio de sus funciones en materia de comunicaciones electrónicas”.

En su escrito de alegaciones a la incoación del presente procedimiento sancionador, BB Phone manifestó que *“Esta parte durante la tramitación del conflicto de portabilidad reconoció que el documento de solicitud de portabilidad se encontraba desfasado y no se ajustaba en parte a lo indicado en las EETTPM de 7 de julio de 2011. Desde diciembre de 2017 los documentos de solicitud de portabilidad de este operador cumplen con todos los requisitos indicados en las mencionadas EETTPM”*.

Añade el imputado que *“desde diciembre de 2017 no existe objeto para este procedimiento y de existir nos encontraríamos dentro de un cumplimiento tardío o defectuoso y no ante un incumplimiento total (...) y de existir alguna infracción sería una infracción grave del art. 77.27 de la LGTel y no de una infracción muy grave del art. 76.12 de la LGTel”*.

De lo anterior se desprende que BB Phone reconoce la conducta infractora hasta el mes de noviembre de 2017, lo que coincide con el periodo de ocho meses, de abril a noviembre de 2017, acreditado en el Hecho Probado Primero.

Frente a la alegación de BB Phone de que no se trataría de una infracción muy grave sino de una grave (tipificada en el artículo 77.27 de la LGTel), debe destacarse que a juicio de la instrucción no se trata de un cumplimiento defectuoso de la Resolución que aprobó las EETTPM, puesto que durante ocho meses y en todos los procesos de portabilidad de BB Phone, se utilizó como solicitud de portabilidad un documento tipo que no reunía los requisitos mínimos establecidos en las EETTPM, y que sólo cambió tras la apertura del conflicto de portabilidad con Aire Networks.

Por tanto, en cuanto al contenido de las solicitudes de portabilidad, analizado en el Hecho Probado Primero, es posible concluir que concurre una infracción administrativa muy grave, tipificada en el artículo 76.12 de la LGTel, por incumplimiento de BB Phone, entre abril y noviembre de 2017, del apartado 7 de las EETTPM aprobadas por la CNMC en el ejercicio de sus funciones en materia de regulación del sector de las comunicaciones electrónicas.

2. Sobre la obligación de los operadores de informar a los abonados y de recabar el consentimiento específico e informado para cada portabilidad y la tipificación de la conducta descrita en el Hecho Probado Segundo

El derecho de los usuarios a cambiar de operador conservando su numeración se encuentra recogido en el artículo 21 de la LGTel: *“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”*.

Además, el artículo 47.1.c) de la LGTel establece que:

“(…) No se podrá transferir a los usuarios finales a otro operador en contra de su voluntad.

Los usuarios finales deberán recibir información adecuada sobre el cambio de operador, cuyo proceso es dirigido por el operador receptor, antes y durante el proceso, así como inmediatamente después de su conclusión (…)”.

Y añade el apartado d) del citado artículo que la información que los operadores deben proveer a los usuarios deberá ser *“veraz, eficaz, suficiente, transparente, comparable, sobre los servicios de comunicaciones electrónicas disponibles al público”*. De manera que, los operadores deben garantizar a los usuarios, en cada proceso de portabilidad, la información específica y detallada sobre el cambio de operador, para garantizar así la libre elección de proveedor de servicio.

Asimismo, de conformidad con los artículos 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 mediante el Real Decreto 424/2005, de 15 de abril, los operadores que explotan redes públicas de comunicaciones electrónicas y prestan el servicio telefónico disponible al público, han de cumplir la condición específica de *“Garantizar la conservación del número del abonado en los supuestos establecidos en la Ley [9/2014, de 9 de mayo], General de Telecomunicaciones, y en su normativa de desarrollo”*.

Por otra parte, en el apartado 6.2.1.2 de las EETTPM se establece que las solicitudes de portabilidad deben dejar constancia del consentimiento del usuario para el cambio de operador, precisamente, para acreditar que se

garantiza el citado derecho de los usuarios a no ser portados en contra de su voluntad.

Teniendo en cuenta lo anterior, y en virtud del principio de tipicidad, es necesario determinar si el procedimiento seguido para llevar a cabo la portabilidad de las líneas móviles analizadas, constituye un incumplimiento de las características y condiciones establecidas para la conservación de los números, lo que constituiría una infracción muy grave tipificada en el artículo 76.16 de la LGTel, por tramitar portabilidades móviles en virtud de una cláusula incluida en las solicitudes de portabilidad, por la que los usuarios le otorgan un poder para tramitar las *“pertinentes portabilidades”*, sin que los usuarios contaran con información específica sobre el concreto proceso de cambio de su línea móvil desde Aire Networks a BB Phone.

Han de formularse las oportunas reservas sobre esa cláusula genérica localizada al final del modelo de solicitud de portabilidad de BB Phone, por la que se confiere el poder a BB Phone para tramitar las *“pertinentes portabilidades”*, es decir, no sólo para la concreta solicitud de portabilidad firmada sino también para gestionar cualesquiera otras subsiguientes. Una cláusula de este tipo no permite garantizar lo previsto en el referido artículo 47 de la LGTel, que dispone que los usuarios finales deben recibir información adecuada sobre *“el cambio de operador”* (cada uno de los procesos, no sólo el primero), y ello *“antes y durante el proceso, así como inmediatamente después de su conclusión”*.

Al hilo de estas observaciones, ha de recordarse que, en la inspección practicada, el 100% de los usuarios que participaron de la misma no reconoció a los operadores involucrados en la portabilidad de sus líneas y sólo identificaron a los comercializadores y, al menos, en doce (12) casos los titulares de las líneas expresaron no haber recibido información del cambio de operador ni haberlo consentido.

Adicionalmente, como se ha determinado en el Hecho Probado Segundo, tras detectarse en sede de conflicto que no todos los usuarios finales contaban con los datos sobre la portabilidad de sus líneas y, en consecuencia, no las habían consentido, se impuso a BB Phone la obligación de informar fehacientemente a cada abonado de los detalles de las portabilidades tramitadas sobre sus líneas.

Con posterioridad a ser informados del nombre de su verdadero operador y de la fecha en que se realizó el cambio a BB Phone, se registraron catorce (14) retroportabilidades desde BB Phone hacia Aire Networks en el concreto periodo otorgado para que pudieran retroportarse a Aire Networks sin penalización ni coste alguno, lo que confirma que no todos los usuarios recibieron información específica antes y durante los respectivos procesos de cambio de operador y otorgar así su consentimiento informado, según establece el artículo 47 de la LGTel, ya que decidieron regresar a su anterior operador Aire Networks.

Conclusiones

En definitiva, sobre la posible comisión de las dos infracciones muy graves tipificadas en los artículos 76.12 y 76.16 de la LGTel por las que se acordó la incoación del presente procedimiento sancionador, se concluye que BB Phone ha incurrido en:

- (i) la infracción administrativa calificada como muy grave, tipificada en el artículo 76.12 de la LGTel, consistente en el incumplimiento de las especificaciones técnicas de los procedimientos administrativos para la conservación de numeración móvil en caso de cambio de operador, aprobadas por la Resolución, de 7 de julio de 2011, y revisadas posteriormente mediante la Resolución de 4 de mayo de 2017, debido a la utilización, entre los meses de abril y noviembre de 2017, de modelos de solicitudes de portabilidad que no cumplieran con la totalidad de los datos e información requeridos conforme establecen las Especificaciones Técnicas de Portabilidad Móvil; y
- (ii) en la infracción muy grave tipificada en el artículo 76.16 de la LGTel, consistente en el incumplimiento grave de las características y condiciones establecidas para la conservación de los números, por haber tramitado al menos veintiséis (26) portabilidades móviles sin haber informado de manera previa y expresa a los titulares de las líneas para contar con su consentimiento informado, lo que constituiría un incumplimiento de las características y condiciones establecidas para la conservación de los números en el artículo 47 de la LGTel.

SEGUNDO.- Terminación del procedimiento y reducción de la sanción

Tal y como se ha indicado en el antecedente Décimo de la presente resolución, mediante escrito de fecha 20 de julio de 2020 (folios 2646 a 2649), BB Phone ha reconocido su responsabilidad y procedido al pago de la sanción propuesta por la Sala en su acuerdo de fecha 20 de julio de 2020 con las reducciones a las que se refiere el artículo 85 de la LPAC. Como Anexo a su escrito presenta justificante de transferencia por importe de 12.000 euros a esta Comisión en concepto de pago de la sanción propuesta (folio 2645).

De conformidad con el artículo 85, apartados 1 y 3, de la LPAC, que regula la terminación de los procedimientos sancionadores, el reconocimiento de la responsabilidad permite resolver el procedimiento con la imposición de la sanción que proceda, en este caso de dos multas por la comisión de dos infracciones muy graves por importes de siete mil euros (7.000 €) la del artículo 76.12 de la LGTel, y de trece mil euros (13.000 €) la del artículo 76.16 de la LGTel, en total veinte mil euros (20.000 €), aplicando a dicha cifra la reducción del 20% sobre el importe de las multas propuestas.

Asimismo, de acuerdo con el apartado 2 del citado artículo 85 de la LPAC, dado que la sanción tiene en este caso únicamente carácter pecuniario, el pago voluntario por el presunto responsable, en cualquier momento anterior a la resolución, implicará la terminación del procedimiento. El pago voluntario conlleva la aplicación de una reducción del 20% sobre el importe total de la sanción propuesta (artículo 85, apartado 3).

Las citadas reducciones aplicables son acumulables entre sí, resultando una reducción del 40% sobre el importe propuesto de la sanción, lo que en este caso reduciría el importe a abonar a doce mil euros (12.000 €).

Ello ha sucedido en este supuesto, en que BB Phone ha reconocido su responsabilidad en los hechos probados y ha hecho efectivo el pago mediante justificante de ingreso de doce mil euros (12.000 €) realizado el 20 de julio de 2020 y aportado en su escrito de fecha 20 de julio de 2020.

Al haberse reconocido expresamente la responsabilidad en la comisión de la infracción por parte de BB Phone y haberse realizado el ingreso del importe de la sanción propuesta con la reducción acumulada del 40%, procede acordar la terminación del procedimiento, de acuerdo con el apartado 2 del artículo 85 de la LPAC. La efectividad de la reducción, en todo caso, queda condicionada al desistimiento o renuncia de cualquier acción o recurso en vía administrativa contra la sanción, según lo dispuesto en el apartado 3 del mismo artículo 85 de la LPAC. No obstante, dicha renuncia también ha sido formalizada por el operador en su escrito de 20 de julio de 2020.

Vistos los anteriores antecedentes, hechos probados y fundamentos de derecho, la Sala de Supervisión Regulatoria de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, como órgano competente para resolver el presente procedimiento sancionador,

RESUELVE

PRIMERO.- Acordar la terminación del procedimiento sancionador, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 85 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, en los términos de la propuesta de la instructora que se transcribe en el antecedente de hecho noveno, en la que se considera acreditada la responsabilidad infractora administrativa y se establecen las sanciones pecuniarias a la entidad BB PHONE LEVANTE, S.L.U.

SEGUNDO.- Aprobar las dos reducciones del 20% establecidas en el artículo 85, apartado 3, en relación con los apartados 1 y 2, de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, sobre las sanciones propuestas por la instructora, de **veinte mil**

euros (20.000 €); minorándose la sanción en un 40% hasta la cuantía de **doce mil euros (12.000 €)**, ya abonada por BB Phone Levante, S.L.U.

TERCERO.- Declarar que la efectividad de las reducciones de la suma sanciones queda condicionada en todo caso al desistimiento o renuncia de cualquier acción o recurso en vía administrativa contra la sanción.

Comuníquese esta Resolución a la Dirección de Telecomunicaciones y del Sector Audiovisual y notifíquese al interesado haciéndole saber que pone fin a la vía administrativa y podrá interponer directamente recurso contencioso-administrativo ante la Audiencia Nacional en el plazo de dos meses a partir del día siguiente al de su notificación.