

RESOLUCIÓN SOBRE LA SOLICITUD DE MEDIDAS PROVISIONALES EN EL CONFLICTO DE PORTABILIDAD PLANTEADO POR INCOTEL SERVICIOS AVANZADOS, S.L. FRENTE A ORANGE ESPAGNE, S.A.U.**CFT/DTSA/151/20****SALA DE SUPERVISIÓN REGULATORIA****Presidente**

D. Ángel Torres Torres

Consejeros

D. Mariano Bacigalupo Saggese

D. Bernardo Lorenzo Almendros

D. Xabier Ormaetxea Garai

D^a. Pilar Sánchez Núñez**Secretario**

D. Joaquim Hortalà i Vallvé

En Madrid, a 25 de febrero de 2021

Vista la solicitud de medidas provisionales formulada por Incotel Servicios Avanzados, S.L. en el procedimiento con número de referencia CFT/DTSA/151/20, la **SALA DE SUPERVISIÓN REGULATORIA** adopta resolución basada en los siguientes

I ANTECEDENTES DE HECHO**PRIMERO.- Escrito de Incotel Servicios Avanzados, S.L. de interposición de conflicto de portabilidad**

Con fecha 17 de septiembre de 2020, el operador Incotel Servicios Avanzados, S.L. (Incotel) planteó conflicto en materia de portabilidad contra Orange Espagne, S.A.U. (Orange) por prácticas dilatorias u obstaculizadoras de los procesos de portabilidad relativos a dos numeraciones geográficas: **[CONFIDENCIAL PARA TERCEROS AJENOS AL EXPEDIENTE]¹**

FIN CONFIDENCIAL]. En concreto, según Incotel, las prácticas desarrolladas por Orange consistirían en un uso desproporcionado de la expiración por no contestación (W) de las solicitudes de portabilidad.

De forma adicional, Incotel solicitó que se inicie procedimiento sancionador contra Orange por la comisión de lo que entiende que es constitutivo de una

¹ En adelante y salvo las excepciones indicadas, las confidencialidades se declaran frente a terceros ajenos al expediente.

infracción del artículo 76.12 de la Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones (LGTel).

Asimismo, en el marco del presente procedimiento, Incotel solicitó la adopción por la CNMC de una medida provisional, consistente en que se dicte resolución conminando a Orange a garantizar la portabilidad requerida en los casos denunciados.

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

Mediante sendos escritos de la Dirección de Telecomunicaciones y del Sector Audiovisual (DTSA) de la CNMC de fecha 28 de septiembre de 2020, se notificó a todos los mencionados operadores el inicio del correspondiente procedimiento para resolver el conflicto de portabilidad planteado por Incotel, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 4, 21.3 y 21.4, párrafo segundo, de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPAC).

Asimismo, en dicho escrito se requirió a las partes que aportaran determinada información necesaria para la resolución del procedimiento, al amparo de lo dispuesto en el artículo 75.1 de la LPAC, y se requirió a Orange que se pronunciara sobre la solicitud de Incotel –para valorar la solicitud de la medida provisional citada-.

TERCERO.- Escrito de contestación de Incotel al requerimiento de información

Con fecha 8 de octubre de 2020 Incotel contestó al requerimiento de información indicado en el Antecedente Segundo, aportando copias de las solicitudes de portabilidad así como informes de movimientos de portabilidad emitidos por la Entidad de Referencia “Portanet”.

CUARTO.- Solicitud de ampliación de plazo y contestación de Orange al requerimiento de información

Con fecha 19 de octubre de 2020, Orange solicitó una ampliación del plazo de contestación al requerimiento de información de 28 de septiembre de 2020. A este respecto, con fecha 20 de octubre de 2020 se le concedió un plazo adicional de 5 días hábiles.

Con fecha 29 de octubre de 2020, tuvo entrada escrito de contestación de Orange al requerimiento de información. En dicho escrito Orange informa de una serie de intentos de comunicación mediante correo electrónico con los contactos de Incotel y del Grupo Dialoga en los que señalaba que, por error en los sistemas, estuvieron devolviendo las solicitudes de portabilidad de las numeraciones de conflicto. Asimismo, en dichas comunicaciones Orange

solicitaba a Incotel que lanzara de nuevo las solicitudes de portabilidad de las numeraciones de conflicto; así como que le aportara el número de referencia de las mismas de manera que pudiera asegurar su correcta finalización.

QUINTO.- Traslado de información a Incotel y requerimiento de información

Con fecha 27 de noviembre de 2020, se dio traslado a Incotel de la información aportada por Orange y se le requirió para que confirmara si acusó recibo de los intentos de comunicación y si había solicitado de nuevo las portabilidades; confirmando su aceptación o denegación en su caso.

SEXTO.- Nueva contestación de Incotel

Con fecha 17 de diciembre de 2020, Incotel aportó escrito de contestación al requerimiento de 27 de noviembre de 2020.

II FUNDAMENTOS JURÍDICOS PROCEDIMENTALES

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

Las competencias de la CNMC para intervenir en este procedimiento resultan de lo dispuesto en la normativa sectorial de telecomunicaciones. En este sentido, el artículo 6 de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la CNMC (LCNMC) señala que este organismo “supervisar y controlará el correcto funcionamiento de los mercados de comunicaciones electrónicas”, correspondiéndole a estos efectos “resolver los conflictos en los mercados de comunicaciones electrónicas a los que se refiere el artículo 12.1.a) de la presente Ley” y “realizar las funciones atribuidas por la Ley 32/2003, de 3 de noviembre², y su normativa de desarrollo”.

Asimismo, los artículos 12.5, 15 y 70.2.d) de la LGTel atribuyen a la CNMC la función de resolver de forma vinculante los conflictos que se susciten entre operadores en materia de acceso e interconexión de redes a petición de cualquiera de las partes implicadas, o de intervenir de oficio cuando esté justificado, con objeto de fomentar y, en su caso, garantizar la adecuación del acceso, la interconexión y la interoperabilidad de los servicios, así como la consecución de los objetivos señalados en el artículo 3 del mismo texto legal, entre los que se incluye el siguiente:

“j) Defender los intereses de los usuarios, asegurando su derecho al acceso a los servicios de comunicaciones electrónicas en condiciones adecuadas de elección, precio y buena calidad, promoviendo la capacidad de los usuarios finales para

² Actualmente, la Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones.

acceder y distribuir la información o utilizar las aplicaciones y los servicios de su elección, en particular a través de un acceso abierto a Internet. En la prestación de estos servicios deben salvaguardarse los imperativos constitucionales de no discriminación, de respeto a los derechos al honor y a la intimidad, la protección a la juventud y a la infancia, la protección de los datos personales y el secreto en las comunicaciones”.

El Reglamento de mercados³ establece, en su artículo 43, la competencia de la CNMC 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 ejercicio de tales competencias, el 7 de mayo de 2015 se aprobó la Resolución sobre la modificación de la Especificación técnica de la portabilidad fija, anteriormente citada⁴, cuyo texto consolidado es el vigente durante los hechos analizados en el presente conflicto.

De esta manera, la CNMC está plenamente habilitada para supervisar la actuación de los operadores en los procedimientos de portabilidad, entre otras cuestiones, para salvaguardar la protección de un interés general, como es la defensa de los derechos de los usuarios a conservar la numeración y a cambiar de operador, previo su consentimiento, de conformidad con el artículo 21 de la LGTel.

De conformidad con los preceptos citados y en atención a lo previsto en los artículos 20.1 y 21.2 de la LCNMC, y en virtud de lo previsto en el artículo 14.1.b) del Estatuto Orgánico de la CNMC, aprobado por el Real Decreto 657/2013, de 30 de agosto, el órgano competente para conocer y resolver el presente procedimiento es la Sala de Supervisión Regulatoria de la CNMC.

SEGUNDO.- Habilitación legal para la adopción de medidas provisionales

La facultad de dictar medidas provisionales está recogida en el artículo 56 de la LPAC, norma por la cual se rige esta Comisión en el ejercicio de las funciones públicas que la LCNMC y la LGTel le atribuyen para la resolución del procedimiento de referencia.

Así, de conformidad con el artículo 56.1 de la LPAC, la CNMC puede adoptar medidas provisionales en los siguientes términos:

“Iniciado el procedimiento, el órgano administrativo competente para resolver, podrá adoptar, de oficio o a instancia de parte y de forma motivada, las medidas provisionales que estime oportunas para asegurar la eficacia de la resolución que pudiera recaer, si existiesen elementos de juicio suficientes para ello, de acuerdo con los principios de proporcionalidad, efectividad y menor onerosidad”.

³ Reglamento sobre mercados de comunicaciones electrónicas, acceso a las redes y numeración, aprobado por el Real Decreto 2296/2004, de 10 de diciembre.

⁴ Ver nota al pie 2.

Conforme a esa misma disposición, el órgano administrativo competente para dictar las mencionadas medidas cautelares es la Sala de Supervisión Regulatoria de la CNMC, en virtud de lo dispuesto en el artículo 8.2.e), en relación con el artículo 14, del Estatuto Orgánico de la CNMC.

III FUNDAMENTOS JURÍDICOS MATERIALES

PRIMERO.- Medidas provisionales solicitadas por Incotel

El objeto de la presente resolución es el análisis de la solicitud de medidas provisionales formulada por Incotel, consistentes en que se dicte resolución conminando a Orange a aceptar la portabilidad relativa a las numeraciones **[CONFIDENCIAL]**.

De conformidad con lo manifestado por Incotel, Orange estaría impidiendo de forma reiterada a los abonados del servicio telefónico fijo disponible al público a ejercer su derecho a la portabilidad, dejando expirar las solicitudes de forma deliberada, y evitando así que Incotel pase a prestar los servicios a sus nuevos clientes.

Finalmente, la empresa señala que, de no adoptarse esta medida provisional, la obligación de garantizar la portabilidad que la CNMC pueda terminar imponiendo como consecuencia del conflicto iniciado podría resultar inoperante, porque el retraso reiterado en la aceptación de la portabilidad por parte de Orange podría tener como efecto la pérdida de los clientes de Incotel y la el correspondiente perjuicio para su imagen empresarial.

SEGUNDO.- Requisitos necesarios para la adopción de medidas provisionales

De conformidad con el artículo 56.1 de la LPAC, el órgano competente para resolver el procedimiento podrá adoptar las medidas provisionales que estime oportunas cuando ello sea necesario para *“asegurar la eficacia de la resolución que pudiera recaer, si existiesen elementos de juicio suficientes para ello”*. Según el apartado 4 del mismo precepto, *“no se podrán adoptar medidas provisionales que puedan causar perjuicio de difícil o imposible reparación a los interesados o que impliquen violación de derechos amparados por las leyes”*.

La doctrina y jurisprudencia han sistematizado los presupuestos necesarios para obtener la tutela provisional. Tales requisitos son los siguientes:

- La existencia de apariencia de buen derecho (*“fumus boni iuris”*) o de elementos de juicio suficientes para adoptar la medida.

- Previsión razonable de la necesidad y urgencia de la medida (“*periculum in mora*”) para asegurar la eficacia de la resolución que pudiera recaer.
- La inexistencia de perjuicios de difícil o imposible reparación para los interesados o de efectos que impliquen violación de derechos amparados por las leyes.
- Es necesario que la medida a adoptar sea proporcional e idónea en la ponderación que hace la Administración entre el interés público que trata de satisfacer la actuación administrativa y los posibles perjuicios que se irroguen a los afectados por la misma.

Se examina a continuación la concurrencia de los requisitos anteriores, en relación con las medidas provisionales planteadas por Incotel.

TERCERO.- Valoración de la concurrencia de los requisitos en el presente expediente

Analizados los hechos expuestos por Incotel, se considera que, en el estado actual del procedimiento, no resulta apropiado atender la solicitud formulada en base a las siguientes razones:

- En relación con la apariencia de buen derecho, cabe señalar que la información aportada por Incotel (solicitante) muestra que, en efecto, se han producido numerosas expiraciones injustificadas de las solicitudes de portabilidad formuladas para las numeraciones **[CONFIDENCIAL]**. Orange ha reconocido la existencia de estas expiraciones injustificadas y, tras admitir el error, ha solicitado a Incotel que proceda de nuevo a lanzar las portabilidades para que puedan ser aceptadas a la mayor brevedad. De manera que, a raíz de la información contenida en la documentación aportada por Incotel⁵ y de las declaraciones de Orange, parece concurrir la apariencia de buen derecho en su pretensión principal en el presente expediente.
- No obstante, en relación con la urgencia, no se ha evidenciado la concurrencia de una situación de riesgo durante la tramitación del procedimiento por la que razonablemente pudiera quedar amenazada la efectividad de una futura resolución favorable a Incotel, dada la disposición expresada por Orange a garantizar la portabilidad de las numeraciones de conflicto.

⁵ Incotel aporta las solicitudes de portabilidad firmadas por los clientes (si bien en las mismas no se identifica claramente al operador donante y receptor), así como capturas de pantalla de las reclamaciones interpuestas en el SGI por las expiraciones producidas, que no recibieron respuesta por parte de Orange. Adicionalmente, Incotel aporta informes de movimientos de portabilidad de la Entidad de Referencia para cada una de las numeraciones, en los cuales se pueden apreciar las expiraciones que se habrían producido en cada uno de los intentos de portabilidad.

En su escrito de contestación al requerimiento de información, Orange informó a esta Comisión de una serie de intentos de comunicación mediante correo electrónico con los contactos de Incotel y del Grupo Dialoga en los que señalaba que, por error en los sistemas, devolvieron las solicitudes de portabilidad de las numeraciones de conflicto. Asimismo, en dichas comunicaciones Orange solicitaba a Incotel que lanzara de nuevo las solicitudes de portabilidad de las numeraciones, así como que le aportara el número de referencia de las mismas de manera que pudiera asegurar su correcta aceptación.

Esta Comisión dio traslado a Incotel de la información aportada por Orange a fin de que procediera a lanzar de nuevo las solicitudes de portabilidad de las numeraciones objeto de conflicto. No obstante, hasta la fecha, Incotel no ha confirmado que acusara recibo o contestara a las comunicaciones de Orange, ni ha comunicado a esta Comisión que haya solicitado de nuevo la portabilidad de las numeraciones. Tampoco ha aportado información que acredite la aceptación o denegación de nuevas solicitudes de portabilidad o la supuesta interrupción por parte de Orange del envío de las mismas.

- La adopción de las medidas provisionales solicitadas –conminar a Orange a que acepte las portabilidades- es por tanto innecesaria e improcedente en el momento actual. A estos efectos, es fundamental que Incotel vuelva a lanzar las solicitudes de portabilidad en el sistema, para que se puedan atender por el operador donante, algo a lo que Orange no se ha negado en ningún momento.

Por tanto, no existen en la presente fase del procedimiento elementos de juicio suficientes que permitan o aconsejen, de acuerdo con lo establecido en el artículo 56.1 de la LPAC, la adopción de la medida provisional solicitada.

En atención a lo recogido en los anteriores Antecedentes de Hecho y Fundamentos de Derecho, la Sala de Supervisión Regulatoria de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia

RESUELVE

ÚNICO.- Desestimar la solicitud de medidas provisionales formulada por Incotel Servicios Avanzados, S.L. en el seno del procedimiento de referencia.

Comuníquese esta Resolución a la Dirección de Telecomunicaciones y del Sector Audiovisual y notifíquese a los interesados, haciéndoles saber que la misma pone fin a la vía administrativa y que pueden interponer contra ella recurso contencioso-administrativo ante la Audiencia Nacional, en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente al de su notificación.