
RESOLUCIÓN DEL RECURSO DE ALZADA INTERPUESTO POR CONTACTA SERVEIS AVANÇATS, S.L. CONTRA EL ACUERDO DE LA DIRECCIÓN DE TELECOMUNICACIONES Y DEL SECTOR AUDIOVISUAL DE 3 DE FEBRERO DE 2021 SOBRE LAS SOLICITUDES DE ACUMULACIÓN DE EXPEDIENTES Y DE APERTURA DE UN PERÍODO DE PRUEBA EN EL MARCO DEL PROCEDIMIENTO SNC/DTSA/060/20

R/AJ/066/21

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

Secretaria

D.^a María Ángeles Rodríguez Paraja

En Madrid, a 16 de junio de 2021

Visto el recurso de alzada interpuesto por CONTACTA SERVEIS AVANÇATS, S.L. (CONTACTA) contra el Acuerdo de la Dirección de Telecomunicaciones y del Sector Audiovisual de 03 de febrero de 2021 sobre las solicitudes de Dialoga Servicios Interactivos, S.A. (Dialoga), Incotel Ingeniería y Consultoría, S.A. (Incotel) Operadora de Telecomunicaciones Opera, S.L. (Opera), Contacta Serveis Avançats, S.L. (Contacta), Incotel Servicios Avanzados, S.A. (Incotel SA) e Internet Global Business, S.L. (IGB) de acumulación de expedientes y apertura de un período de prueba en el marco del procedimiento SNC/DTSA/060/20, la **SALA DE SUPERVISIÓN REGULATORIA**, acuerda lo siguiente:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. – Acuerdo de incoación de procedimiento sancionador SNC/DTSA/060/20

El 15 de octubre de 2020 la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) aprobó el acuerdo de incoación del procedimiento sancionador SNC/DTSA/060/20 contra seis operadoras del Grupo Dialoga - Dialoga Servicios Interactivos, S.A. (Dialoga), Incotel Ingeniería y Consultoría,

S.A. (Incotel) Operadora de Telecomunicaciones Opera, S.L. (Opera), Contacta Serveis Avançats, S.L. (Contacta), Incotel Servicios Avanzados, S.A. (Incotel SA) e Internet Global Business, S.L. (IGB), por presuntos responsables directos de una infracción administrativa, tipificada en el artículo 76.12 de la Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones (LGTel), consistente en el incumplimiento de la Resolución, de 7 de mayo de 2015, de modificación de la especificación técnica de portabilidad fija.

El 19 de octubre de 2020 se notificó el citado Acuerdo a IGB y el 30 de octubre a las otras cinco operadoras¹.

Segundo. – Presentación de escritos de alegaciones con solicitud de acumulación de expedientes y apertura de período de prueba en el marco del procedimiento sancionador SNC/DTSA/060/20

El 19 de noviembre de 2020 las seis operadoras anteriormente citadas presentaron sus escritos de alegaciones al inicio del procedimiento SNC/DTSA/060/20, en los que se solicitó lo siguiente:

- (i) La acumulación al presente procedimiento de los expedientes de información previa IFP/DTSA/043/19² y IFT/DTSA/057/19³, en virtud de lo dispuesto en el artículo 57 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPAC), por considerar que los hechos que están siendo analizados en estos expedientes están relacionados con los procesos de portabilidad cursados por Telefónica de España, S.A.U. (Telefónica) y Colt Technology Services, S.A. que son objeto del procedimiento sancionador SNC/DTSA/060/20, y
- (ii) La apertura de un período de prueba al amparo de lo dispuesto en los artículos 77 y 78 de la LPAC, en caso de que no se acuerde el archivo del expediente, reservándose para el momento oportuno la proposición de los medios de prueba que resulten necesarios.

¹ El 19 de octubre de 2020 se puso a disposición de las seis operadoras la notificación del Acuerdo de incoación de 15 de octubre, sin embargo Opera, Dialoga, Incotel, S.A, Incotel y Contacta no accedieron al contenido de dicha notificación en el plazo de diez días naturales (rechazo tácito), por lo que se las dio por notificadas del citado Acuerdo, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 40.4 y 43.2 y 3 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

² Expediente iniciado como consecuencia de las denuncias presentadas por Dialoga, Opera e Incotel, S.A contra Telefónica de España, S.A.U. (Telefónica) por la supuesta realización de prácticas dilatorias e irregulares en materia de portabilidad fija.

³ Expediente iniciado como consecuencia de la denuncia presentada por Contacta contra las operadoras Telefónica, Colt Technology Services, S.A., Ibercom Telecom, S.A., Orange Espagne, S.A. y Vodafone España S.A.U.

Tercero – Acuerdo de la Dirección de Telecomunicaciones y del Sector Audiovisual de 03 de febrero de 2021

Con fecha 03 de febrero de 2021 la Dirección de Telecomunicaciones y del Sector Audiovisual acordó lo siguiente (véase Fundamento Cuarto de la resolución):

A la vista de lo expuesto en el punto anterior, mediante el presente escrito se comunica el acuerdo por el que se estima procedente aceptar parcialmente la primera solicitud realizada por las seis operadoras, sobre incorporar la información que consta en el citado expediente IFP/DTSA/043/19 relativa a las numeraciones telefónicas cuyos procesos de portabilidad están siendo analizados en este procedimiento sancionador.

Asimismo, se comunica en este escrito el acuerdo denegatorio de la segunda solicitud presentada en sus escritos de 18 de noviembre de 2020, acerca de la apertura de un periodo de prueba.

No obstante, se indica que, si los medios de prueba que tienen pensado proponer estas operadoras consisten en la aportación de documentación complementaria, tiene el derecho de aducir alegaciones y aportar documentos u otros elementos de juicio que consideren oportunos, en cualquier momento del procedimiento anterior al trámite de audiencia, que serán tenidos en cuenta al redactar la correspondiente propuesta de resolución, siguiendo lo dispuesto en el artículo 76 de la LPAC, sin la necesidad de solicitar la apertura de un periodo de prueba.

Cuarto. - Recurso de alzada de CONTACTA

Con fecha 11 de marzo de 2021 tuvo entrada en el Registro de esta Comisión un escrito de CONTACTA por el que interpone un recurso de alzada contra el mencionado acuerdo del día 03 de octubre de 2021.

En su recurso, CONTACTA alega, fundamentalmente, que esta Comisión ha admitido la acumulación de expedientes en otros supuestos análogos al solicitado y que en el mismo procedimiento sancionador SNC/DTSA/060/20 se ha acordado acumular una serie de expedientes de naturaleza similar.

Añade la entidad recurrente que el hecho de que la numeración objeto de los expedientes no sea coincidente, no es óbice para denegar la acumulación, puesto que el expediente cuya acumulación pide CONTACTA guarda identidad sustancial e íntima conexión con el objeto y finalidad del procedimiento SNC/DTSA/060/20.

Finalmente, CONTACTA denuncia la asimetría que supone acordar la acumulación de los expedientes de conflicto en los que figura como empresa denunciada y, en cambio, no estimar dicha acumulación cuando CONTACTA aparece como entidad denunciante. Ello resultaría contrario al principio de objetividad que debe regir toda actuación administrativa, de acuerdo con el

artículo 3.1.c) de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (LRJSP).

Quinto. - Trámite de audiencia del artículo 118 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas

De acuerdo con lo previsto en el artículo 118 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPAC), en fecha 22 de abril de 2021 se dio traslado del mencionado recurso al resto de interesados en el objeto del mismo otorgándoles un plazo de diez días para formular las alegaciones que estimasen pertinentes. Concretamente, se dio audiencia a OPERA, DIALOGA, INCOTEL INGENIERÍA Y CONSULTORÍA, INCOTEL SERVICIOS AVANZADOS y a INTERNET GLOBAL BUSINESS habiendo recibido la notificación los mencionados cinco operadores el mismo día 03 de mayo de 2021.

Habiendo transcurrido los diez días hábiles establecidos por del artículo 118 LPAC para poder presentar alegaciones, ninguno de los operadores notificados ha presentado alegaciones al recurso.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO. - Calificación

De conformidad con los artículos 112 y 121 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPAC), contra las resoluciones y los actos de trámite cualificados que no pongan fin a la vía administrativa podrá interponerse por los interesados recurso de alzada, que cabrá fundar en cualquiera de los motivos de nulidad o anulabilidad previstos en los artículos 47 y 48 de dicha Ley.

Por su parte, el artículo 36 de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la CNMC, establece que los actos y decisiones de los órganos de la Comisión distintos del Presidente y del Consejo podrán ser objeto de recurso administrativo.

La entidad recurrente califica expresamente su escrito como recurso de alzada. Por su parte, el acto recurrido no pone fin a la vía administrativa. Por ello procede calificar el escrito presentado como recurso de alzada, a tenor de lo establecido en el artículo 121 de la LPAC.

SEGUNDO. - Legitimación de la entidad recurrente

El artículo 112 de la LPAC requiere al recurrente la condición de interesado para estar legitimado para la interposición de los recursos de alzada y potestativo de reposición.

A su vez, el artículo 4 de la misma Ley prevé que se consideran interesados en el procedimiento administrativo quienes lo promuevan como titulares de derechos o intereses legítimos individuales o colectivos y los que, sin haber iniciado el procedimiento, tengan derechos que puedan resultar afectados por la decisión que en el mismo se adopte.

En este caso, CONTACTA es entidad interesada en el procedimiento SNC/D TSA/060/20 origen del recurso y cuya petición de acumulación ha sido desestimada por la Dirección de Telecomunicaciones y del Sector Audiovisual mediante el acuerdo recurrido de 03 de febrero de 2021.

TERCERO. - Admisión a trámite

El recurso ha sido interpuesto cumpliendo con los requisitos de forma establecidos en el artículo 115 de la LPAC. Asimismo, se ha presentado dentro del plazo de un mes desde la notificación del acto recurrido al que se refiere el artículo 122.1 de la LPAC. Efectivamente, el acto recurrido es de fecha 3 de febrero de 2020, fue puesto a conocimiento de Contacta el 4 de febrero de 2021 y tuvo acceso a este el día 12 de febrero de 2021, habiéndose interpuesto el recurso el 11 de marzo de 2021.

CUARTO. - Competencia y plazo para resolver

A tenor de lo establecido en el artículo 121.1 de la LPAC, la competencia para resolver los recursos de alzada corresponde al órgano superior jerárquico del que dictó el acto impugnado.

El acto recurrido fue dictado por la Dirección de Telecomunicaciones y del Sector Audiovisual de la CNMC, por lo que, de conformidad con los artículos 20.1, 21.2 y 36.1 de la Ley 3/2013 de creación de la CNMC (LCNMC) y 8.2.d) y 14.1.b) de su Estatuto Orgánico, aprobado mediante Real Decreto 657/2013, de 30 de agosto, corresponde a la Sala de Supervisión Regulatoria de la CNMC la resolución del presente procedimiento.

Por su parte, el artículo 122.2 de la LPAC dispone que el plazo máximo para dictar y notificar la resolución será de tres meses contados desde el día siguiente a su interposición, siempre teniendo en cuenta las posibles suspensiones que afecten al transcurso del plazo máximo. En defecto de notificación en plazo de la resolución expresa, el silencio administrativo tendrá efecto desestimatorio, sin perjuicio del deber de la Administración de resolver con posterioridad

confirmando o no el sentido del silencio, según establece el artículo 24.1 de la citada LPAC.

QUINTO. - Análisis del recurso

5.1.- Expediente cuya incorporación al procedimiento SNC/DTSA/060/20 solicita la entidad recurrente

El operador recurrente propone incorporar al procedimiento SNC/DTSA/060/20 el expediente IFP/DTSA/057/19, que actualmente se encuentra en tramitación, relativo a la denuncia interpuesta por CONTACTA contra COLT por iniciar un procedimiento de portabilidad de un número geográfico que supuestamente no ha sido proporcionado a ninguno de sus clientes finales con la finalidad de obtener recursos públicos de numeración de manera irregular.

No obstante, debe señalarse que el número geográfico del expediente IFP/DTSA/057/19 no está siendo objeto de análisis en el procedimiento sancionador SNC/DTSA/060/20, ya que no fue denunciado por COLT en el expediente CFT/DTSA/155/20, incorporado al SNC/DTSA/060. En cambio, sí medió denuncia de COLT contra CONTACTA y las otras cinco empresas del GRUPO DIALOGA con relación a la numeración de dos clientes empresariales por sucesivos rechazos de las solicitudes de portabilidad en calidad de operadores donantes.

En efecto, la conducta que se está analizando en el procedimiento sancionador SNC/DTSA/060/20 es la de CONTACTA como operador donante, no la de COLT como operador receptor respecto a dicha numeración geográfica. Previamente, en el expediente IFP/DTSA/057/19 se ha analizado si la conducta ha supuesto una posible infracción, archivándose dicha denuncia mediante acuerdo de 13 de mayo de 2021.

5.2.- Otros expedientes incorporados al SNC/DTSA/060/20

A diferencia de la solicitud de incorporación del expediente IFP/DTSA/057/19 efectuada por la recurrente, esta Comisión estimó aceptar la incorporación parcial del expediente IFP/DTSA/043/19 (en ejecución también) porque se detectó que unas 21 numeraciones denunciadas por DIALOGA, OPERA e INCOTEL contra TELEFÓNICA, supuestamente por enviar solicitudes de portabilidad de numeración no atribuida a ningún usuario, se encontraban en el listado de numeraciones que Telefónica denunció contra las seis empresas del GRUPO DIALOGA que motivó la apertura de la IFP/DTSA/034/19, incorporada en el SNC/DTSA/060/20, por sucesivos rechazos de las solicitud de portabilidad en calidad de operadores donantes.

En el expediente IFP/DTSA/043/19 consta información aportada tanto por las tres operadoras del GRUPO DIALOGA (DIALOGA, OPERA e INCOTEL) como por TELEFÓNICA sobre las solicitudes de portabilidad de los clientes de esas 21

numeraciones. Esta información resulta de interés para la determinación de los hechos que están siendo analizados en el SNC/DTSA/060/20: la presunta denegación sucesiva de las solicitudes de portabilidad sin causa justificativa como operadores donantes.

5.3.- Requisitos necesarios para acordar la acumulación de expedientes

El artículo 57 de la LPAC, que regula la acumulación de expedientes, prevé que:

*El órgano administrativo que inicie o tramite un procedimiento, cualquiera que haya sido la forma de su iniciación, podrá disponer, de oficio o a instancia de parte, su acumulación a otros **con los que guarde identidad sustancial o íntima conexión**, siempre que sea el mismo órgano quien deba tramitar y resolver el procedimiento. Contra el acuerdo de acumulación no procederá recurso alguno.*

A la vista de lo ya señalado en los apartados anteriores, y al margen de que, en realidad, el expediente IFP/DTSA/057/19 no corresponde a un procedimiento como tal, sino a unas actuaciones previas, entre los hechos que se están analizando en el SNC/DTSA/060/20 y los que se están dilucidando en el IFP/DTSA/057/19 no concurre el criterio de identidad sustancial e íntima conexión que alega CONTACTA. Esta identidad sí se da, en cambio, con parte de los hechos incorporados del expediente IFP/DTSA/043/19, lo que ha justificado el acuerdo, no de acumulación, sino, en puridad, de incorporación de información contenida en el mismo.

Finalmente, el resto de expedientes que se han incorporado tanto en el procedimiento de información previa como en el procedimiento sancionador en relación con CONTACTA, esto es, los expedientes CFT/DTSA/155/20 y CFT/DTSA/075/20, lo han sido porque así lo ha acordado esta Sala en sus distintas resoluciones, debido a que la supuesta conducta infractora realizada por CONTACTA como operador donante era similar a la detectada en la IFP/DTSA/034/19, por la que se acordó la apertura del actual SNC/DTSA/060/20. Por ello, en ese caso, también existía identidad sustancial e íntima relación con los hechos objeto del procedimiento sancionador.

5.4.- Sobre la denegación de la apertura de un período de prueba

En el artículo 77.2 de la LPAC se prevé la apertura de un período de prueba únicamente en los siguientes casos:

Cuando la Administración no tenga por ciertos los hechos alegados por los interesados o la naturaleza del procedimiento lo exija, el instructor del mismo acordará la apertura de un período de prueba por un plazo no superior a treinta días ni inferior a diez, a fin de que puedan practicarse cuantas juzgue pertinentes. Asimismo, cuando lo considere necesario, el instructor, a petición de los interesados, podrá decidir la apertura de un período extraordinario de prueba por un plazo no superior a diez días

Por un lado, en el acuerdo recurrido ya se indicó a CONTACTA que no había propuesto en su escrito ningún medio de prueba, que pudiera valorarse durante la instrucción de este expediente, de acuerdo con los criterios establecidos en la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, por lo que a la instructora no le era posible considerar acreditada la concurrencia de alguno de los dos supuestos necesarios para acordar la apertura del período de prueba.

Por otro lado, y como también se indica en el propio acuerdo impugnado, el artículo 76 de la LPAC prevé expresamente que:

*Los interesados podrán, en cualquier momento del procedimiento anterior al trámite de audiencia, **aducir alegaciones y aportar documentos** u otros elementos de juicio. Unos y otros serán tenidos en cuenta por el órgano competente al redactar la correspondiente propuesta de resolución.*

En este caso concreto, CONTACTA solo ha propuesto incorporar la documentación obrante en otros expedientes tramitados por esta Comisión, en los que CONTACTA es parte interesada, consistiendo, por tanto, en prueba documental sobre la que se pronunció el acuerdo de 3 de febrero de 2021, que es objeto de su recurso y de esta Resolución

No obstante, se señala que, en virtud de lo dispuesto en el citado artículo 76 de la LPAC, el interesado siempre puede señalar y aportar al procedimiento sancionador otras pruebas documentales si lo considerara necesario y pertinente, para lo que no resultaría necesaria la apertura de un periodo de prueba.

Por todo cuanto antecede, la Sala de Supervisión Regulatoria de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia

RESUELVE

ÚNICO. – DESESTIMAR íntegramente el recurso de alzada interpuesto por CONTACTA SERVEIS AVANÇATS, S.L. contra el Acuerdo de la Dirección de Telecomunicaciones y del Sector Audiovisual de 03 de febrero de 2021 sobre las solicitudes de Dialoga Servicios Interactivos, S.A., Incotel Ingeniería y Consultoría, S.A., Operadora de Telecomunicaciones Opera, S.L., Contacta Serveis Avançats, S.L., Incotel Servicios Avanzados, S.A. e Internet Global Business, S.L. de acumulación de expedientes y apertura de un período de prueba en el marco del procedimiento SNC/D TSA/060/20.

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.