

ACUERDO POR EL QUE SE ARCHIVA LA DENUNCIA PRESENTADA CONTRA TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A., POR DENEGACIONES INDEBIDAS DE PROCESOS DE PORTABILIDAD

(IFP/DTSA/029/21)

CONSEJO. SALA DE SUPERVISIÓN REGULATORIA

Presidente

D. Ángel Torres Torres

Consejeros

D. Bernardo Lorenzo Almendros

D^a Pilar Sánchez Núñez

Secretario

D. Miguel Bordiu García-Ovies

En Madrid, a 9 de junio de 2022

De acuerdo con la función establecida en los artículos 6.5 y 29 de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la CNMC, la Sala de la Supervisión Regulatoria acuerda:

I. ANTECEDENTES

Primero. Denuncia de Incotel

El 15 de septiembre de 2021, Incotel Servicios Avanzados, S.L. (Incotel) denunció a Telefónica de España, S.A., sociedad unipersonal (Telefónica), ante la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) por dilatar u obstaculizar procesos de portabilidad entre junio y septiembre de 2021.

En virtud de ello, Incotel solicitó a la CNMC (i) la incoación de un procedimiento administrativo sancionador contra dicho operador y (ii) una indemnización en concepto de daños y perjuicios.

Segundo. Requerimiento de Información a la Asociación de Operadores para la Portabilidad (AOP) y contestación

El 5 de octubre de 2021, la Dirección de Telecomunicaciones y del Sector Audiovisual (DTSA) de la CNMC requirió a la Asociación de Operadores para la Portabilidad (AOP) que aportara información necesaria para el conocimiento, comprobación y determinación de los hechos denunciados, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 73 y 75 de la LPAC¹.

La AOP contestó el 15 de octubre de 2021 a dicho requerimiento de información.

Tercero. Requerimiento de información a Telefónica y contestación

El 20 de octubre de 2021, la DTSA requirió a Telefónica información sobre los hechos denunciados, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 73 y 75 de la LPAC.

Telefónica contestó al requerimiento de información el 10 de noviembre de 2021.

Cuarto. Nueva denuncia

El 8 de noviembre de 2021, Incotel denunció a Telefónica por nuevas dilataciones u obstaculizaciones de portabilidades en 2021.

¹ Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas <https://www.boe.es/eli/es/l/2015/10/01/39>.

Quinto. Requerimiento de información a la AOP y contestación

El 31 de marzo de 2022, la DTSA requirió información a la AOP sobre los nuevos hechos denunciados.

La AOP contestó el 7 de abril de 2022 a dicho requerimiento de información.

Sexto. Declaración de confidencialidad

El 30 de mayo de 2022, la DTSA declaró la confidencialidad de determinada información aportada por Incotel, la AOP y Telefónica en el seno del expediente.

A los anteriores Antecedentes de hecho les son de aplicación los siguientes

II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS PROCEDIMENTALES

Único. Habilitación competencial de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia

Las competencias de la CNMC para intervenir resultan de lo dispuesto en la normativa sectorial. Tal y como señala el artículo 6.5 de la LCNMC², corresponde a la CNMC *“realizar las funciones atribuidas por la [Ley General de Telecomunicaciones], y su normativa de desarrollo”*.

En el ejercicio de sus funciones en el ámbito de la portabilidad numérica, esta Comisión está habilitada para supervisar la actuación de los operadores con el objetivo de salvaguardar los derechos de los usuarios a cambiar de operador conservando su numeración, previo su consentimiento informado, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 3.j), 21 y 47 de la LGTel³.

En concreto, el artículo 70.2.f) de la LGTel establece que compete a la CNMC *“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”*.

² Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia <https://www.boe.es/eli/es/l/2013/06/04/3/con>

³ Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones <https://www.boe.es/eli/es/l/2014/05/09/9/con>

Asimismo, el Reglamento de Mercados⁴ 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 ejercicio de tales competencias, la CNMC aprobó la Especificación Técnica de Portabilidad Fija (ETPF), que todos los operadores con recursos de numeración geográfica o de tarifas especiales deben cumplir en sus procesos de portabilidad. Las Resoluciones de 28 de noviembre de 2019 (PORT/DTSA/002/16) y 19 de noviembre de 2020 (PORT/DTSA/002/20) adoptaron la última modificación de la ETPF, en vigor desde el 30 de noviembre de 2020.

Asimismo, los artículos 6.5 y 29 de la LCNMC y el artículo 84 de la LGTel atribuyen a esta Comisión “*el ejercicio de la potestad sancionadora en los términos previstos por esta ley [LGTel]*”. De esta manera y conforme a lo dispuesto en el citado artículo 84.2 de la LGTel, corresponderá:

“A la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, en el ámbito material de su actuación, cuando se trate de infracciones muy graves tipificadas en los apartados 12, 15 y 16 del artículo 76, infracciones graves tipificadas en los apartados 11, 27, 28, 35 y 36 del artículo 77 e infracciones leves tipificadas en el apartado 4 del artículo 78”.

En aplicación de los preceptos citados, la CNMC tiene competencia para conocer y resolver sobre la denuncia presentada contra Telefónica, por el posible incumplimiento de la ETPF -artículos 76.12 y 77.27 de la LGTel-. En este sentido, procede calificar los escritos presentados como denuncias, al amparo del artículo 62, apartados 1 y 2, de la LPAC.

Atendiendo a lo previsto en los artículos 20.2, 21.2 y 29 de la LCNMC, en el artículo 63 de la LPAC y en los artículos 14.1 y 21 del Estatuto Orgánico de la CNMC⁵, el órgano competente para conocer los hechos denunciados y acordar la incoación o no de los correspondientes procedimientos administrativos sancionadores es la Sala de Supervisión Regulatoria de la CNMC.

⁴ Reglamento sobre mercados de comunicaciones electrónicas, acceso a las redes y numeración, aprobado por el Real Decreto 2296/2004, de 10 de diciembre <https://www.boe.es/eli/es/rd/2004/12/10/2296>.

⁵ Real Decreto 657/2013, de 30 de agosto por el que se aprueba el Estatuto Orgánico de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia <https://www.boe.es/eli/es/rd/2013/08/30/657>

III. FUNDAMENTOS JURÍDICOS MATERIALES

Primero. Sobre la regulación aplicable a la conservación de los números telefónicos de los abonados

El artículo 47.1.c) de la LGTel configura el derecho a la conservación de la numeración como un derecho esencial de los abonados del servicio telefónico disponible al público.

Por su parte, el artículo 8.1 de la LGTel establece que la explotación de redes y la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas se sujetarán a las condiciones previstas en esta Ley y su normativa de desarrollo, entre las cuales se incluye la condición de garantizar la conservación (portabilidad) de la numeración de sus usuarios en los supuestos establecidos en la normativa (véanse los artículos 3.j), 21.1 de la LGTel, 19.d) y 20.e) del Reglamento de Prestación de Servicios de comunicaciones electrónicas⁶).

Concretamente, el citado artículo 21.1 de la LGTel dispone que:

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

Este derecho existe siempre que se tramite el alta en el mismo servicio de telecomunicaciones de otro operador (artículo 44.2 del Reglamento de Mercados). En el ejercicio del derecho a la conservación de la numeración, es responsabilidad del operador receptor dirigir el proceso y del operador donante garantizar el ejercicio de este derecho mediante el sostenimiento de los sistemas que así lo permitan.

La ETPF regula de forma taxativa, en su apartado 5.1.5 titulado “*Causas de Denegación de la Solicitud de Cambio*”, las causas de denegación de las

⁶ Reglamento sobre las condiciones para la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas, el servicio universal y la protección de los usuarios, aprobado por el Real Decreto 424/2005, de 15 de abril.

solicitudes de portabilidad que los operadores donantes pueden utilizar (siempre que dichas causas concurren), con el objeto de dotar de garantías y seguridad jurídica a los procesos de portabilidad iniciados por los usuarios ante un cambio de operador. Asimismo, la ETPF regula el procedimiento que se puede seguir en caso de incidencias entre los operadores en los procesos de portabilidad⁷ y los mecanismos de que dispone el operador donante para comprobar las solicitudes si tiene dudas sobre el consentimiento del usuario final -ver infra-.

Segundo. Valoración de las actuaciones practicadas

Según la denuncia, Telefónica habría dilatado u obstaculizado los procesos de portabilidad de cincuenta (50) números lanzados por Incotel en 2021.

Incotel no ha aportado ningún tipo de información o documentación que justifiquen las prácticas denunciadas. Como ha manifestado la Sala de Supervisión Regulatoria de la CNMC en ocasiones anteriores⁸, los denunciantes han de fundamentar suficientemente las denuncias, siendo ello relevante para (i) contrastarlas adecuadamente, (ii) que el operador denunciado pueda justificar o no con más detalle su comportamiento (en este caso, el tratamiento de las solicitudes de portabilidad) y (iii) para que esta Comisión pueda disponer de toda la información necesaria para alcanzar sus conclusiones.

De acuerdo con la documentación obrante en el expediente, los cincuenta (50) números denunciados se corresponden con catorce (14) clientes empresariales. Todos los números (excepto dos) se han portado finalmente a favor de Incotel.

El análisis de las portabilidades denunciadas, a partir de la información facilitada por la AOP y Telefónica, pone de manifiesto la existencia de incidencias en la tramitación y gestión de las portabilidades que no pueden ser atribuidas a Telefónica.

Analizados los hechos, se ha comprobado que los titulares de la numeración, clientes empresariales, eran usuarios de varios números asociados a un mismo acceso; sin embargo, Incotel tramitó las solicitudes de portabilidad en la Entidad de Referencia (ER) como tipo “*acceso individual*”, por lo que Telefónica denegó las portabilidades por “*tipo de acceso incorrecto*”. En cuanto Incotel definió

⁷ Apartado 8 del ETPF denominado “*Proceso de Gestión de Incidencias*”.

⁸ Entre otros, Acuerdo de 20 de enero de 2022 por el que se pone fin a la IFP/DTSA/058/19.

adecuadamente los accesos asociados a las numeraciones en sus solicitudes de portabilidad en la ER, Telefónica aceptó la portabilidad.

Mención especial merecen las portabilidades del cliente **[CONFIDENCIAL TERCEROS ...]**, con treinta y cinco (35) números. Se trata de un caso de solicitud de acceso múltiple para portar toda la numeración del cliente y dar de baja completamente el servicio telefónico y facilidades asociadas con el operador donante⁹.

La ETPF solo regula los procesos administrativos entre operadores para la portabilidad, permitiéndose la portabilidad de numeraciones de tipo múltiple -es decir, numeraciones geográficas del mismo cliente empresarial que están configuradas de forma diversa sobre diferentes tipos de acceso físicos-.

No se dispone de información sobre la configuración física del acceso/s de estas numeraciones, pero cabe recordar que los operadores tienen libertad para configurar los servicios en función de las tecnologías disponibles en su red. A este respecto, la ETPF no interviene en la configuración física y lógica de los servicios prestados sobre las numeraciones de tipo múltiple. Por ello, se recomienda siempre que las portabilidades de ciertos clientes empresariales se realicen de forma coordinada entre el operador receptor, el operador donante y el cliente, especialmente en aquellos casos en los que es necesario realizar reconfiguraciones de servicios asociados a los servicios de voz.

Incotel solicitó la portabilidad de estos 35 números como “*acceso individual*”, siendo denegada de manera correcta por “*tipo de acceso incorrecto*”, a priori, porque el abonado final tenía numeración múltiple sobre un mismo acceso (tipo de acceso 03).

Incotel solicitó de nuevo, al día siguiente hábil (21 de junio de 2021), la portabilidad de los treinta y cinco (35) números utilizando el tipo de acceso múltiple (03). Sin embargo, Telefónica aceptó la portabilidad de veintitrés (23) números, con fecha de ventana de cambio el 24 de junio de 2021.

En cambio, las solicitudes de portabilidad de acceso múltiple de los doce (12) números restantes fueron denegadas por Telefónica por “*proceso mayorista en curso*”. Esta causa de denegación ha sido acordada por los operadores de la AOP para proteger a los clientes finales y evitar las inconsistencias derivadas de la aceptación, por el operador donante, de la solicitud de portabilidad de

⁹ Incotel y Telefónica no han apuntado situaciones distintas.

numeración para la que existe un “*proceso mayorista independiente en vuelo*” (en tramitación). Esta misma causa también es aplicable cuando el acceso está implicado en otra “*solicitud de portabilidad en vuelo*” (en tramitación) -ya sea portabilidad total o completa-. Y así está recogido en la ETPF¹⁰.

Según Telefónica, estos doce (12) números pertenecían a un mismo acceso físico sobre el que ya existía un proceso de “*portabilidad parcial en vuelo*” (en tramitación). Telefónica aceptó la portabilidad de estos números al cabo de unos pocos días, el día 1 de julio de 2021, plazo que *a priori* se estima razonable para la reconfiguración del acceso y sus servicios, teniendo en cuenta la ausencia de coordinación aparente entre Incotel y Telefónica para cursar la portabilidad del cliente.

Por otra parte, Telefónica ha reconocido que la denegación del número del cliente **[CONFIDENCIAL TERCEROS]** por “*otras causas acordadas entre los operadores*” se debió a un problema técnico puntual. Se ha comprobado que el número se portó a Incotel en el siguiente proceso de portabilidad lanzado al día siguiente hábil.

Telefónica también ha justificado las denegaciones por “*otras causas acordadas entre los operadores*” de las portabilidades del cliente **[CONFIDENCIAL TERCEROS]**. Según Telefónica, dos clientes empresariales con CIF distinto, pero del mismo grupo empresarial comparten un mismo acceso, por ello, indicó a Incotel, en contestación a la incidencia abierta en la ER, que confirmara con el cliente la portabilidad del número para evitar posibles problemas que afectaran al servicio del otro cliente con quien comparte el acceso -en virtud del apartado 6.1 de la ETPF (nota al pie 10)-. En todo caso, el número no se ha portado a Incotel porque la portabilidad fue cancelada a instancia del operador receptor (Incotel), sin que se hayan iniciado nuevos procesos de portabilidad en la ER.

Otro número del cliente **[CONFIDENCIAL TERCEROS]** tampoco se ha portado a Incotel porque la portabilidad fue cancelada a instancia del operador receptor (Incotel), sin que se hayan iniciado nuevos procesos de portabilidad en la ER.

¹⁰ El apartado 6.1 relativo a las “*Solicitudes de acceso múltiple*” establece que “*La causa de denegación por el operador donante “Proceso mayorista en vuelo”, podrá ser utilizada por los operadores donantes para rechazar una solicitud de portabilidad parcial o completa, o de comprobación de numeración, que se refiera a un acceso múltiple implicado en otra portabilidad en vuelo*”.

De conformidad con la regulación aplicable, los operadores receptores pueden cancelar los procesos de portabilidad por cualquier razón. Habiendo cancelado el operador receptor y no existiendo más información al respecto, no puede atribuirse responsabilidad al operador donante por la ausencia de portabilidad.

Por último, se ha advertido que algunos procesos de portabilidad de los números analizados fueron denegados por la ER por “*solicitud con numeración ya completada*”, “*numeración en proceso abierto*” o “*numeración no asignada ni portada al operador donante*”; situaciones que no son atribuibles a Telefónica como operador donante de la portabilidad.

Como consecuencia de lo anterior, atendiendo a la información obrante en el expediente, procede archivar la denuncia de Incotel y las actuaciones previas núm. IFP/DTSA/029/21, al no haberse detectado indicios que determinen la existencia de un incumplimiento por parte de Telefónica de la ETPF, que motiven la incoación de un procedimiento sancionador.

Por último, con respecto a la solicitud de Incotel de una indemnización en concepto de daños y perjuicios, tal como ha señalado esta Sala en anteriores ocasiones¹¹, la CNMC no es competente para pronunciarse sobre cuestiones patrimoniales -como son las indemnizaciones de daños y perjuicios- derivadas de las relaciones entre los operadores de comunicaciones electrónicas o de la regulación dictada por el organismo, debiendo acudir los operadores a la jurisdicción civil.

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

ACUERDA

ÚNICO.- Archivar la denuncia analizada bajo el periodo de información previa número IFP/DTSA/029/21.

¹¹ Véase, por ejemplo, el acuerdo de 28 de abril de 2022 por el que se archivan las actuaciones previas con número IFP/DTSA/009/21 y IFP/DTSA/037/21.

Comuníquese este acuerdo a la Dirección de Telecomunicaciones y del Sector Audiovisual y notifíquese a Telefónica de España, S.A. y a Incotel Servicios Avanzados, S.L., haciéndole saber que el mismo pone fin a la vía administrativa y que pueden interponer contra él recurso contencioso-administrativo ante la Audiencia Nacional, en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente al de su notificación.