

ACUERDO POR EL QUE SE ARCHIVA LA DENUNCIA PRESENTADA POR DIALOGA SERVICIOS INTERACTIVOS, S.A. CONTRA ORANGE ESPAGNE, S.A. EN MATERIA DE PORTABILIDAD FIJA

(IFP/DTSA/008/23)

CONSEJO. SALA DE SUPERVISIÓN REGULATORIA

Presidenta

D.^a Pilar Sánchez Núñez

Consejeros

D. Josep María Salas Prat

D. Carlos Aguilar Paredes

Secretario

D. Miguel Bordiu García-Ovies

En Madrid, a 23 de noviembre de 2023

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 Dialoga

El 5 de abril de 2023, tuvo entrada en el registro de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) escrito de Dialoga Servicios Interactivos, S.A. (Dialoga) por el que denuncia a Orange Espagne, S.A., sociedad unipersonal (Orange) por la presunta realización de determinadas prácticas dilatorias u obstaculizadoras, como operador donante, de los procesos de portabilidad de cinco clientes empresariales, entre abril de 2021 y febrero de 2023.

En este escrito, Dialoga solicita a la CNMC (i) la incoación de un procedimiento sancionador por incumplimiento de la Especificación Técnica de Portabilidad Fija¹ (ETPF), (ii) que se le declare como parte interesada en dicho procedimiento sancionador y (iii) que se le faculte para reclamar la contraprestación económica por los costes administrativos que habría abonado a Orange por cada portabilidad fija, según lo establecido en el artículo 45.2 del Reglamento de mercados de comunicaciones electrónicas².

Segundo. Requerimiento de información a la AOP y contestación

El 21 de abril de 2023, la Dirección de Telecomunicaciones y del Sector Audiovisual (DTSA) de la CNMC requirió a la Asociación de Operadores para la Portabilidad Fija (AOP) la información registrada en la Entidad de Referencia (ER) sobre los procesos de portabilidad denunciados, de conformidad con el artículo 66.1 de la LPAC³. El 27 de abril de 2023 se recibió la contestación a dicho requerimiento de información.

¹ 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.

² 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>

³ 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>

Tercero. Requerimiento de información a Orange y contestación

El 23 de mayo de 2023, la DTSA requirió a Orange información sobre los procesos de portabilidad denunciados, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 73 y 75 de la LPAC. El 7 de junio de 2023 Orange contestó al requerimiento de información.

Cuarto. Declaraciones de confidencialidad

Los días 16 y 18 de octubre de 2023, la DTSA declaró la confidencialidad de determinada información aportada por Dialoga, la AOP y Orange 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 CNMC y ley aplicable

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 Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (LCNMC), corresponde a la CNMC “realizar las funciones atribuidas por la Ley 32/2003, de 3 de noviembre⁴, y su normativa de desarrollo”.

El artículo 8.1 de la Ley 11/2022, de 28 de junio, General de Telecomunicaciones (LGTel 2022), al igual que el artículo 8.1 de la LGTel 2014⁵, aplicable anteriormente, establece que la explotación de redes y la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas se sujetará 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 (artículos 19.d) y 20.e) del Reglamento de mercados de comunicaciones electrónicas).

La LGTel actual entró en vigor el 30 de junio de 2022. Los hechos denunciados por Dialoga se produjeron entre el 14 de abril de 2021 y el 20 de febrero de 2023.

⁴ Referencia que ha de entenderse actualmente a la Ley 11/2022, de 28 de junio, General de Telecomunicaciones <https://www.boe.es/eli/es/l/2022/06/28/11>.

⁵ Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones.

Según el momento en el que se produjeron los hechos era de aplicación la LGTel 2014 o la LGTel 2022.

En el ámbito de la portabilidad numérica, la CNMC 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. La CNMC tenía esta competencia de conformidad con la LGTel 2014 (artículos 3.j), 21 y 47) y la ostenta actualmente, de acuerdo con los artículos 33, 65.1.e) y 70 de la LGTel 2022.

Los artículos 70.2.f) de la LGTel 2014 (y 70.6 de la LGTel 2022) y 43 del Reglamento de mercados de comunicaciones electrónicas otorgan a la CNMC la competencia 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”*. En ejercicio de tales competencias, mediante resoluciones de 28 de noviembre de 2019 (PORT/DTSA/002/16) y 19 de noviembre de 2020 (PORT/DTSA/002/20) la Sala de Supervisión Regulatoria de la CNMC aprobó la última modificación de la ETPF, en vigor desde el 30 de noviembre de 2020.

De acuerdo con los artículos 84 de la LGTel 2014 y 114.1.a) de la LGTel 2022, correspondía y sigue correspondiendo a la CNMC la competencia, entre otras, para sancionar las infracciones administrativas de los artículos 76.12 y 77.27 de la LGTel 2014 y 106.14 y 107.38 de la LGTel 2022, que tipifican de forma idéntica como infracción muy grave y grave, respectivamente, el incumplimiento o el cumplimiento tardío o defectuoso de las resoluciones adoptadas por la Comisión en el ejercicio de sus funciones.

En aplicación de los preceptos citados, la CNMC tiene competencia para conocer la denuncia de Dialoga sobre el presunto incumplimiento por Orange de la resolución que aprobó la ETPF.

Por ello y atendiendo a lo previsto en los artículos 20.2, 21.2 y 29 de la LCNMC y en 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 conocer la denuncia presentada es la Sala de Supervisión Regulatoria de la CNMC.

Por último, el presente procedimiento, en lo no previsto por la LCNMC y la LGTel, se rige por lo establecido en la LPAC.

III. FUNDAMENTOS JURÍDICOS MATERIALES

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

El derecho a la conservación de la numeración constituye un derecho esencial de los abonados que tienen números del plan nacional de numeración (artículos 47.1.c) de la LGTel 2014 y 33.1, 65.1.e) y 70 de la LGTel 2022). 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 de comunicaciones electrónicas). El plazo del proceso de la portabilidad es de un día hábil, con alguna excepción⁶.

En el ejercicio del derecho a la conservación de la numeración, es responsabilidad de los operadores involucrados garantizar el ejercicio de este derecho mediante el sostenimiento de los sistemas que así lo permitan (ver art. 33 LGTel).

La ETPF establece los procedimientos administrativos y técnicos aplicables para dar cumplimiento a lo establecido en la normativa sobre conservación de la numeración. A tal efecto, describe los procesos y roles adoptados por los actores intervinientes en los procesos de portabilidad, y una serie de secuencias de interacción que se ejecutan mediante el envío de mensajes intercambiados entre ellos a través de la ER, con el mínimo impacto posible en la calidad del servicio que recibe el cliente. También recoge los intercambios de mensajería, los plazos y condiciones en que deben ser respetados en los procesos de portabilidad, las causas de denegación de las solicitudes y el proceso de gestión de las incidencias que puedan surgir en los procedimientos de portabilidad.

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

Estas causas son las siguientes:

- *“Por causas justificadas de fuerza mayor (huelgas, catástrofes naturales, etc.).*
- *Numeración inactiva.*

⁶ Por ejemplo, si el usuario solicita que la portabilidad se haga efectiva en un plazo diferido de máximo 30 días naturales contados a partir de la fecha de solicitud.

- *Falta de correspondencia entre numeración y abonado identificado por su DNI/NIF/CIF⁷.*
- *Falta de correspondencia entre numeración y administrativo/identificador del proceso mayorista⁸.*
- *Tipo de acceso incorrecto.*
- *Falta de validación por parte del operador revendedor.*
- *Cualquier otra causa que pueda ser acordada voluntariamente entre los operadores, dentro del marco legal⁹.*

Los operadores sólo pueden rechazar las solicitudes de portabilidad por las causas expresamente previstas. El uso de cualquiera de estas causas de denegación por el operador donante origina un fichero con formato DSP2, que se pone a disposición del operador receptor en su buzón en los plazos establecidos en la ETPF. No es posible utilizar las causas de denegación para fines distintos a los establecidos; de forma que el uso indebido de las causas de denegación supone una infracción del apartado 5.1.5 de la ETPF.

Segundo. Valoración de las actuaciones practicadas

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 62.1 de la LPAC, el escrito de Dialoga de 5 de abril de 2023 ha de calificarse como una denuncia, porque pone en conocimiento de esta Comisión un posible incumplimiento de las resoluciones de 28 de noviembre de 2019 (PORT/DTSA/002/16) y 19 de noviembre de 2020 (PORT/DTSA/002/20), de aprobación de la ETPF.

Dialoga afirma que Orange denegó, como operador donante, las solicitudes de portabilidad de seis números correspondientes a cinco clientes empresariales, por “*falta de correspondencia entre numeración y NIF/CIF del abonado del revendedor*” o “*falta de correspondencia entre numeración y NIF/CIF del abonado revendedor*”, entre abril de 2021 y febrero de 2023. Dichas denegaciones habrían sido incorrectas, a juicio del operador denunciante⁹.

Atendiendo a la fecha de la denuncia, ha de señalarse que la eventual infracción de tres procesos de portabilidad tramitados en abril de 2021 y correspondientes

⁷ “*El operador donante no podrá denegar una solicitud por el hecho de que el operador receptor no le haya proporcionado toda la numeración asociada, si al menos se incluye el número de cabecera y el operador receptor ha indicado que dispone del consentimiento expreso del abonado a portar toda la numeración asociada. Ver capítulo relacionado con los cupos y tipología de las solicitudes de portabilidad.*”

⁸ “*Sólo aplicable en caso de solicitudes de portabilidad asociadas a solicitudes de desagregación de bucle.*”

⁹ A estos efectos, Dialoga ha adjuntado a su denuncia copia de las solicitudes de portabilidad realizadas por los clientes finales.

a uno de los números habría prescrito en fechas coétaneas a la interposición de la denuncia, por el transcurso de los dos años de prescripción establecidos para las infracciones graves en el artículo 83 de la LGTel. De forma que la denuncia de este supuesto debe archivarse.

Por otro lado, la documentación obrante en el expediente pone de manifiesto que (i) todos los números fueron portados inmediatamente a favor de Dialoga; por lo que no existe ningún proceso de portabilidad pendiente y (ii) Orange actuó, en todos los procesos denunciados, únicamente como operador donante de red, ya que los prestadores del servicio telefónico fijo disponible al público a los usuarios finales eran operadores revendedores aparaguados en la red de Orange.

La distinción entre operador donante de red y operador revendedor donante no es baladí ya que, tal como indica el apartado 5.1.1 de la ETPF, desde el punto de vista de la portabilidad fija (i) el operador de red encamina las llamadas a nivel técnico de red y es asignatario de la numeración; mientras que (ii) el operador revendedor no se encarga de la ejecución técnica de la portabilidad a nivel de encaminamientos, ya que ésta sólo puede ser asegurada por el operador de red con el que haya llegado a un acuerdo (host), aunque como prestador del servicio telefónico fijo a los usuarios finales tiene la responsabilidad de garantizar la conservación (portabilidad) de sus usuarios finales en los supuestos establecidos en la normativa antes analizada.

A tal efecto, el apartado 5.1.1 de la ETPF dispone que *“sólo los operadores de red se intercambiarán los ficheros con la ER. Las solicitudes de portabilidad relativas a operadores revendedores serán incluidas en los ficheros tramitados por sus respectivos operadores de red, donde constará la identidad de los revendedores. Es decir, la interacción con la ER será realizada obligatoriamente a través de los operadores de red respectivos (host)”*.

En cuanto a la tramitación de las solicitudes de portabilidad en las que existe un operador revendedor donante, el apartado “5.1.4 Interacciones/mensajes en función del proceso: básico o asegurado” de la ETPF y, más concretamente, el subapartado *“PASO 3 – Validación de las solicitudes por el operador donante”* es bastante claro al respecto. Estas solicitudes deben ser tramitadas por el proceso básico y el operador de red donante debe transmitir dichas solicitudes al revendedor donante, utilizando los mecanismos que tenga acordados con el mismo. El operador revendedor donante debe validar la identidad del usuario con respecto a la numeración a portar y comunicar dicha validación al operador de

red donante dentro de un plazo determinado (antes de las 14:00h el fichero ASP o DSP2¹⁰ debe estar generado).

Teniendo en cuenta lo anterior, la documentación obrante en el expediente pone de manifiesto la existencia de denegaciones procedentes realizadas por Orange por *“falta de correspondencia entre numeración y NIF/CIF del abonado revendedor”*, en la medida en que Dialoga -como operador receptor- no informó en el primer intento de portabilidad de que las solicitudes de portabilidad estaban asociadas a un operador revendedor aparaguado en la red del operador de red (Orange). Dialoga reiteró inmediatamente (al día siguiente) sus solicitudes de portabilidad en la ER y Orange aceptó tales solicitudes, en casi todos los casos, al haberse tramitado correctamente los procesos de portabilidad. Solamente en un caso Orange tuvo que esperar a la validación de la identidad del cliente final del operador revendedor para aceptar la portabilidad en la ER.

En virtud de la información analizada y en aplicación de criterios anteriores de esta Sala de Supervisión Regulatoria de la CNMC en casos de similar naturaleza¹¹, procede archivar la denuncia de Dialoga al no haberse detectado indicios que determinen la existencia de un incumplimiento de la resolución de la ETPF por parte de Orange, que motiven la incoación de un procedimiento sancionador.

Por otro lado, se recuerda que la ETPF contempla determinados mecanismos para fomentar y garantizar el deber de cooperación de los operadores involucrados en los procesos de portabilidad. Así, el apartado 5.1.5 establece que en el caso de que se produzcan dos o más rechazos, el operador al que se desea portar las líneas puede abrir una incidencia al operador donante solicitando que se le den los datos del titular para que pueda facilitar su portabilidad.

Por último, en atención a su última solicitud, se recuerda a Dialoga que, de conformidad con el artículo 45.2 del Reglamento de mercados de comunicaciones electrónicas, el operador receptor de la portabilidad tiene reconocido el derecho a reclamar, al operador donante, la percepción de una contraprestación económica única y fija.

¹⁰ ASP acrónimo de “Aceptación de solicitud de cambio” y DSP2 acrónimo de “Denegación por donante de solicitud de portabilidad”.

¹¹ Entre otros, IFP/DTSA/059/19/PORTABILIDAD FIJA ORANGE e IFP/DTSA/015/22 PORTABILIDAD FIJA GRUPO DIALOGA.

Esta contraprestación debe ser acordada por los operadores involucrados en los procesos de portabilidad y, a falta de acuerdo, cualquiera de las partes, puede plantear conflicto ante la CNMC.

La Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones¹² se pronunció sobre esta cuestión en su Resolución de 17 de febrero de 2011, en la que estableció la contraprestación económica entre operadores por los procedimientos derivados de la portabilidad de numeración telefónica geográfica y de servicios de tarifas especiales¹³.

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/008/23.

Comuníquese este acuerdo a la Dirección de Telecomunicaciones y del Sector Audiovisual y notifíquese a Dialoga Servicios Interactivos, S.A. y Orange Espagne, S.A., haciéndoles 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.

¹² Organismo regulador sectorial extinguido e integrado en la CNMC en virtud de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la CNMC (ver artículo 1 y disposición adicional segunda de la LCNMC).

¹³ Expediente DT 2009/1836. <https://www.cnmc.es/expedientes/dt-20091836>