

RESOLUCIÓN DEL PROCEDIMIENTO SANCIONADOR INCOADO A LA ENTIDAD TELEFÓNICA MÓVILES ESPAÑA, S.A.U. POR EL INCUMPLIMIENTO DE SUS OBLIGACIONES EN MATERIA DE NUMERACIÓN Y PORTABILIDAD**SNC/DTSA/017/15 INCUMPLIMIENTOS EN MATERIA DE NUMERACIÓN Y PORTABILIDAD TME****SALA DE SUPERVISIÓN REGULATORIA****Presidenta**D^a. María Fernández Pérez**Consejeros**

D. Eduardo García Matilla

D^a Clotilde de la Higuera González

D. Diego Rodríguez Rodríguez

D^a Idoia Zenarrutzabeitia Beldarraín**Secretario de la Sala**

D. Miguel Sánchez Blanco, Vicesecretario del Consejo

En Madrid, a 8 de septiembre de 2016

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 acuerda lo siguiente:

ANTECEDENTES DE HECHO**Primero.- Periodo de información previa (expediente MTZ 2013/1710)**

Con fecha 18 de septiembre de 2013, se inició un período de información previa (folios 3 a 6 del expediente administrativo) al objeto de aclarar los hechos comunicados a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones

(en adelante, CMT¹) por la Asociación de Operadores para la Portabilidad Móvil (en adelante, AOPM²) sobre el operador Ocean's Network, S.L (en adelante, Ocean's) que se promocionaba como un operador móvil virtual (OMV) capaz de ofrecer una serie de tarifas diferenciadas a sus usuarios pero que, sin embargo, no formaba parte de dicha asociación, no contribuía a los costes del Nodo Central de portabilidad numérica³ y no podía facilitar por sus propios medios la portabilidad numérica a sus usuarios, siguiendo los procedimientos establecidos en las Especificaciones Técnicas de Portabilidad Móvil –o, en adelante, EETT- (expediente MTZ 2013/1710).

En el seno de dicho expediente, Ocean's puso de manifiesto la relación mayorista que mantenía con Telefónica Móviles España, S.A.U. (en adelante, TME) para la prestación de sus servicios (folios 7 a 10).

Segundo.- Notificación del inicio del período de información previa y requerimiento de información a TME

Mediante escrito de la Dirección de Telecomunicaciones y del Sector Audiovisual (en adelante, DTSA) de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (en adelante, CNMC), de fecha 4 de junio de 2014, se dio traslado del inicio del periodo de información previa a TME.

En dicho escrito se requirió también a TME información, entre otras, sobre (i) los desarrollos necesarios y costes asociados para permitir a nuevos Operadores Móviles Virtuales prestadores de servicios (OMV PS⁴) poder usar su propia numeración subasignada e interactuar con el Nodo Central de portabilidad móvil, así como (ii) la identificación de aquellas otras entidades con las que había suscrito contratos que permitieran la reventa del servicio móvil a usuarios finales, esto es, que estuvieran en situación similar a la de Ocean's (folios 231 a 237).

¹ Extinguida e integrada en la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia desde el 7 de octubre de 2013.

² La AOPM es la asociación de operadores móviles que gestiona la Entidad de Referencia de portabilidad móvil, cuyo fin principal es el establecimiento, gestión y supervisión del mecanismo destinado a intermediar en las interacciones que se establezcan entre los operadores para llevar a cabo todos aquellos procesos asociados a la conservación de los números (Nodo Central)

³ Entidad que actúa como agente intermediario de comunicación al objeto de facilitar los procedimientos administrativos entre operadores y mantener continuamente actualizada la base de datos de números portados.

⁴ El término OMV PS se corresponde con el de revendedor de servicios móviles. A lo largo de la presente propuesta se hará referencia indistintamente a ambos conceptos.

Tercero.- Contestación de TME al requerimiento de información

Con fecha 2 de julio de 2014, TME contestó al referido requerimiento de información indicado en el Antecedente anterior (folios 245 a 263).

Cuarto.- Requerimientos de información adicionales a TME

Mediante sendos escritos de la DTSA de fechas 1 de diciembre de 2014 y 21 de enero de 2015 se requirió nuevamente a TME información adicional sobre las entidades que estaban revendiendo sus servicios móviles a usuarios finales.

En concreto, se requirieron a TME datos sobre: (i) aspectos técnicos y los costes estimados para habilitar a los OMV PS una interfaz de gestión de portabilidad diferenciada, (ii) copia de los contratos mayoristas firmados con once de sus revendedores móviles, (iii) los procesos de portabilidad de las líneas de TME, bajo la titularidad de sus revendedores, revendidas a su vez a usuarios finales, en particular, la interacción de los revendedores con el Nodo Central de portabilidad móvil, (iv) la cantidad de números importados/exportados y los volúmenes de portabilidades de cada revendedor, (v) los contratos de “permanencia Premium Especial Pymes” y “Gran Cuenta”, entre otros (folios 264 a 268 y 336 a 340).

Quinto.- Contestación de TME al segundo y tercer requerimiento de información

Con fechas 19 de diciembre de 2014 y 3 de febrero de 2015, se recibieron en la CNMC dos escritos de contestación de TME a los requerimientos de información indicados en el Antecedente anterior (folios 269 a 335 y 341 a 423).

Adicionalmente, con fecha 6 de abril de 2015, TME aportó copia de seis contratos mayoristas suscritos con revendedores móviles como documentación complementaria a su escrito de 3 de febrero de 2015, de contestación al tercer requerimiento de información que le fue formulado en fecha 21 de enero de 2015 (folios 798 a 804).

Sexto.- Acuerdo de incoación de un procedimiento sancionador contra TME, por el presunto incumplimiento de sus obligaciones en materia de numeración y portabilidad

Con fecha 17 de septiembre de 2015, la Sala de Supervisión Regulatoria de la CNMC acordó la incoación de un procedimiento sancionador contra TME, en los siguientes términos:

“PRIMERO.- Incoar un procedimiento sancionador contra la entidad Telefónica Móviles España, S.A.U como presunto responsable directo de:

- *Una infracción administrativa grave, tipificada en el artículo 77.19 de la Ley 9/2014, de 9 de mayo, de Telecomunicaciones, consistente en el incumplimiento de las condiciones determinantes de la adjudicación y asignación de los recursos de numeración incluidos en los planes de numeración debidamente aprobados.*
- *Una infracción administrativa muy grave, tipificada en el artículo 76.12 de la Ley 9/2014, de 9 de mayo, de Telecomunicaciones, por incumplimiento de las Especificaciones Técnicas de Portabilidad, aprobadas por Resolución de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de 7 de julio de 2011”.*

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 expediente la documentación relevante recabada en el marco del expediente de información previa MTZ 2013/1710 (folios 1515 a 1527).

Séptimo.- Escrito de alegaciones de TME

Con fecha 5 de noviembre de 2015 TME presentó su escrito de alegaciones al acuerdo de inicio del presente procedimiento sancionador (folios 1601 a 1643).

Octavo.- Nuevos requerimientos de información a TME

Con fechas 26 y 29 de abril de 2016 fueron formulados sendos requerimientos de información a TME, al objeto de determinar, entre otros aspectos, cómo se llevaban a cabo las altas nuevas de clientes tramitadas por los revendedores, así como las intervenciones de TME en los procesos de portabilidad de los

usuarios de los revendedores y los ingresos brutos anuales obtenidos por TME derivados de la prestación del servicio de telefonía móvil desde el año 2008 hasta la actualidad (folios 1644 a 1650).

Noveno.- Contestación de TME a los requerimientos de información

Mediante escritos de fechas 9 de mayo y 19 de mayo de 2016, TME contestó a los citados requerimientos de información formulados (folios 1651 a 1664 y 1668 a 1672).

Décimo.- Propuesta de Resolución.

En cumplimiento de lo establecido en el artículo 19 del Reglamento del Procedimiento para el Ejercicio de la Potestad Sancionadora, aprobado por Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto, en fecha 30 de junio de 2016 TME acusó recibo de la propuesta de resolución fechada el día 29 de junio de 2016.

En la citada propuesta se propone declarar a TME responsable directo de una infracción grave tipificada en el artículo 77.19 de la Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones, consistente en la falta de control del uso de numeración que se deriva de la cesión de numeración a los operadores revendedores de sus servicios móviles (operadores móviles virtuales prestadores de servicios) sin solicitarse la autorización para la subasignación, así como de una infracción muy grave tipificada en el artículo 76.12 de la Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones, al haber intervenido en la gestión de la portabilidad de los clientes de sus revendedores utilizando un procedimiento ajeno al establecido en las vigentes Especificaciones Técnicas de Portabilidad Móvil resultantes de la Resoluciones de la CMT de 22 de octubre de 2009 y 7 de julio de 2011.

Asimismo, en la propuesta de resolución remitida a TME se propone la imposición de una primera sanción por importe de cuarenta mil -40.000- euros, por falta de control del uso de numeración que se deriva de la no solicitud de autorización de subasignación de numeración a los OMV Prestadores de Servicios así como de una segunda sanción por importe de ciento cuarenta mil -140.000- euros, al haber intervenido en la gestión de la portabilidad de los clientes de sus revendedores utilizando un procedimiento ajeno a las vigentes Especificaciones Técnicas de Portabilidad Móvil.

Undécimo.- Alegaciones de TME a la propuesta de resolución.

En fecha 29 de julio de 2016 entró en el Registro de esta Comisión escrito de alegaciones de TME a la propuesta de resolución remitida por esta Comisión.

Las alegaciones, en síntesis, son las siguientes:

- Distinción entre empresas revendedoras y los operadores móviles virtuales prestadores de servicios (OMV PS).
- Identidad de características entre el grupo de revendedores formado por ANCERT, COFM y CCFC, de un lado, y Air Digital, Royal Telecom y Smartgroup, del otro. En ambos casos, a juicio del operador, no se prestan servicios de comunicaciones electrónicas, no siendo las entidades citadas responsables de la tramitación de los procedimientos de portabilidad numérica.
- Cumplimiento por parte de TME de sus obligaciones en materia de numeración respecto de sus revendedores, al no resultar la subasignación un requisito exigible y aplicable a los citados revendedores, al ser estos últimos clientes finales de TME y al generar la subasignación de numeración a estos agentes ineficiencias sobre el uso de numeración.
- Cumplimiento, por parte de TME de las especificaciones técnicas en materia de portabilidad móvil, no existiendo un modelo específico de portabilidad entre TME y las entidades revendedoras.
- Inexistencia de requisitos básicos de aplicación del derecho sancionador y concretamente, naturaleza atípica o incorrecta tipificación de la conducta sancionada, ausencia de antijuridicidad y culpabilidad así como falta de proporcionalidad.

Duodécimo.- Finalización de la instrucción y elevación del expediente a la Secretaría del Consejo

Por medio de escrito de fecha 29 de agosto de 2016 el instructor 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 19.3 del Reglamento del Procedimiento Sancionador.

Decimotercero.- Informe de la Sala de Competencia

Al amparo de lo dispuesto en el artículo 21.2 a) de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la CNMC (en adelante, Ley CNMC) y del artículo 14.2.b) del Estatuto Orgánico de la CNMC, aprobado por el Real Decreto 657/2013, de 30 de agosto (en adelante, EOCNMC), la Sala de Competencia de la CNMC acordó informar favorablemente y sin observaciones el presente procedimiento.

HECHOS PROBADOS

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

PRIMERO.- Desde el mes de agosto del año 2008⁵ hasta el momento actual, TME no ha mantenido el control del uso de determinados recursos de numeración móvil que tiene asignados al ceder a varios OMV PS la facultad de utilizar dichos números como empresas sin solicitar a la CNMC la autorización de la subasignación de dicha numeración

1.1. Las entidades que mantenían relación contractual con TME

Es preciso analizar la relación mayorista existente entre TME y sus revendedores y los contratos minoristas de los operadores revendedores de TME con sus usuarios finales.

Durante el período de información previa del que trae causa el presente procedimiento sancionador (MTZ 2013/1710), se identificaron una serie de entidades que mantenían una relación contractual con TME para la prestación de determinados productos y servicios de comunicaciones electrónicas móviles de esta última entidad, a saber:

- Air Digital, S.A. (en adelante, Air Digital)
- Agencia Notarial de Certificación, S.L.U (en adelante, Ancert)
- AVP Porriño, S.L. (en adelante, AVP Porriño)
- Consell de Collegis Farmaceutics de Catalunya (en adelante, CCFC)
- Smart Group Soluciones Integrales, S.L. (en adelante, Smartgroup)
- Colegio Oficial de Farmacéuticos de Madrid (en adelante, COFM)
- Midas Telecom, S.L (en adelante, Midas)
- Ocean´s Network, S.L. (en Adelante, Ocean´s)

⁵ Fecha en la que la primera de las entidades con quien TME tenía una relación contractual analizada en el marco del presente expediente -Air Digital-, comenzó a prestar el servicio de reventa del servicio telefónico móvil de TME.

- Grupo R.E. Vídeo, S.L., (en adelante, Revideo)
- Grupo Royal Telecom, S.L. (en adelante, Royal Telecom), y
- Termilin, S.L. (en adelante, Termilin).

Estas entidades comenzaron a prestar servicios utilizando directamente la numeración de TME que ésta les proporcionaba, a partir de los años 2008 (Air Digital), 2009 (Royal Telecom), 2010 (AVP Porriño, Ocean's y Revideo), 2011 (CCFC, Ancert, Smartgroup y Termilin) y 2012 (COFM y Midas).

Analizada la relación contractual entre TME y dichas entidades durante el referido período de información previa, se decidió incoar procedimiento sancionador contra TME (SNC/DTSA/017/15), Air Digital (SNC/DTSA/018/15), Termilin (SNC/DTSA/019/15), Ancert (SNC/DTSA/020/15), CCFC (SNC/DTSA/021/15), Smartgroup (SNC/DTSA/022/15), COFM (SNC/DTSA/023/15), Ocean's (SNC/DTSA/024/15) y Royal Telecom⁶ (SNC/DTSA/025/15), por la existencia de suficientes indicios de incumplimiento de la normativa en materia de inscripción registral (falta de inscripción en el Registro de Operadores), numeración (falta de solicitud de autorización para la subasignación de la numeración para la prestación de los servicios de reventa) y portabilidad (incumplimiento de las Resoluciones de aprobación de las Especificaciones Técnicas de Portabilidad Móvil), según los indicios detectados en cada caso.

1.2. El contenido de los contratos suscritos con TME

De los contratos existentes entre TME y estas empresas y organizaciones⁷, que obran en el presente expediente, se comprueba que el objeto de todas estas relaciones contractuales mayoristas es la reventa de los servicios móviles.

En efecto, bajo la misma denominación ("contrato de venta de productos y prestación de servicios a integradores de tecnologías de la información móvil para su reventa"), todos estos acuerdos prevén, en su cláusula primera, que su

⁶ Por lo que se refiere a Midas, se decidió no incoar procedimiento sancionador porque no ofrecía la posibilidad de ofrecer llamadas de voz ni SMS, sólo datos y, por tanto, no requería numeración. Y por lo que se refiere a AVP Porriño y Revideo, las mismas fueron sancionadas en un expediente aparte (expediente SNC/DTSA/195/14) por el incumplimiento de los requisitos exigibles para la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas (falta de inscripción registral), así como por incumplimiento de sus obligaciones en materia de portabilidad.

⁷ Contratos de reventa entre TME y Ocean's de 1 de junio de 2010, entre TME y RE Video y AVP Porriño de 19 de noviembre de 2010, entre TME y Smartgroup de 15 de julio de 2011, entre TME y Air Digital de 1 de abril de 2014, entre TME y Ancert de 1 de junio de 2011, entre TME y Royal Telecom de 1 de mayo de 2014, entre TME y Termilin de 26 de julio de 2011, entre TME y el COFM de 14 de mayo de 2012 y entre TME y el CCFC de 1 de julio de 2012.

objeto es el establecimiento de los términos y condiciones por los que se rigen la venta de tráfico telefónico móvil nacional e internacional, de productos, de equipamiento TIC⁸ y de prestación de servicios finales de comunicaciones electrónicas por parte de TME, para que el Integrador de Tecnologías de la Información Móvil (TIM) se ocupe, en nombre propio, de su reventa a los clientes, agregando sus servicios comerciales, de consultoría y de atención comercial (folios 43, 284, 397, 437, 543 y 804).

También se prevé que aquellas entidades (y no TME) deben responsabilizarse frente a sus clientes de las condiciones de prestación de los servicios y venta de los productos que revenden (cláusula segunda 1.f).

Además, se contempla en el contrato que, dada la relación de confianza entre las operadoras, *“el Revendedor Móvil ejecutará por sí mismo los servicios de reventa a los CLIENTES”* (cláusula cuarta).

Expuesto lo anterior, de los contratos mayoristas celebrados entre TME y aquellas entidades, se desprende que la relación existente entre ellas y TME es la de una reventa a los usuarios finales de los servicios de TME, considerándose actualmente que dichas entidades son OMV prestadores de servicios (OMV PS). Así están inscritas algunas de ellas en el Registro de Operadores⁹.

Además, de conformidad con lo indicado por TME en su escrito de 6 de abril de 2015, las líneas y los números que éstos proporcionaban a sus clientes eran los suministrados por TME, tal y como se comprueba más adelante.

Por otra parte, analizados los contratos minoristas de Air Digital, Smartgroup, Ocean's, Ancert y Royal Telecom con sus usuarios finales (folios 64 a 69, 459 a 462, 467 a 472 y 570 a 580) se comprueba que son estas entidades -y no TME- quienes responden de la prestación de sus servicios frente a sus usuarios (véase la cláusula segunda 1.f) del contrato mayorista, referenciada anteriormente). Analizando las relaciones contractuales por separado, se observa lo siguiente:

- a) Respecto a **Air Digital**, cabe señalar que en las condiciones generales de su contrato con los usuarios (folios 570 a 580) se prevé que el servicio telefónico lo presta un tercero, aunque debe entenderse por las alegaciones de Air Digital en el marco del procedimiento sancionador incoado contra ella (SNC/DTSA/18/15) que se refiere a que el servicio es soportado sobre la red móvil de otro operador (TME, a quien, en

⁸ Tecnologías de la Información y la Comunicación.

⁹ Ocean's, Royal Telecom y Smartgroup.

cualquier caso, no se identifica en los contratos minoristas), además de que es esta entidad –Air Digital- la que asume la responsabilidad del servicio frente a sus clientes.

Además, en su contestación a un requerimiento de información realizado por la CNMC (folios 540 a 541), Air Digital afirma que ella es la titular de las líneas y que a través de éstas, junto con el servicio telefónico móvil contratado, presta a sus usuarios finales unos servicios comerciales, de atención al cliente y de consultoría diferenciados, a cambio de unas tarifas también diferenciadas.

En el marco del citado expediente de información previa con núm. MTZ 2013/1710, pudo comprobarse también que es TME la entidad que facilita a Air Digital la numeración para sus clientes finales en su condición de operador de red asignatario de recursos públicos de numeración, sin que conste en esta Comisión solicitud de autorización alguna de subasignación de numeración móvil de TME en favor de Air Digital.

- b) En cuanto a los contratos minoristas de **Smartgroup** y sus usuarios (folios 765 a 771), cabe señalar que si bien en los mismos aparece un sello de la marca Movistar y de la marca de Smartgroup como encabezado del contrato, no se cita a TME ni en el contrato ni en las condiciones generales de contratación.

Es cierto que en este contrato minorista se establece que la prestación de servicios de telecomunicaciones la lleva a cabo una entidad distinta e independiente de Smartgroup, pero del resto del documento y de los escritos presentados por la operadora en el marco del procedimiento sancionador incoado contra ella (expediente SNC/DTSA/022/15/Smartgroup), se comprueba que es Smartgroup quien presta el servicio.

Así, según lo dispuesto en el contrato minorista, Smartgroup es quien responde frente a los clientes. También es esta empresa la titular de las líneas hasta que sus usuarios le comunican su intención de dar de baja el contrato para poder cambiar de operador. Y, por último, también es Smartgroup quien factura mensualmente el precio de los servicios.

- c) En relación con los contratos minoristas entre **Ocean's** y sus usuarios, en las condiciones generales de contratación, en concreto en la primera de éstas, se dispone que es Ocean's quien prestará el servicio de comunicaciones móviles a través del operador móvil que ésta designe.

Es más, en la condición cuarta, se señala que Ocean's es quien facturará a los clientes el precio de los servicios y, en la decimotercera, que las reclamaciones sobre el funcionamiento de los servicios, tarifas, facturación, calidad o cualquier otra cuestión que pueda plantearse en relación con la prestación del servicio serán dirigidas a Ocean's, a través de los números de atención telefónica habilitados al efecto.

En cualquier caso, Ocean's, a diferencia del resto de revendedores, solicitó a la CMT conjuntamente con TME la autorización de la subasignación de numeración, la cual fue otorgada por la Comisión en fecha 12 de junio de 2012 (concretamente, se autorizó la subasignación del bloque 69400 de TME a Ocean's).

- d) En los contratos minoristas entre **Royal Telecom** y sus usuarios tampoco se hace referencia alguna a TME, señalándose que el cliente contrata los servicios de telecomunicaciones a Royal Telecom, quien cobrará por la prestación de servicios de telecomunicaciones las tarifas que en cada momento dicha operadora tenga vigentes. Además, Royal Telecom se responsabiliza de atender las reclamaciones de los clientes.

Por último, tal y como se desprende de las facturas emitidas a los usuarios finales, aportadas por Royal Telecom, en su contestación al último requerimiento de información formulado a la operadora, es dicha operadora la que factura el servicio, sin que se haga referencia alguna a TME.

Asimismo, se señala que, en el marco de los citados procedimientos sancionadores incoados a cada uno de los referidos OMV PS, se ha comprobado que es el operador revendedor quien efectivamente ha estado facturando mensualmente los servicios a sus clientes, desglosando las cantidades a abonar por cada uno de los servicios prestados. Las facturas son emitidas a nombre del operador revendedor sin que en la mayoría de los casos conste logo o referencia alguna a TME en la refacturación de los revendedores (folios 357 a 362).

- e) En los contratos minoristas entre **Ancert** y sus clientes si bien se hace mención al contrato mayorista firmado por dicho operador y TME en su calidad de Integrador de Tecnologías de Información Móvil, se señala que será ANCERT quien prestará a un colectivo cerrado y predeterminado de usuarios finales el servicio de comunicaciones móviles, incluidos los de valor añadido solicitados por el usuario y será quien facturará y cobrará al cliente por la prestación de servicios. Además, Ancert se compromete a asegurar la calidad de los servicios.

Además, por lo que se refiere a la asignación de recursos públicos de numeración, de las alegaciones y de las comprobaciones realizadas en el marco de otro procedimiento sancionador, se ha podido constatar que Ancert ha tramitado altas de líneas móviles, por ser el responsable de asignar las líneas según informa a sus usuarios finales.

También, cabe señalar que las facturas que emite Ancert a sus usuarios, son emitidas a nombre del operador revendedor sin que conste logo o referencia alguna a TME.

- f) Finalmente, respecto de **CCFC y COFM**, no se han detectado indicios de que estas asociaciones corporativas lleven a cabo la prestación a terceros de servicios de comunicaciones electrónicas en nombre propio y de que requieran de bloques o conjuntos de numeración para tramitar altas de líneas móviles. Así se señala también en los Hechos Probados de las respectivas propuestas de resolución de la instrucción de los expedientes sancionadores incoados a estas dos asociaciones¹⁰.

1.3. La condición de “operadores revendedores” de los servicios móviles de TME adquirida por las entidades contratantes y la necesaria autorización de subasignación de numeración para la prestación de dichos servicios

Teniendo en cuenta lo anterior, resulta probado que estas empresas ostentan la condición de operadoras revendedoras de los servicios móviles de TME y han asignado a sus clientes la numeración que TME les facilitaba, sin que TME haya solicitado la necesaria autorización de subasignación de numeración en favor de dichas entidades para la prestación de sus servicios¹¹.

En efecto, en el presente caso, ni TME como operadora asignataria de la numeración ni sus operadoras revendedoras de sus servicios móviles (excepto Ocean´s¹²) han solicitado a la CNMC la autorización para la subasignación de la numeración asignada previamente a TME.

¹⁰ Expedientes con números de referencia SNC/DTSA/021/15 y SNC/DTSA/023/15.

¹¹ A excepción del caso de Ocean´s, cuya numeración subasignada, sin embargo, nunca llegó a ser usada por este operador.

¹² Con fecha 12 de junio de 2012 la CMT autorizó la subasignación del bloque de numeración 69400 de TME a Ocean´s. No obstante, en la práctica dicha subasignación se quedó sin efecto porque las nuevas altas de clientes de Ocean´s se continuaron produciendo sobre numeración de TME en lugar de usar números del bloque subasignado, por lo que en este caso, TME también habría infringido la normativa en materia de numeración.

En consecuencia, resulta probado que TME ha estado, desde el inicio de la prestación de servicios de reventa de telefonía móvil por parte de algunas entidades (Air Digital, Smartgroup, Ancert y Royal Telecom)¹³ a partir de 2008 hasta el momento actual, asignando numeración móvil a dichas empresas, sin disponer de la necesaria autorización administrativa por parte de la CNMC para la subasignación de dicha numeración.

Dicho esto, podría pensarse que no estaríamos ante un caso de subasignación de numeración cuando los operadores revendedores no dieran altas de líneas nuevas¹⁴. Sin embargo, es preciso señalar que a priori no es posible saber si un OMV prestador de servicios va a dar de alta líneas nuevas o si todos sus clientes van a proceder de la importación de líneas de otros operadores. Más aún, raramente una empresa rechazaría a un cliente nuevo que no proviene de la importación (portabilidad), limitándose la prestación de servicios por parte de dichos revendedores a aquellos usuarios finales que cuenten ya con numeración. En el hipotético escenario de no disponer de numeración, ello supondría que el usuario debería primero darse de alta en otro operador para posteriormente ser importado por el prestador del servicio, lo que podría suponer una traba para contratar sus servicios.

En otras palabras, y frente a las alegaciones a contrario efectuadas por TME en las páginas 18 a 26 de su escrito de 29 de julio de 2016, esta Comisión debe recordar que, desde el momento en que se cede el uso de numeración a otra empresa –para su posterior asignación a usuarios finales- nos encontramos ante una subasignación de numeración, que requiere de previa autorización de la CNMC, como indica el artículo 49 del Reglamento sobre mercados de comunicaciones electrónicas, acceso a las redes y numeración, aprobado por el Real Decreto 2296/2004, de 10 de diciembre -en adelante, Reglamento de Numeración-.

Dicha autorización es preciso solicitarla con anterioridad al comienzo de la prestación de servicios por parte de los revendedores de TME a través de dicha numeración.

¹³ Ocean's y Termilin han cesado en la prestación de servicios de reventa móvil a través de TME. Termilin de hecho se ha extinguido (ver Resolución de la Sala de Supervisión Regulatoria de la CNMC, de fecha 19 de mayo de 2016 en el expediente con número de referencia SNC/D TSA/019/15).

¹⁴ Se entiende por líneas nuevas a efectos del presente procedimiento sancionador, aquellas líneas que no provienen de la portabilidad, es decir, aquéllas altas de usuarios que no disponen de numeración que deseen conservar.

1.4. Datos sobre las líneas de TME dadas de alta para nuevos clientes por parte de los revendedores

Sobre los datos aportados por TME junto a su escrito de fecha 6 de abril de 2015, en el que figuran las fechas de inicio y finalización de servicios por parte de los revendedores de TME, así como el número de líneas móviles y cantidad de números exportados/importados, se infiere que los operadores habrían estado dando de alta líneas de TME para nuevos clientes¹⁵.

[INICIO CONFIDENCIAL PARA TERCEROS

FIN CONFIDENCIAL PARA TERCEROS]

Pues bien, por lo que se refiere al “número de líneas móviles”, dicho dato corresponde al total del número de líneas ‘activas’ (incluidas las importadas) que cada operadora revendedora tenía según la contestación de la propia TME.

Cabe destacar que en la última columna se detalla la “cantidad de números exportados/importados”, es decir, la cantidad de números que se han portado desde la operadora revendedora a otra operadora (exportación) y los que ha captado la operadora revendedora al conservar los clientes la numeración proveniente de su anterior operadora (importación).

Así, en el supuesto de que el modelo de negocio de un operador estuviera basado en la importación de numeración de otros operadores y no en altas nuevas, la diferencia entre la numeración importada y la exportada debería ser un número positivo y mayor –o igual- que el número de líneas móviles, siendo aproximadamente dicha diferencia el número de líneas que han causado baja.

¹⁵ Como se ha señalado con anterioridad, con respecto a algunas de las empresas revendedoras de TME, no se incoó procedimiento sancionador (es el caso de Hot Spot y Midas). El caso de COFM y CCFC ya se ha explicado con anterioridad.

- En caso de ser la diferencia un número negativo, cabe esperar que el operador haya tenido que dar de alta líneas en bloques de TME con tal de poder posteriormente portar esos números a otros operadores. En este supuesto se encontrarían Oceans, Smartgroup, Royal Telecom y Ancert.
- Del mismo modo, aun cuando la diferencia no es negativa pero inferior al número de líneas móviles, igualmente el operador habría necesitado de numeración en bloques de TME con tal de alcanzar el total de líneas activas reportado por TME. En esta situación se encontrarían Air Digital, COFM y CCFC.

Finalmente, resulta de interés indicar a los efectos del presente Hecho Probado que la propia Telefónica, en su contestación al requerimiento de información de fecha 22 de abril de 2016 formulado durante la instrucción del expediente SNC/D TSA/023/15/COFM, ha alegado que *“los usuarios finales no son conocidos por TME, apareciendo las líneas a nombre del colegio correspondiente”*.

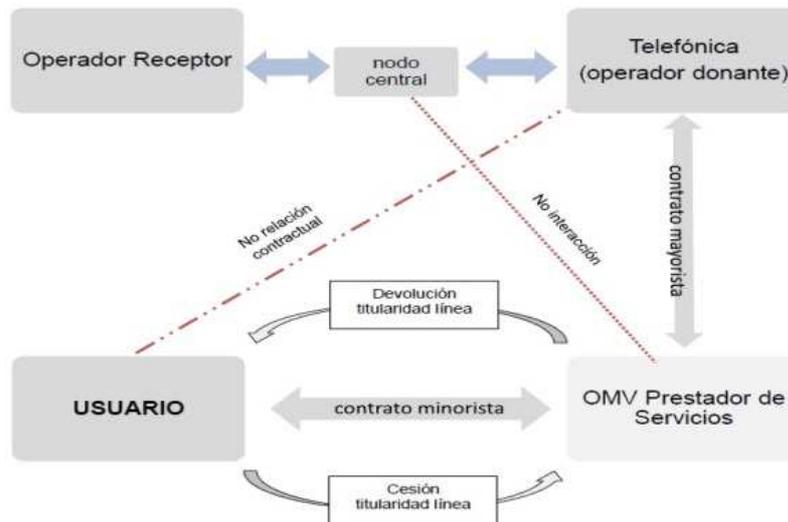
Por tanto, a la vista de todo lo expuesto, se concluye que TME no ha estado controlando el uso de parte de su numeración móvil, al haberla puesto a disposición de algunos de sus revendedores, sin contar con la preceptiva autorización de la CMT o la CNMC para la subasignación de numeración a dichas entidades.

SEGUNDO.- Desde el mes de febrero de 2010¹⁶ hasta el momento actual, TME ha estado interviniendo en calidad de operador donante en la gestión de la portabilidad de los clientes de las entidades revendedoras de sus servicios móviles

2.1 Procedimiento de portabilidad aplicado a los clientes de las entidades revendedoras de TME

En la documentación obrante en el presente procedimiento sancionador se constata que la portabilidad de los clientes de los revendedores de TME se ha llevado a cabo siguiendo los siguientes pasos descritos en este esquema:

¹⁶ Fecha en la que se produjo la primera portabilidad de un cliente de un operador revendedor de TME (Air Digital) hacia otro operador, según manifiesta la operadora en su contestación a un requerimiento de información formulado por la DTSA (folio 540).



1. Al contratar con la entidad que revende los servicios móviles de TME, el cliente (usuario final) debe ceder a dicho revendedor la titularidad de su línea.

Así se constata en los contratos minoristas suscritos entre los revendedores y sus clientes (Air Digital, Smartgroup, Ocean's y Royal Telecom).

Concretamente, en los contratos minoristas entre Air Digital y sus clientes, aportados a la CNMC (condición general de contratación 2.a y 2.b) se señala que *"la titularidad de la(s) línea(s) para la prestación del servicio telefónico por parte de terceros corresponde a Air Digital"*.

Asimismo, en los contratos minoristas entre Smartgroup y sus clientes, aportados a la CNMC, se prevé que las líneas cuyo uso se pone a disposición del cliente están dadas de alta a nombre de Smartgroup.

Por lo que se refiere a la relación minorista entre Ocean's y sus clientes, la operadora aportó con fecha 23 de octubre de 2015, en el procedimiento sancionador incoado contra ella (expediente SNC/DTSA/024/15), el documento de cambio de titularidad que tiene que firmar el usuario final cuando contrata con Ocean's.

Teniendo en cuenta lo anterior, según TME, los titulares de las líneas son estas entidades y no los usuarios de éstas, ya que para TME ella mantiene la relación contractual con el titular de la línea (entidad revendedora de sus servicios) y no con el usuario final de la misma (folio

1630). Además, la propia TME reconoce que los usuarios ceden la titularidad de las líneas a sus revendedores cuando contratan con éstos (folio 1621).

En efecto, afirma TME, en cuanto a la reventa, que *“esta figura se comporta en definitiva como si de un cliente final empresarial se tratase, motivo por el que, hecho que es conocido y consentido por los usuarios finales conforme se establece en diversos contratos minoristas aportados en el seno del expediente de origen MTZ 2013/1710”*. Se trata, según TME, de una decisión del cliente de contratar un servicio como usuario sin ser el titular de la línea.

2. El abonado (persona física o jurídica usuario final) comunica al operador revendedor con quien tiene contratados los servicios su intención de portarse, para que proceda a la devolución de la titularidad de la línea y, por tanto, al cambio de los datos identificativos del usuario de la misma.

En los contratos minoristas aportados por Air Digital se hace referencia expresa (condición general de contratación 2.c) a la transmisión de la titularidad de la línea por parte del revendedor al cliente cuando éste manifiesta su intención de resolver el contrato con Air Digital.

Concretamente, se señala en el contrato que *“para el caso de resolución del contrato por parte del cliente, éste deberá notificar a Air Digital, de modo que quede constancia escrita, tal decisión, procediendo a transmitirse la titularidad de la/s línea/s”*.

En este mismo sentido, Smartgroup, en los contratos minoristas con los clientes (apartado 1.2 de las condiciones generales de contratación), señala que en caso de terminación del contrato el cliente puede mantener la línea *“cambiando la titularidad de la misma y registrándola a su propio nombre siempre y cuando esté al corriente de pago”*.

Asimismo, en el ya citado documento de cambio de titularidad aportado por Ocean’s, se señala que la devolución de la titularidad por parte de Ocean’s a favor del usuario del servicio se realizará de forma inmediata, tras la correspondiente solicitud en los números de atención telefónica habilitados, o bien bajo comunicación escrita.

3. Una vez realizado el cambio de titularidad de la línea, el cliente ha de indicar en la solicitud de portabilidad, que tramitará el operador receptor, que el operador que le presta el servicio es TME en lugar de la empresa con la que ha firmado el contrato de prestación de los servicios móviles.

TME aporta en su escrito de fecha 5 de noviembre de 2015 (Anexo I) el detalle de todas las solicitudes de portabilidad recibidas ([**CONFIDENCIAL PARA TERCEROS**]) de clientes que provienen de estas entidades, desde la fecha de comienzo de la actividad de sus revendedores de servicios móviles hasta dicha fecha del escrito.

4. Finalmente, la solicitud de alta de portabilidad debe ser aceptada o rechazada por TME en lugar de por la entidad revendedora de los servicios.

Según manifiesta TME en su escrito de alegaciones (folio 1621), ésta, en su rol de operador donante, tiene la obligación de confirmar o rechazar la solicitud de portabilidad de los clientes de sus entidades revendedoras.

2.2 Consecuencias del procedimiento de portabilidad aplicado a los clientes de las entidades revendedoras de TME

Siguiendo el citado esquema existente actualmente entre las entidades revendedoras y TME, y con independencia de que dicho esquema haya sido aplicado formal o informalmente como “modelo” o “procedimiento” (véanse páginas 28 a 29 del escrito de alegaciones de TME, de 29 de julio de 2016 en folios 1761 a 1762), siempre que un usuario de un operador revendedor quiera portarse a otra operadora, es necesario el conocimiento previo por parte de dicho revendedor a efectos de la devolución de la titularidad de la línea y, por consiguiente, de su numeración. De lo contrario, si el usuario intentase portarse acudiendo directamente al operador receptor, sin comunicar a éstos (revendedor y TME) su intención de cambiar de operador, dicha solicitud sería rechazada al no coincidir el NIF del cliente con los datos de la empresa que consta como titular de la línea (NIF del operador revendedor).

Así se ha podido comprobar en el caso de la portabilidad de los clientes de Auncert a otros operadores. En algunos procesos de portabilidad comunicados por dicha entidad, en los que los usuarios supuestamente pudieron portarse a otros operadores sin intervención de esta Agencia, se ha detectado que hubo retrasos en la tramitación de las portabilidades, debido a la existencia de hasta tres rechazos por número, como consecuencia de la falta de coincidencia entre el NIF del solicitante y el NIF del titular de las líneas. Sólo cuando los abonados obtuvieron la devolución de la titularidad de sus líneas por parte de Auncert, TME aceptó las respectivas solicitudes de portabilidad de dichos abonados de aquella, según se desprende del siguiente cuadro elaborado con la información

aportada por la TME, Ancert y la AOPM, que figura en el expediente SNC/DTSA/020/15 tramitado contra Ancert.

[INICIO CONFIDENCIAL PARA TERCEROS

FIN CONFIDENCIAL]

Además, con respecto al citado proceso de gestión de las portabilidades de los abonados de los operadores de reventa, ha de tenerse en cuenta que la propia TME reconoce en su escrito de alegaciones al acuerdo de inicio del sancionador (folio 1634) que éste es en realidad el proceso utilizado actualmente al señalar que *“Es cierto que la mayoría de los Revendedores han indicado que utilizan el movimiento de cambio de titularidad como paso previo para que el cliente pudiese cambiar de operador, y que si bien esto no obedece a un acuerdo con TME, es una facilidad que ha posibilitado que el usuario de la línea no se haya visto cautivo del Revendedor y que haya podido cambiar de forma ágil de operador, a pesar de no ostentar la titularidad de la línea”*.

La operadora reconoce, también, en su escrito de alegaciones que, en estos casos, TME ha intervenido como operadora donante. Concretamente, señala que al ser los revendedores *“las contratantes y titulares de las líneas, TME, en cumplimiento de las Especificaciones Técnicas de Portabilidad Móvil, en rol de operador donante, tiene la obligación de validar los datos del usuario que se cambia de operador con el objeto de confirmar o rechazar la solicitud de portabilidad, lo cual ha cumplido fielmente en todos los casos”*. En los mismos

términos se pronuncia TME en la contestación de fecha 9 de mayo de 2016 a un requerimiento de información formulado durante la instrucción.

2.3 Procedimiento de portabilidad aplicado a los clientes de las entidades revendedoras de TME y Especificaciones Técnicas de Portabilidad Móvil

Sin embargo, frente a lo expuesto por TME, es preciso señalar que los procedimientos administrativos definidos en las Especificaciones Técnicas de Portabilidad Móvil son de directa aplicación, tanto a los operadores móviles de red como a los OMV, ya sean completos o prestadores de servicio (revendedores). De este modo, en el presente caso, deberían ser las entidades revendedoras de los servicios de TME las que deberían haber actuado como operadoras donantes en caso de que sus usuarios quisieran cambiar de operador.

Adicionalmente, se ha acreditado que TME, aun siendo el operador que interactúa con el Nodo Central en rol de “operador donante”, no dispone de toda la información necesaria para actuar en dicho rol, ya que desconoce los datos de los usuarios finales a los que representa en el proceso de portabilidad. Así lo manifiesta la propia TME, en su contestación al requerimiento de información, de fecha 22 de abril de 2016, formulado en fase de instrucción: *“los usuarios finales no son conocidos por TME, apareciendo las líneas a nombre de cada una de las empresas anteriormente descritas [sus revendedores]”* (folio 1652).

En conclusión, a la vista de lo expuesto y dado que se ha podido constatar que en el mes de febrero de 2010 se produjeron las primeras portabilidades de los revendedores hacia otras operadoras (exportaciones de numeración), se considera probado que, desde dicha fecha hasta el momento actual, TME ha estado interviniendo en calidad de operadora donante en la gestión de la portabilidad promovida por los clientes de las entidades revendedoras de sus servicios, a pesar de no disponer de una relación contractual con dichos clientes (abonados).

Ello se ha acreditado en relación con las entidades Air Digital, Royal Telecom, Ocean's, Ancert y Smartgroup, que siguen prestando servicios hasta el momento actual, salvo el caso de Ocean's, cuya prestación de servicios como revendedor de TME finalizó el 30 de abril de 2014.

Finalmente, aunque se ha comprobado que CCFC y COFM habrían estado utilizando el mismo procedimiento ajeno al establecido en las EETT de Portabilidad Móvil aprobadas mediante Resolución de la CMT, por no gestionar

las solicitudes de portabilidad de sus clientes como operadores donantes, sin embargo, se llega a la conclusión de que estas entidades no son culpables de la infracción imputada, por no actuar como operadores de comunicaciones electrónicas y, por tanto, no ser responsables de la tramitación de los procedimientos de portabilidad numérica. Esto coincide con las conclusiones alcanzadas tras la tramitación de los correspondientes procedimientos sancionadores incoados contra dichas entidades.

Asimismo, teniendo en cuenta todo lo expuesto en los dos Hechos Probados anteriores, se ha acreditado que TME no ha controlado parte de los recursos públicos de numeración que le fueron asignados en su día por la CMT o la CNMC y que puso a disposición de sus empresas revendedoras de servicios móviles parte de dichos recursos, sin haber solicitado a la CNMC la autorización para la subasignación de la numeración cedida a favor de éstas (Air Digital, Smartgroup, Ancert y Royal Telecom). Asimismo, se concluye que TME ha intervenido en la gestión de la portabilidad de los clientes de dichas entidades como operadora donante.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

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

Las competencias de la CNMC para instruir y resolver el presente procedimiento 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 (en adelante, Ley CNMC), corresponde a la CNMC *“realizar las funciones atribuidas por la Ley 32/2003¹⁷, de 3 de noviembre, y su normativa de desarrollo”*, entre las que se encuentra *“el ejercicio de la potestad sancionadora en los términos previstos por esta ley [LGTel]”*.

Esta remisión a la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones (en adelante, LGTel de 2003), ha de entenderse efectuada en la actualidad a la Ley 9/2014, de 9 de mayo, de Telecomunicaciones (en adelante, LGTel de 2014), que ha derogado la anterior ley.

En el presente caso, se ha investigado la posible infracción de la normativa en materia de numeración, consistente en la asignación directa de numeración por

¹⁷ Actualmente, Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones.

parte de TME a determinadas entidades revendedoras de sus servicios que actúan como OMV prestadores de servicios, sin la solicitud previa por parte de esta operadora de la autorización de la subasignación de su numeración a favor de éstas.

De forma adicional, se ha analizado cómo interviene TME en los procedimientos de cambio de operador con conservación de la numeración móvil solicitados por los usuarios finales, que tienen contratados los servicios móviles con sus entidades revendedoras, por si esta operadora hubiera estado incumpliendo las Resoluciones de aprobación de las Especificaciones Técnicas de la Portabilidad Móvil¹⁸, al no seguir los procesos regulados en éstas.

Dado el periodo determinado de realización de sus conductas, dichas presuntas infracciones se habrían cometido estando vigentes la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones (en adelante, LGTel de 2003) y, posteriormente, la Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones (en adelante, LGTel de 2014).

1.1. Competencia en relación con la infracción en materia de numeración

En primer lugar, en cuanto a la infracción en materia de numeración, el artículo 53.w) de la LGTel de 2003 establece como infracción muy grave el incumplimiento de las condiciones determinantes de la adjudicación y asignación de los recursos de numeración incluidos en los planes de numeración debidamente aprobados, como es el control de la numeración por parte del operador asignatario de la misma (artículos 38 y 59 del Reglamento de Numeración).

La LGTel de 2003 establece, en su artículo 58, que la competencia sancionadora corresponderá *“a) A la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, cuando se trate de infracciones muy graves tipificadas en el párrafo q) a x) del artículo 53, infracciones graves tipificadas en el párrafo p) y, en el ámbito material de su actuación, en el párrafo q) del artículo 54, e infracciones leves tipificadas en el párrafo d) del artículo 55, respecto de los requerimientos por ella formulados”*.

En este mismo sentido, la LGTel de 2014, en su artículo 77.19 contempla como infracción grave *“[El incumplimiento de las condiciones determinantes de las*

¹⁸ En el expediente de información previa se indicó el posible incumplimiento por parte de TME de la Resolución de la CMT por la que se aprueba la Especificación Técnica de los Procedimientos Administrativos para la Conservación de Numeración Móvil en caso de cambio de operador, de 7 de julio de 2011.

atribuciones y el otorgamiento de los derechos de uso de los recursos de numeración incluidos en los planes de numeración”.

Además de contemplarse dicha infracción como grave (ya no como muy grave), la LGTel de 2014 señala en su artículo 84.2 que la competencia sancionadora corresponderá a la CNMC, 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”.*

Por tanto, esta infracción (la contemplada en el artículo 77.19) no se encuentra dentro de las infracciones cuya sanción corresponde a esta Comisión. De acuerdo con el artículo 84.1 de la LGTel de 2014, la competencia sancionadora corresponderá *“Al Secretario de Estado de Telecomunicaciones y para la Sociedad de la Información, para la imposición de sanciones no contempladas en los siguientes apartados”.*

Sin embargo, de conformidad con lo dispuesto en la Disposición transitoria décima de la LGTel de 2014, hasta que el Ministerio de Industria, Energía y Turismo (en adelante, Minetur) asuma efectivamente las competencias en materia de numeración y sancionadoras en ese ámbito, éstas se seguirán ejerciendo por la CNMC.

1.2. Competencia en relación con la infracción en materia de portabilidad

En segundo lugar, la infracción en materia de portabilidad consistiría en el presunto incumplimiento de las Especificaciones Técnicas de Portabilidad Móvil, aprobadas por Resoluciones de fechas 22 de octubre de 2009 y 7 de julio de 2011.

De acuerdo con el artículo 53.r) de la LGTel de 2003 constituye una infracción muy grave *“el incumplimiento de las resoluciones adoptadas por la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones en el ejercicio de sus funciones en materia de comunicaciones electrónicas”.*

La competencia sancionadora de este tipo infractor correspondería a la CNMC, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 58 de la LGTel de 2003.

De forma similar, la nueva LGTel de 2014 contempla como infracción muy grave en el artículo 76.12 *“[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”.*

Según la nueva LGTel de 2014, en su artículo 84.2, la competencia sancionadora sobre este tipo de infracción continúa recayendo sobre la CNMC.

En virtud de lo anterior, en aplicación de los preceptos citados, y de conformidad con el artículo 84.2 de la LGTel de 2014, la CNMC tiene competencia para conocer sobre las conductas mencionadas anteriormente y resolver sobre el incumplimiento por parte de TME de la normativa sectorial en materia de numeración y portabilidad.

1.3.- Procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora

Por último, el procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora se rige por lo establecido en la Ley 3/2013 y en la LGTel de 2014, así como, en lo no previsto en las normas anteriores, por la LRJPAC, así como por el Reglamento del Procedimiento para el Ejercicio de la Potestad Sancionadora, aprobado por el Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto (en adelante, Reglamento del Procedimiento Sancionador)..

Atendiendo a lo previsto en el artículo 10.2 del Reglamento del Procedimiento Sancionador y en los artículos 21.2 de la LCNMC y 14.1.b) del Estatuto Orgánico de la CNMC, aprobado por el Real Decreto 657/2013, de 30 de agosto (en adelante, EOCNMC), el órgano competente para incoar y resolver el presente procedimiento sancionador es la Sala de Supervisión Regulatoria de la CNMC.

Por otra parte, según el artículo 29.2 de la LCNMC, *“para el ejercicio de la potestad sancionadora, se garantizará 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”*. En consecuencia, la instrucción de los procedimientos sancionadores corresponde a la Dirección de Telecomunicaciones y del Sector Audiovisual, de acuerdo con lo previsto en los artículos 25.1.b) de la LCNMC y 18.1 y 21.b) y 22 del EOCNMC.

SEGUNDO.- Objeto del procedimiento sancionador

El objeto del presente procedimiento sancionador consiste en determinar si TME ha incumplido sus obligaciones en materia de solicitud de autorización previa para subasignación de numeración y de observancia de las especificaciones técnicas de portabilidad.

TERCERO.- Tipificación de los Hechos Probados

3.1.- Conductas sancionables

Este procedimiento sancionador se inició contra TME ante la posible comisión de dos infracciones administrativas: (i) una infracción tipificada en el artículo 77.19 de la LGTel 2014, que califica como infracción grave el incumplimiento de las condiciones determinantes de la adjudicación y asignación de los recursos de numeración incluidos en los planes de numeración; y (ii) una infracción tipificada en el artículo 76.12 de la LGTel 2014, que califica como infracción muy grave el incumplimiento de las resoluciones adoptadas por esta Comisión en el ejercicio de sus funciones en materia de comunicaciones electrónicas.

En particular, tal y como consta en el Fundamento Jurídico Material Segundo del acuerdo de inicio del presente procedimiento sancionador, el expediente se incoó contra TME porque ésta *“habría incurrido en un incumplimiento de la obligación de obtener la autorización previa a la subasignación de recursos públicos de numeración para la prestación del servicio de reventa. Asimismo, habría incumplido las Especificaciones Técnicas de Portabilidad al no respetar el procedimiento establecido en las mismas para la portabilidad”*.

En virtud de lo establecido en el artículo 129.1 de la LRJPAC, que consagra el principio de tipicidad, es necesario analizar si TME podría haber incurrido en un incumplimiento de las condiciones determinantes de las atribuciones y el otorgamiento de los derechos de uso de los recursos de numeración incluidos en los planes de numeración, así como de las Resoluciones de la CMT que aprueban las Especificaciones Técnicas de Portabilidad Móvil.

3.2.- Sobre la infracción por parte de TME consistente en la falta de control del uso de determinados recursos de numeración móvil al no solicitar a la CNMC la autorización de la subasignación de dicha numeración a sus OMV PS.

Tal y como se ha expuesto en el Hecho Probado Primero, TME ha estado, desde el inicio de la prestación de servicios por parte de las entidades que revenden sus servicios (agosto de 2008¹⁹) hasta la actualidad –en relación con Air Digital, Smartgroup, Ancert y Royal Telecom²⁰–, cediendo numeración móvil a distintas empresas para que éstas, a su vez, asignen dicha numeración a sus

¹⁹ Fecha en la que Air Telecom comenzó a revender los servicios móviles de TME, siendo ésta la primera de las referidas entidades que han actuado como OMV PS.

²⁰ Ocean's dejó de prestar servicios con TME en fecha 30 de abril de 2014 y Termilin se extinguió como persona jurídica.

usuarios finales, sin haber solicitado la previa autorización administrativa de subasignación a esta Comisión.

Según el artículo 38.b) del Reglamento de Numeración, relativo a las condiciones generales de uso de los recursos asignados, los recursos públicos de numeración deberán permanecer bajo el control del operador titular de la asignación. Asimismo, de acuerdo con el artículo 59.c) del citado Reglamento, sobre las condiciones generales para la utilización de los recursos públicos de numeración, *“los recursos asignados deberán permanecer bajo el control del titular de la asignación”*.

Y dicho precepto añade que “no obstante, este, previa autorización de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones podrá efectuar subasignaciones siempre que el uso que se vaya a hacer de los recursos haya sido el especificado en la solicitud”.

En relación con el artículo 49 del Reglamento, el mismo regula la figura de las subasignaciones, señalando que:

“Los operadores que presten servicios de comunicaciones electrónicas pero no se encuentren en los supuestos señalados en el artículo anterior podrán utilizar las subasignaciones que les faciliten los titulares de las asignaciones, en las condiciones previstas en el artículo 59.b), previa autorización de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones. (...) A estos efectos, el concepto de subasignación incluye cualquier forma de encomienda de la gestión o comercialización de los números”.

Tal como se desprende a partir del Hecho Probado Primero, esta Comisión considera que TME ha incumplido lo dispuesto en dichos preceptos, concretamente, las condiciones generales establecidas en la normativa para la utilización de los recursos públicos de numeración, al ceder el control de parte de la numeración que le fue asignada por la CMT, subasignándosela a los revendedores sin haber solicitado la previa autorización de la CNMC.

Cabe indicar, como ya se ha expuesto en el Hecho Probado Primero, que a excepción del caso de Ocean´s (expediente SNC/DTSA/024/15), donde ambas operadoras solicitaron conjuntamente la autorización de subasignación de su numeración, TME ha estado encomendando el uso de numeración a los OMV PS analizados anteriormente, sin solicitar dicha autorización previa a esta Comisión.

A este respecto, tanto en su escrito de alegaciones al acuerdo de inicio del procedimiento sancionador, de fecha 5 de noviembre de 2015 como en su escrito de alegaciones a la propuesta de resolución de 29 de julio de 2016 (véanse páginas 6 a 12, folios 1739 a 1745), TME defiende que la figura de la

reventa no coincide con la del OMV PS, por lo que no era obligatoria, en dicho caso, la solicitud de autorización para la subasignación de la numeración. A este respecto, esta operadora señala que *“no se puede considerar a los Revendedores como operadores propiamente dichos”*. Esta operadora añade que *“los Revendedores no efectúan la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas a los usuarios finales”*, sino que realizan *“una mera refacturación de los servicios de telecomunicaciones que son prestados en su integridad por TME”* (folio 1620).

TME alega que han aparecido nuevos agentes en el mercado que no obedecen a las categorías tradicionales de operadores de red móvil, OMV puro y prestador de servicio, por lo que *“las reglas tradicionales sobre las obligaciones de conservación de la numeración y subasignación no resultan de aplicación”*.

En concreto, TME afirma que dicha obligación de solicitar la subasignación no resulta aplicable en el caso de la reventa, *“toda vez que para estas empresas en ningún momento se ha planteado la opción de subasignación de numeración por no considerar que estén operando en el mercado bajo la figura de OMV PS”*.

TME añade que estas entidades revendedoras tramitan mensualmente un nivel muy bajo de líneas, sin que la normativa aplicable imponga un rango mínimo o máximo de líneas. La asignación eficiente de la numeración conlleva la subasignación de bloques de, al menos, 10.000 números. Por ello, TME considera que a nivel práctico la solicitud de subasignación de un recurso escaso, como es la numeración para este tipo de entidades revendedoras, supondría un uso ineficaz de la numeración.

TME alega que la propia CMT, en su Resolución de 26 de abril de 2012 (expediente DT 2009/1634), sobre la modificación de la especificación técnica de los procedimientos administrativos para la conservación de numeración fija en caso de cambio de operador, reconoce que la subasignación de la numeración fija a los operadores revendedores podría generar situaciones de ineficiencia en el uso de la numeración. La CNMC sería, por tanto, plenamente conocedora de la no existencia de subasignación en los servicios fijos, siendo la problemática derivada de la no subasignación de numeración fija idéntica a la de la móvil.

Pues bien, esta Sala debe rechazar los argumentos esgrimidos por TME, tal y como se expone a continuación.

Por un lado, con independencia de las distintas figuras o denominaciones que pueden existir en términos comerciales, desde un punto de vista regulatorio los

OMV PS son operadores de comunicaciones electrónicas revendedores del servicio telefónico móvil. Esto es, los revendedores del servicio telefónico que asumen la responsabilidad de dicho servicio frente al cliente final son OMV PS –y de hecho así están inscritas la mayoría de las empresas analizadas-.

Así se refería a estos agentes la Resolución de la CMT de 2 de febrero de 2006, sobre la definición y análisis del mercado de acceso y originación de llamadas en las redes públicas de telefonía móvil, la designación de operadores con poder significativo en el mismo y la imposición de obligaciones específicas (expediente AEM 2005/933), distinguiéndose dos figuras:

- OMV Completos: entidades que disponen de red de encaminamiento de llamadas pero no de espectro radioeléctrico, por lo que para ofrecer sus servicios necesitan disponer de un acuerdo de acceso con un operador habilitado para el uso del dominio público radioeléctrico. Sin embargo, sí pueden ser asignatarios de numeración propia.
- OMV prestadores de servicio (PS): entidades que no disponen de ningún elemento de red propia, por lo que necesitan llegar a un acuerdo de acceso con un operador de red móvil para ofrecer sus servicios. Por ello, como ya se ha indicado, este tipo de operadores no pueden ser asignatarios de numeración pero sí obtener la subasignación de numeración de otro operador.

Así, la figura del OMV PS vino a asimilarse a la de un operador revendedor de servicios, de modo análogo a cómo eran conceptuados los operadores revendedores del servicio telefónico fijo.

En este sentido, si bien fue en la resolución citada donde se contempló por primera vez la figura y clasificación de los OMV, debe señalarse que en el caso de los OMV PS los mismos ya existían con anterioridad bajo el concepto de “revendedores”.

En efecto, es preciso retrotraerse a la Orden del entonces Ministerio de Fomento, de 22 de septiembre de 1998²¹, por la que se establecía el régimen aplicable a las licencias individuales para servicios y redes de telecomunicaciones y las condiciones que debían cumplirse por sus titulares, para encontrarnos con la figura de “revendedores del servicio telefónico”²² en el ámbito de las telecomunicaciones.

²¹ Derogada por normativa posterior.

²² Ver artículo 22 de la citada Orden.

Sirva, además, como ejemplo, en este caso, lo dispuesto en la Resolución de la CMT de 20 de julio de 2006, sobre la solicitud de TME de asignación de un nuevo IRM (identificador de red móvil) en la que se hace referencia a la solicitud de TME de dicho IRM *“con el fin de facilitar la gestión de los prestadores del servicio móvil disponible al público mediante reventa soportados en su propia red (sus revendedores)”*.

Fue, por tanto, a partir de la resolución de 2 de febrero de 2006 cuando, en lugar de designarse a los operadores sin red propia como “revendedores”, pasaron a denominarse OMV prestadores de servicios, inscribiéndose como tales en el Registro de Operadores de redes y servicios de comunicaciones electrónicas.

Es decir, en el Registro de Operadores los operadores móviles que disponen de los elementos de red necesarios para encaminar las llamadas de sus clientes y pueden controlar la numeración asignada son inscritos bajo la denominación de “OMV Completo”. Por el contrario, en caso de no disponer de los elementos de red y revender el servicio telefónico móvil disponible al público de otros operadores, las entidades solicitantes se inscriben bajo la denominación de “OMV Prestador de servicios”.

Establecida esta premisa, lo relevante a efectos de si se está o no actuando como un revendedor u OMV PS es si la empresa en cuestión asume la responsabilidad del servicio frente al usuario final. TME conoce –o debe conocer- esta cuestión y ha firmado contratos con las empresas analizadas por los que estas empresas asumen dicha responsabilidad, de forma que esta alegación no puede ser acogida ni tampoco las presuntas faltas de tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad vinculadas a dicha alegación y aducidas en las páginas 31 a 35 del escrito de alegaciones de TME de 29 de julio de 2016 a la propuesta de resolución (folios 1764 a 1768, especialmente véanse los folios 1766 a 1768).

Por otro lado, la figura de la subasignación está prevista en el Reglamento de Numeración precisamente para que pueda ser utilizada por los revendedores u OMV PS, al no poder ser éstos asignatarios directos de recursos públicos de numeración.

Por lo que se refiere a la afirmación de que existe un nivel muy bajo de líneas tramitadas por los revendedores mensualmente, de modo que no existe justificación para la subasignación en bloques de 10.000 números, debe señalarse que, efectivamente, por el momento, la subasignación mínima es de 10.000 números, lo que corresponde a 1/10 del bloque mínimo asignable a los operadores de red (100.000 números).

En cualquier caso, habida cuenta de la existencia de 140 millones de números móviles disponibles en la actualidad (o hasta 190 millones si se contempla la posible reserva existente en el rango 7), no se presupone un riesgo a medio-largo plazo de agotamiento de este tipo de recursos por la aparición de OMV con un número de altas limitado.

Además, analizando la información incorporada al expediente, se ha constatado que los operadores revendedores de TME han recibido clientes no sólo provenientes de previos procesos de portabilidad tramitados a través de TME, sino también de altas que requerían de subasignación de numeración nueva (véase tabla del Hecho Probado 1.4 de la presente Resolución).

En particular, Air Digital manifiesta en el procedimiento sancionador incoado contra ella (expediente SNC/DTSA/018/15), que no presta servicios de comunicaciones electrónicas y que los clientes finales ya disponen de numeración propia con carácter previo a la contratación de sus servicios. Sin embargo, lo cierto es que en el presente expediente consta que la misma ha estado prestando y presta servicios de comunicaciones electrónicas, habiendo tramitado altas nuevas de clientes.

Asimismo, en el contrato mayorista de reventa firmado entre TME y Air Digital (cláusula 2.1.d) se prevé que Air Digital estaba obligada a comunicar a TME con suficiente antelación las nuevas altas de líneas.

De igual modo, en su comunicación a la CNMC de fecha 5 de noviembre de 2005, con la finalidad de notificar su actividad como OMV PS e inscribirse en el Registro de Operadores, Smartgroup señala que la contratación con los clientes *“puede ser un alta nueva del cliente final, o, principalmente, derivado de un proceso de portabilidad de un anterior operador hacia SMARTGROUP”*.

En el caso de Ocean’s, como ya se ha expuesto, ambas operadoras conjuntamente solicitaron la subasignación de numeración aunque, no obstante, en la práctica dicha subasignación se quedó sin efecto porque las nuevas altas de clientes de Ocean’s se continuaron produciendo sobre otra numeración de TME, en lugar de usar números del bloque subasignado, por lo que en este caso TME también habría infringido la normativa en materia de numeración.

Por otra parte, en su escrito de alegaciones al acuerdo de inicio del procedimiento sancionador tramitado contra ella (expediente SNC/DTSA/025/15), Royal Telecom reconoce expresamente que debía tener numeración subasignada de TME para el caso de altas nuevas.

Por tanto, al igual que en el caso de Ocean's, TME debió solicitar a esta Comisión la subasignación de la numeración cedida a sus operadores de reventa, a efectos de que éstos pudieran facilitar cualquier tipo de altas nuevas.

Por último, en cuanto a la alegación de TME en virtud de la cual la propia CMT, en su Resolución de 26 de abril de 2012 (expediente DT 2009/1634) sobre la modificación de la especificación técnica de los procedimientos administrativos para la conservación de numeración fija en caso de cambio de operador, reconoce que la subasignación de la numeración fija a los operadores revendedores podría generar situaciones de ineficiencia en el uso de la numeración, debe señalarse, sin perjuicio de lo expuesto en las EETT de portabilidad fija, que el problema de dicha ineficiencia como consecuencia del escaso volumen de números a subasignar, no concurre en el caso de la numeración móvil, ya que, como se ha indicado anteriormente, existen 140 millones de números móviles disponibles (o hasta 190 millones si se contempla la posible reserva existente en el rango 7), por lo que no se presupone un riesgo a medio-largo plazo de agotamiento de este tipo de recursos. Más aún, las EETT de portabilidad fija no son aplicables a los procesos de portabilidad móvil analizados.

Por tanto, debe señalarse que TME ha incurrido en una infracción grave tipificada en el artículo 77.19 de la LGTel de 2014, consistente en *“el incumplimiento de las condiciones determinantes de las atribuciones y el otorgamiento de los derechos de uso de los recursos de numeración incluidos en los planes de numeración”*.

La conducta se ha sucedido desde el año 2008. No obstante, ha de tenerse en cuenta que el tipo de infracción imputable a TME resulta ser más favorable para el presunto infractor en virtud de la LGTel de 2014 que en la LGTel de 2003, por haberse modificado la calificación de la infracción desde muy grave a grave –incumplimiento tipificado en el artículo 53.w) de la LGTel de 2003, como se analiza en el Fundamento de Derecho Primero de la presente Resolución -Habilitación Competencial-, por lo que procede aplicar la LGTel de 2014, en virtud de los artículos 9 de la Constitución española y 128.2 de la LRJPAC.

3.3.- Sobre la intervención de TME, como operador donante, en la gestión de las solicitudes de portabilidad de los usuarios finales de sus entidades revendedoras

Tal y como se ha expuesto en el Hecho Probado Segundo, TME ha estado, desde el mes de febrero de 2010 hasta el momento actual, en relación con Air Digital, Smartgroup, Ocean's y Royal Telecom gestionando la portabilidad de los clientes de dichas operadoras revendedoras de servicios móviles.

De conformidad con el artículo 47 de la LGTel de 2014, 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. No se podrá transferir a los usuarios finales a otro operador en contra de su voluntad”.

Añade dicho precepto que “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”.

Asimismo, el Reglamento de Numeración establece, en su artículo 44.1, que todos los operadores de redes telefónicas públicas y los del servicio telefónico disponible al público “*deberán facilitar a los abonados que lo soliciten la conservación de sus números, en los términos previstos en ese reglamento*”, añadiendo su apartado segundo que “*los operadores sólo estarán obligados a ceder los números de un determinado abonado cuando éste se dé de baja como tal y, simultáneamente, de alta en otro operador. Se entiende que hay simultaneidad cuando la solicitud de alta en el nuevo operador efectuada por cualquier medio que permita tener constancia de la misma, incluya una petición a éste para tramitar su baja ante el anterior conservando sus números*”.

Se desprende de lo anterior que el proceso de portabilidad ha de ser dirigido por el operador receptor, debiéndose solicitar a éste la portabilidad por parte de aquellos usuarios finales que deseen cambiar de operador.

En los mismos términos se pronuncian las Especificaciones Técnicas de Portabilidad Móvil. A este respecto, debe tenerse en cuenta lo dispuesto en las Especificaciones Técnicas aprobadas después de la Resolución de 2 de febrero de 2006²³, a saber, Resoluciones de 1 de marzo de 2007 (AEM 2006/502), 26 de julio de 2007 (DT 2007/453), 19 de junio de 2008 (DT 2007/496), 22 de octubre de 2009 (DT 2009/860) y 7 de julio de 2011 (DT 2009/1660).

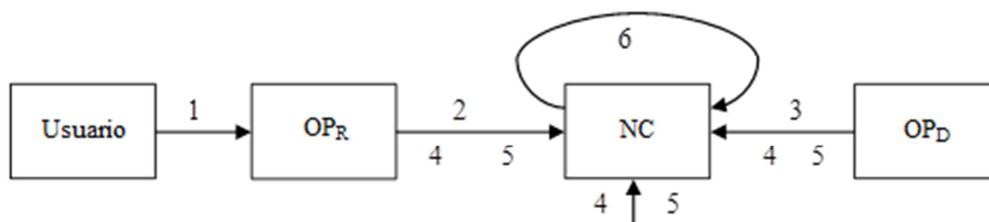
Como se ha indicado anteriormente, todos los procedimientos administrativos definidos en las Especificaciones Técnicas de Portabilidad Móvil son de directa aplicación, tanto a los operadores móviles de red como a los OMV, ya sean completos o prestadores de servicio (revendedores).

²³ Anteriormente, con fecha 8 de junio de 2000, la CMT aprobó mediante resolución las especificaciones técnicas aplicables a la conservación de numeración en caso de cambio de operador (portabilidad) en redes telefónicas públicas móviles, que fue modificada el 5 de junio de 2003.

Concretamente, cuando el operador de red ha llegado a un acuerdo de acceso con un revendedor, ambos han de participar en el proceso de portabilidad, tanto para el caso de que un usuario desee portarse al revendedor (actuando éste como operador receptor²⁴) como para el que el usuario desee irse a otro operador (actuando éste como operador donante²⁵). El operador revendedor tiene la responsabilidad de gestionar administrativamente la portabilidad, correspondiendo al operador de red la ejecución técnica de la misma (apartado 5.1 de las Especificaciones). Es decir, el operador de red es el encargado de encaminar las llamadas a nivel técnico, sin perjuicio de que la responsabilidad de asegurar el ejercicio del derecho a la portabilidad por parte del abonado corresponde al prestador del servicio (en el presente caso a los operadores reventa). En otras palabras, el revendedor u OMV PS tiene la responsabilidad de gestionar administrativamente la portabilidad de sus usuarios finales, correspondiendo al operador de red la ejecución técnica de la misma.

Así pues, en el caso de que el cliente de un OMV PS (revendedor) quisiera cambiarse de operador, debería poder solicitar directamente la portabilidad al operador receptor.

Según el apartado 5.2 de las Especificaciones Técnicas de Portabilidad Móvil, los abonados, tanto de prepago como de postpago, deben iniciar el proceso de portabilidad mediante una solicitud de portabilidad al operador receptor. Así se contempla igualmente en el apartado 7.2.1.2, según el cual “*el usuario formaliza una solicitud de alta de portabilidad con el operador receptor*”, tal y como se describe a través del siguiente diagrama:



1. El usuario solicita el alta de portabilidad con el operador receptor.

²⁴ Según el apartado 4 de las Especificaciones Técnicas, se entiende por operador receptor 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”.

²⁵ Según el apartado 4 de las Especificaciones Técnicas, se entiende por operador donante el “operador que presta el servicio telefónico móvil disponible al público a un abonado en modalidad de contrato o prepago o similar, antes del inicio del proceso de portabilidad”.

2. Una vez recibida la solicitud de portabilidad por el operador receptor, éste, en el mismo ½ día hábil en el que se formaliza la solicitud de alta de portabilidad por parte del abonado se conecta al nodo central y realiza la grabación de la citada solicitud.
3. Dentro del medio día hábil siguiente al medio día hábil en que el operador receptor ha procedido a la grabación de la solicitud de alta, el operador donante deberá confirmar o rechazar la solicitud de alta de portabilidad, registrando dicha decisión en el nodo central, de modo que quede accesible al resto de operadores y entidades. Así, el operador donante podría rechazar la solicitud en el caso de falta de correspondencia entre la numeración y el abonado identificado por su NIF/ NIE/Pasaporte y nacionalidad/CIF.

En el caso de que transcurrido dicho período el donante no hubiera realizado la confirmación/rechazo de la solicitud, el nodo central rechazará la solicitud, indicando como causa de la misma la falta de respuesta en tiempo del operador donante.

4. Lectura de la confirmación/rechazo de la solicitud por el operador receptor.
5. Lectura del fichero de movimientos no cancelables por todos los operadores de red, al objeto de poder ejecutar las tareas para asegurar el encaminamiento de las llamadas.
6. Cambio de estado de la solicitud a “portada” en el nodo central al comienzo del medio día hábil siguiente a la ventana de cambio.

El proceso descrito sería el procedimiento regulado en las Especificaciones Técnicas de Portabilidad Móvil, de alta de portabilidad en el caso de que un cliente de un operador revendedor quisiera cambiarse a otro operador conservando su numeración.

Concretamente, de acuerdo con las resoluciones de 22 de octubre de 2009 y 7 de julio de 2011 los OMV PS deben intervenir directamente en los siguientes procesos administrativos:

- Alta: en el rol de receptor tramitará el envío de la solicitud, mientras que en el rol de donante su función será la de aceptar o rechazar dicha solicitud en base a las causas que le correspondan.
- Cancelación: podrá solicitar o recibir la cancelación de portabilidades.

- Baja: en el rol de operador receptor estará obligado a notificar el estado de baja de una numeración importada.
- Migración masiva: cambios de encaminamiento masivos sin que medie una portabilidad de usuario.
- Gestión de incidencias: para solucionar incidencias que pudieran producirse entre los agentes implicados en un proceso de portabilidad.

En este sentido, se señala también que los OMV PS, aunque no tienen la posibilidad de garantizar directamente la ejecución técnica de la portabilidad, sí tienen la responsabilidad de gestionar el tratamiento administrativo de la solicitud de portabilidad del abonado al que proveen o proveerán servicio y, por tanto, es necesario reflejar dicha gestión en el Nodo Central de portabilidad móvil, ya que tienen un papel característico en dichos procesos, diferenciado del de los OMR y OMV Completos.

Pues bien, de conformidad con lo dispuesto en el Hecho Probado Segundo, el procedimiento de portabilidad adoptado por TME y sus OMV PS es contrario al establecido en las Especificaciones Técnicas de Portabilidad Móvil y no puede garantizar que el cliente se tenga que poner únicamente en contacto con el operador receptor sin ninguna condición o requisito previo, cuando solicita la portabilidad desde un operador revendedor de TME a otro operador distinto, al objeto de evitar prácticas abusivas de retención de clientes por parte del operador donante. En estos casos, además, cabe tener en cuenta que es TME -y no los revendedores- quien interviene como “operador donante” de la numeración de los usuarios finales, que no son suyos y cuyos datos desconoce, por lo que no puede garantizar la portabilidad de acuerdo con lo que establecen las EETT.

En otras palabras, en el presente caso, TME ha estado actuando como operador donante al margen de lo previsto en las Especificaciones Técnicas de Portabilidad Móvil (no tratándose, por tanto, de un mero cumplimiento defectuoso, como defiende TME en las páginas 38 a 40 de su escrito de alegaciones de 29 de julio de 2016, folios 1771 a 1773), desde el año 2010 hasta la actualidad, sin que sus operadores revendedores pudieran gestionar las solicitudes de portabilidad de sus clientes. Ello porque TME interviene como operadora donante de la numeración asociada a los procedimientos de portabilidad promovidos por los usuarios finales de sus empresas revendedoras, con los que no mantiene ninguna relación contractual y, por lo tanto, no conoce los detalles de dichos usuarios, según ha reconocido la propia TME en su escrito de 9 de mayo de 2016.

Este procedimiento acordado entre TME y sus OMV PS impide o puede impedir garantizar a los usuarios el derecho al cambio de operador con conservación de numeración, en las condiciones y plazo regulados, al no disponer de toda la información necesaria para gestionar adecuadamente el proceso de portabilidad en el rol de operador donante, tal y como se ha acreditado en el Hecho Probado Segundo en relación con las portabilidades de determinados usuarios de Ancert.

La LGTel de 2014, en los mismos términos que la de 2003, contempla como infracción muy grave en el artículo 76.12 “[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 virtud de lo anterior, TME ha incurrido en una infracción administrativa muy grave, tipificada en el artículo 76.12 de la LGTel de 2014, por incumplimiento de las Resoluciones de la CMT que aprobaron las Especificaciones Técnicas de Portabilidad Móvil, de fechas 22 de octubre de 2009 y 7 de julio de 2011.

CUARTO.- Culpabilidad y responsabilidad en la comisión de la infracción.

De conformidad con la Jurisprudencia y doctrina mayoritaria en materia de Derecho Administrativo Sancionador²⁶, actualmente no se reconoce la responsabilidad objetiva en la comisión de una infracción, sino que se exige el elemento de la culpabilidad, lo que supone que la conducta antijurídica sea imputable a un sujeto pasivo responsable de dicha conducta, esto es, que exista un nexo psicológico entre el hecho y el sujeto.

Así se interpreta la expresión recogida por el legislador español cuando, al regular la potestad sancionadora de la Administración en el artículo 130.1 de la LRJPAC, establece que “*sólo podrán ser sancionados por hechos constitutivos de infracción administrativa las personas físicas y jurídicas que resulten responsables de los mismos aun a título de simple inobservancia.*” En efecto, en el Derecho Administrativo Sancionador cabe atribuir responsabilidad a título de simple negligencia, entendida como la falta de diligencia debida para evitar un resultado antijurídico, previsible y evitable.

Actúa culposamente quien evita la diligencia debida en la observancia de la norma (STS de 22 de noviembre de 2004, recurso contencioso-administrativo núm. 174/2002) y dolosamente quien quiere realizar el tipo de infracción. En la

²⁶ Por todas, la STS de 22 de noviembre de 2004.

normativa sectorial de comunicaciones electrónicas podemos encontrar ambos supuestos.

En todo caso, el elemento subjetivo que la culpabilidad supone se refiere a la acción en que la infracción consiste y no al hecho de vulnerar la norma, tal y como ha declarado reiteradamente la jurisprudencia. Así, la sentencia del Tribunal Supremo de 30 de enero de 1991 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 7ª), en su Fundamento de derecho 4, indica:

“Por último en cuanto a la alegada ausencia de intencionalidad de incumplir las disposiciones legales, referidas en la resolución sancionadora, y a la necesidad del dolo o culpa como elemento de la infracción administrativa, debe señalarse, que, sin negar este elemento, no puede afirmarse que el dolo o la culpa deban entenderse como acto de voluntad directamente referido a la vulneración de la norma que define el tipo de falta, sino que con lo que debe relacionarse dicha voluntad, como elemento del dolo o culpa, es con la conducta y el resultado de ella que dicha norma contempla como supuesto del tipo de falta.

No es que se quiera vulnerar la norma, sino que se quiera realizar el acto que la norma prohíbe. [El subrayado es nuestro].

En el presente caso, en relación con las conductas imputadas a TME, los tipos infractores aplicables no exigen la concurrencia de dolo, siendo suficiente la negligencia consistente, respectivamente, en no dar cumplimiento a la obligación de control del uso de la numeración asignada, que se deriva de cesión de uso de numeración sin solicitarse previamente la autorización preceptiva de la subasignación de numeración, y en el incumplimiento de las Resoluciones de aprobación de las Especificaciones Técnicas de Portabilidad Móvil.

Ambas conductas han sido realizadas por TME, al menos, con conocimiento de que podrían ser constitutivas de una infracción normativa, ya que se trata de un operador que lleva en el mercado de las telecomunicaciones desde hace muchos años en España y que ha estado involucrado en los procesos de portabilidad desde el inicio de la existencia de esta herramienta (año 2000), interviniendo, además, como interesado en los procedimientos de aprobación de las Especificaciones Técnicas (de la portabilidad fija y móvil). No obstante, no se ha podido demostrar que la conducta de TME haya sido realizada con intención deliberada de incumplir tanto la normativa en materia de numeración como de portabilidad, con lo que se ha concluido que no procede imputarle las conductas infractoras a título de dolo.

Por todo ello, teniendo en cuenta la actitud que ha dado lugar a la comisión de las infracciones por parte de TME, ésta debe ser considerada como una actitud negligente o viciada de ignorancia inexcusable, con la imputación de la consiguiente culpabilidad.

QUINTO.- Cuantificación de las sanciones aplicables

5.1.- Límite legal de las sanciones

La LGTel de 2014 establece unas reglas para fijar la cuantía máxima que puede imponerse en la sanción de infracciones, estableciéndose, por otra parte, también una cuantía mínima en caso de que pueda cuantificarse la sanción con arreglo al beneficio económico obtenido por el infractor.

En el presente caso, las conductas antijurídicas consisten en la falta de control del uso de numeración que se deriva de la no solicitud de autorización de subasignación de numeración, así como en el incumplimiento de las Resoluciones de fechas 22 de octubre de 2009 y 7 de julio de 2011 de aprobación de las Especificaciones Técnicas de Portabilidad Móvil.

De conformidad con el artículo 79.1.c) del citado texto legal la sanción a imponer por la infracción administrativa grave del artículo 77.19 en materia de numeración, esta es la siguiente:

“Por la comisión de infracciones graves se impondrá al infractor multa por importe de hasta dos millones de euros”.

Por la comisión de infracciones graves tipificadas en las que la CNMC tenga competencias sancionadoras se impondrá al infractor multa por importe de hasta el duplo del beneficio bruto obtenido como consecuencia de los actos u omisiones que constituyan aquéllas o, en caso de que no resulte aplicable este criterio, el límite máximo de la sanción será de dos millones de euros”.

Por lo que se refiere a la sanción que puede ser impuesta por la infracción administrativa muy grave del artículo 76.12, consistente en el incumplimiento de las resoluciones firmes en vía administrativa dictadas por la CNMC en el ejercicio de sus funciones en materia de comunicaciones electrónicas, y de acuerdo con el artículo 79.1.a) LGTel, es la siguiente:

“Por la comisión de infracciones muy graves se impondrá al infractor multa por importe de hasta veinte millones de euros.

Por la comisión de infracciones muy graves tipificadas en las que la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia tenga competencias sancionadoras se impondrá al infractor multa por importe no inferior al tanto, ni superior al quíntuplo, del beneficio bruto obtenido como consecuencia de los actos u omisiones en que consista la infracción. En caso de que no resulte posible aplicar este criterio, el límite máximo de la sanción será de 20 millones de euros.”

En conclusión, la LGTel de 2014 establece para el caso de la infracción grave tipificada en el artículo 77.19 (incumplimiento de condiciones asociadas a la numeración), que el límite máximo del importe de la sanción a imponer sería el duplo del beneficio obtenido como consecuencia de la comisión de la infracción o, en caso de no poder determinarse dicha cantidad, dos millones de euros.

Asimismo, y para el caso de la infracción muy grave prevista en el artículo 76.12 se establece el quíntuplo del beneficio obtenido como consecuencia de la comisión de la infracción o veinte millones de euros como límites máximos del importe de la sanción por el incumplimiento de sus obligaciones en materia de portabilidad.

5.2.- Criterios legales de graduación de las sanciones

El artículo 80.1 de la LGTel de 2014 establece como criterios para la determinación de la cuantía de la sanción los siguientes:

- a) La gravedad de las infracciones cometidas anteriormente por el sujeto al que se sanciona.*
- b) La repercusión social de las infracciones.*
- c) El beneficio que haya reportado al infractor el hecho objeto de la infracción.*
- d) El daño causado y su reparación.*
- e) El cumplimiento voluntario de las medidas cautelares que, en su caso, se impongan en el procedimiento sancionador.*
- f) La negativa u obstrucción al acceso a las instalaciones o a facilitar la información o documentación requerida.*
- g) El cese de la actividad infractora, previamente o durante la tramitación del expediente sancionador.*

2. Para la fijación de la sanción también se tendrá en cuenta la situación económica del infractor, derivada de su patrimonio, de sus ingresos, de sus posibles cargas familiares y de las demás circunstancias personales que acredite que le afectan.”

Además de los criterios anteriores, el artículo 80.1 de la LGTel de 2014 se remite expresamente a los criterios establecidos en el artículo 131.3 de la LRJPAC, según el cual:

“En la determinación normativa del régimen sancionador, así como en la imposición de sanciones por las Administraciones Públicas se deberá guardar la debida adecuación entre la gravedad del hecho constitutivo de la infracción y la sanción aplicada, considerándose especialmente los siguientes criterios para la graduación de la sanción a aplicar:

a) La existencia de intencionalidad o reiteración.

b) La naturaleza de los perjuicios causados.

c) La reincidencia, por comisión en el término de un año de más de una infracción de la misma naturaleza cuando así haya sido declarado por resolución firme.”

Con la correcta aplicación de los anteriores criterios se cumple con el principio de proporcionalidad que prevé el artículo 131 de la LRJPAC exigible a la potestad sancionadora, conforme lo expresa nuestro Tribunal Supremo cuando señala que *“la Administración debe guardar la debida proporcionalidad entre la sanción impuesta, la infracción cometida y las circunstancias de toda índole que en ella concurren”* (Sentencia de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo de 20 de febrero de 1998; Recurso de Casación núm. 4007/1995). Entiende el alto tribunal que se cumple este principio cuando *“las facultades reconocidas a la Administración para determinar la cuantía de la sanción (...), habían sido desarrolladas, en ponderación de los datos obrantes en el expediente, dentro de los límites permisibles y en perfecta congruencia y proporcionalidad con la infracción cometida”* (Sentencia de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo de 28 de mayo de 1991).

La aplicación de los citados criterios otorga a esta Comisión un cierto grado de flexibilidad a la hora de fijar la cuantía máxima aplicable en cada caso, respetando así el principio de proporcionalidad y la necesaria disuasión que debe guiar el ejercicio de esta potestad²⁷.

²⁷ Véase a este respecto el Fundamento Tercero de la STS de 8 de octubre de 2001 (Recurso de Casación núm. 60/1995).

5.3.- Aplicación al presente caso de los criterios legales de graduación

En este apartado se procede a analizar, de acuerdo con los criterios de graduación anteriormente transcritos, tanto en la LGTel de 2014 como en el artículo 131.3 de la LRJPAC, si concurren criterios de graduación que haya que tener en cuenta para determinar la sanción.

De acuerdo con los criterios de graduación expuestos, se considera que procede apreciar en el presente caso el siguiente criterio de graduación de la sanción, como circunstancia que minorra la sanción a imponer a TME:

5.3.1 Escasa repercusión social

La conducta de TME consistente en el incumplimiento de las Resoluciones de 22 de octubre de 2009 y 7 de julio de 2011, por las que se aprobaron las Especificaciones Técnicas de Portabilidad Móvil, ha tenido una escasa repercusión social, es decir, no ha tenido una trascendencia relevante en la sociedad. La “escasa afectación” de la conducta, alegada como una presunta nueva circunstancia atenuante por TME en su escrito de 29 de julio de 2016 estaría también comprendida en ella (véase página 37 de escrito de alegaciones y folio 1770).

Según puso de manifiesto TME en su escrito de fecha 6 de abril de 2015, el número total de líneas de los operadores reventa²⁸ sería de **[CONFIDENCIAL]**, sin que se haya tenido constancia de quejas o reclamaciones de usuarios como consecuencia de esta conducta infractora.

Este criterio no se considera aplicable a la otra infracción imputada a TME, consistente en el incumplimiento de las condiciones asociadas a la numeración asignada, ya que el principal bien jurídico lesionado por la comisión de esta infracción es el del control efectivo del uso eficiente de un recurso escaso como lo son los recursos públicos de numeración por esta Comisión.

5.3.2 Situación económica del infractor

Ha de tenerse en cuenta la situación económica de TME derivada en este caso de los ingresos obtenidos por las actividades o servicios que presta correspondientes al servicio telefónico móvil.

Según ha puesto de manifiesto TME a esta Comisión en su escrito de 19 de mayo de 2016 (folios 1669 a 1672), la operadora obtuvo los siguientes ingresos

²⁸ Se incluyen en estas líneas las de la tabla que figura en el Hecho Probado Primero.

brutos anuales, desglosados según los servicios mayoristas y minoristas, derivados de la prestación del servicio de telefonía móvil, durante los años 2008 hasta la actualidad:

[INICIO CONFIDENCIAL

FIN CONFIDENCIAL]

5.4.- Cuantificación de las sanciones

Para determinar la cuantía de la sanción hay que tener en cuenta los criterios de graduación de la sanción señalados en el apartado anterior y lo dispuesto en los apartados 2 y 3 del artículo 131 de la LRJPAC.

“2. El establecimiento de sanciones pecuniarias deberán prever que la comisión de las infracciones tipificadas no resulte más beneficioso al infractor que el incumplimiento de las normas infringidas”.

La aplicación de estos criterios otorga un cierto grado de flexibilidad a la hora de fijar la cuantía máxima aplicable en cada caso, respetando así el principio de proporcionalidad y disuasión. Al respecto cabe citar la Sentencia del Tribunal Constitucional de 27 de marzo de 1991 (RTC 1991/41) que se refiere al margen de la discrecionalidad judicial o administrativa en relación con la necesaria adecuación o proporcionalidad entre la gravedad de los ilícitos y las sanciones que se impongan.

No se ha determinado la concurrencia de un beneficio económico directo para TME derivado de los hechos infractores, según apunta TME en la página 38 de su escrito de alegaciones de 29 de julio de 2016 (folio 1771). No obstante, no se descarta la existencia de beneficios no monetarios como el ahorro de tiempo en la tramitación, debida y nunca realizada, de las sub asignaciones de numeración. La primera infracción, consistente en el incumplimiento de condiciones, en general no reporta beneficios. La autorización de la subasignación es un acto gratuito para los operadores y en algunos casos TME está cobrando algún importe por la gestión de la numeración pero también tiene unos costes ante el Nodo central que no asumen los operadores.

Tampoco se ha demostrado que el incumplimiento de las Resoluciones que aprobaron las Especificaciones Técnicas de Portabilidad Móvil haya conllevado un beneficio económico directo para TME. En realidad, no ha podido determinarse el beneficio bruto obtenido como consecuencia de los actos u omisiones por el incumplimiento analizado, beneficio que es complejo de cuantificar, porque se desconoce si TME cobra a los OMV PS mayor importe del que asume él por los costes variables (según importaciones y exportaciones mensuales) de mantenimiento del Nodo Central, costes que les correspondería asumir a los OMV PS por sus líneas.

A este respecto, Royal Telecom ha alegado, en el seno de su correspondiente procedimiento sancionador, que sí que ha venido pagando estos costes a través de las repercusiones que le realiza TME, pero sin especificar su cuantía.

Aunque el operador alegue la inexistencia de perjuicios para el interés general derivados de la conducta infractora (página 38 del escrito de alegaciones de TME de 29 de julio de 2016, folio 1771), sí ha sido vulnerado el interés general en el mantenimiento y observancia de las especificaciones técnicas de portabilidad móvil aprobadas por esta Comisión, esto es, su autoridad en la defensa de los intereses públicos esenciales en el mercado de las telecomunicaciones que impone la ejecutividad de las resoluciones dictadas en el ejercicio de sus competencias y su cumplimiento por los operadores regulados (STS de 29 de abril de 2008, RC 5199/2005).

Por tanto, de conformidad con el artículo 79.1 a) de la LGTel, y teniendo en cuenta que no se ha podido determinar la existencia de un beneficio directo por esta infracción, se debe concluir que para la determinación de la cuantía mínima de la sanción no existe límite alguno, mientras que la cantidad máxima de la sanción queda fijada en dos millones de euros para la infracción grave tipificada en el artículo 77.19 de la LGTel y en veinte millones de euros para la infracción muy grave tipificada en el artículo 76.12 de la LGTel.

Aplicando los criterios de graduación de las sanciones al presente caso, se han alcanzado las siguientes conclusiones:

- No ha sido posible determinar con exactitud cuál ha sido el beneficio bruto obtenido por TME por la comisión de las infracciones.
- Al presente procedimiento se le aplica la LGTel de 2014 vigente, al haberse producido los incumplimientos desde 2008 hasta el momento actual, siendo la LGTel de 2014 más favorable para el infractor en el caso del incumplimiento de las condiciones de numeración, ya que con la nueva ley la infracción pasa de ser muy grave a grave.

- Se imputa la comisión de las infracciones a título de culpa. No obstante, ha de tenerse en cuenta el especial grado de conocimiento del mercado que tiene TME como operador tradicional en España y que los operadores que actuaron como OMV PS se ampararon en dicha posición confiando en su actuación de acuerdo con la normativa y regulación aplicables.
- El límite máximo de la sanción que puede imponerse en el caso de la infracción de las condiciones en materia de numeración es de dos millones --2.000.000- de euros.
- Por lo que se refiere a la infracción en materia de portabilidad, el límite máximo es de veinte millones -20.000.000- de euros.
- Se ha apreciado la concurrencia de una circunstancia que atenúa la sanción a imponer a TME por la comisión de la infracción consistente en el incumplimiento de las resoluciones que aprueban las Especificaciones Técnicas de Portabilidad Móvil: la escasa repercusión social derivada de la conducta cometida.
- Se ha de tener en cuenta, además, a la hora de fijar la sanción, la situación económica de TME.
- Asimismo, conforme al principio de proporcionalidad enunciado en el artículo 131.2 de la LRJPAC, el establecimiento de la sanción debe prever que la comisión de la infracción no resulte más beneficiosa para el infractor que el cumplimiento de la norma infringida.

En definitiva, de los principios y límites cuantitativos a que se hace referencia, y en aplicación del principio de proporcionalidad que debe presidir la actividad sancionadora de la Administración y a los criterios de graduación establecidos, se considera que procede imponer a TME una multa de **cuarenta mil euros (40.000 €)** por la comisión de la infracción tipificada en el artículo 77.19 de la LGTel 2014 y una multa de **ciento cuarenta mil euros (140.000 €)** por la comisión de la infracción tipificada en el artículo 76.12 de la LGTel.

Vistos los anteriores antecedentes de hecho 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.- Declarar responsable directo a Telefónica Móviles España, S.A.U. por la comisión de una infracción grave tipificada en el artículo 77.19 de la Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones, consistente en la falta de control del uso de numeración que se deriva de la cesión de numeración a los operadores revendedores de sus servicios móviles (operadores móviles virtuales prestadores de servicios) sin solicitarse la autorización para la subasignación.

SEGUNDO.- Declarar responsable directo a Telefónica Móviles España, S.A.U. por 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, al haber intervenido en la gestión de la portabilidad de los clientes de sus revendedores utilizando un procedimiento ajeno al establecido en las vigentes Especificaciones Técnicas de Portabilidad Móvil resultantes de la Resoluciones de la CMT de 22 de octubre de 2009 y 7 de julio de 2011.

TERCERO.- Imponer a Telefónica Móviles España, S.A.U. en aplicación del artículo 79.1.c) de la Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones, una sanción económica por importe de **cuarenta mil euros (40.000 €)**, por la comisión de la infracción grave señalada en el Resuelve Primero.

CUARTO.- Imponer a Telefónica Móviles España, S.A.U., en aplicación del artículo 79.1.a) de la Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones, una sanción económica por importe de **ciento cuarenta mil euros (140.000 €)**, por la comisión de la infracción muy grave señalada en el Resuelve Segundo.

Comuníquese esta Resolución a la Dirección de Telecomunicaciones y del Sector Audiovisual y notifíquese a los interesados, haciéndoles saber que pone fin a la vía administrativa, y podrá interponerse directamente recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente a su notificación.