

**RESOLUCIÓN DEL PROCEDIMIENTO SANCIONADOR INCOADO AL
COLEGIO OFICIAL DE FARMACEÚTICOS DE MADRID POR EL PRESUNTO
INCUMPLIMIENTO DE SUS OBLIGACIONES EN MATERIA DE
NUMERACIÓN Y PORTABILIDAD MÓVIL**

SNC/D TSA/023/15/ COFM NUMERACIÓN Y PORTABILIDAD

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 periodo de información previa (folios 3 a 6 del expediente administrativo) al objeto de investigar los hechos comunicados a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones (en adelante, CMT) por la Asociación de Operadores para la Portabilidad Móvil (en adelante, AOPM¹), sobre determinado operador que se promocionaba como un

¹ 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

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 numérica² y no podía facilitar por sus propios medios la portabilidad numérica a sus usuarios de acuerdo con los procedimientos establecidos en las Especificaciones Técnicas de Portabilidad Móvil³ (expediente MTZ 2013/1710).

En el seno de dicho expediente, dicho operador 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). Por ello, con fecha 4 de junio de 2014, se requirió a TME la identificación de aquellas entidades con las que había suscrito contratos que permitieran la reventa del servicio móvil a usuarios finales (folios 19 a 25).

Mediante escritos de TME, de 2 de julio y 19 de diciembre de 2014, 3 de febrero y 6 de abril de 2015, esta operadora dio contestación a los diversos requerimientos de información formulados por la Directora de Telecomunicaciones y del Sector Audiovisual (en adelante, DTSA) de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (en adelante, CNMC) e identificó, entre otras entidades, al Colegio Oficial de Farmacéuticos de Madrid (en adelante, COFM ó Colegio) como uno de sus revendedores del servicio telefónico móvil (folios 54 a 56), aportando copia del acuerdo suscrito entre ambas entidades de fecha 14 de mayo de 2012 (folios 57 a 91).

Con fecha 10 de abril de 2015, la DTSA requirió al COFM información sobre: (i) los servicios que revende de TME, (ii) la fecha de inicio de la prestación de los servicios de reventa, (iii) la cantidad de líneas móviles gestionadas, (iv) la copia del contrato mayorista firmado con TME, (v) al menos tres contratos suscritos con los usuarios finales, (vi) los motivos por los que no se encuentra asociado a la AOPM, (vii) el detalle de cómo se desarrolla el proceso de portabilidad de sus números y su interacción con el Nodo Central de portabilidad numérica, y (viii) la cantidad total de numeración importada y exportada y las fechas del primer número importado y primer número exportado (folios 92 a 95).

Con fecha 23 de abril de 2015 el COFM contestó al requerimiento de información formulado por esta Comisión (folios 96 a 402).

Central).

http://www.aopm.es/root/archivos/contenidos/0/2/2/71153_AOPM_PresentacionAOPM.pdf

² Sistema centralizado gestionado por la Entidad de Referencia, que actúa como agente intermediario de comunicación entre los operadores, encargado de registrar en una base de datos las solicitudes de portabilidad, las incidencias que se registren durante los procesos de portabilidad y las transacciones de numeración entre operadores.

³ 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 (DT 2009/1660).

SEGUNDO.- Incoación del presente procedimiento sancionador

El 17 de septiembre de 2015 la Sala de Supervisión Regulatoria de la CNMC aprobó el acuerdo de incoación del presente procedimiento sancionador (SNC/DTSA/023/15) contra el COFM, como presunto responsable directo de:

- (i) una infracción administrativa leve, tipificada en el artículo 78.8 de la Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones (en adelante, LGTel 2014), consistente en la explotación de redes o la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas sin cumplir los requisitos exigibles para realizar tales actividades, establecidos en esta Ley y su normativa de desarrollo, distintos de los previstos en los artículos 6.1 y 6.2, en materia de numeración; y
- (ii) una infracción administrativa muy grave, tipificada en el artículo 76.12 de la LGTel 2014, por el incumplimiento de la Resolución de la CMT, de 7 de julio de 2011, que aprobó las Especificaciones Técnicas de Portabilidad Móvil.

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 presente expediente la documentación relevante para la instrucción del procedimiento sancionador, recabada en el marco de las diligencias previas MTZ 2013/1710.

El citado acuerdo de apertura del procedimiento sancionador fue comunicado a la instructora del expediente con fecha 18 de septiembre de 2015 (folio 435). Asimismo, el 23 de septiembre de 2015 se notificó el precitado acuerdo al COFM, según se constata en el acuse de recibo (folios 436 a 437).

TERCERO.- Escrito de alegaciones del COFM

Con fecha 5 de noviembre de 2015 el COFM presentó su escrito de alegaciones sobre el acuerdo de incoación del presente procedimiento sancionador, en el que solicitaba el archivo del procedimiento sancionador de referencia (folios 488 a 764).

CUARTO.- Requerimientos de información y otros actos de instrucción

Al amparo del artículo 16.2 del Reglamento del procedimiento para el ejercicio de la Potestad Sancionadora, aprobado por Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto (en adelante, Reglamento del Procedimiento Sancionador), se llevaron a cabo actos de instrucción necesarios para el examen de los hechos, consistentes en realizar consultas al Registro Mercantil, al Registro de

Operadores de redes y servicios de comunicaciones electrónicas y a la página web del COFM (<http://www.cofm.es/>), entre los meses de enero y marzo de 2016. Estas comprobaciones han sido incorporadas en el expediente administrativo (folios 765 a 811).

Asimismo, al objeto de examinar y valorar los datos puestos de manifiesto por el COFM, la instructora del expediente requirió a TME y al COFM, el 21 y 22 de abril de 2016, respectivamente, la aportación de información adicional (folios 813 a 815). Mediante escritos, de 5 y 6 de mayo de 2016, TME y el Colegio remitieron sendas contestaciones a los citados requerimientos de información (folios 816 a 828).

QUINTO.- Propuesta de resolución.

Con fecha 14 de junio de 2016 se dictó la propuesta de resolución por parte de la instructora del procedimiento (folios 838 a 858) en la que se proponía archivar el expediente sancionador.

El COFM manifestó su conformidad en su escrito de fecha 23 de junio de 2016 (folios 862 y 863)

Sexto.- Finalización de la Instrucción y elevación del expediente a la Secretaría del Consejo

Por medio de escrito de fecha 7 de julio de 2016 (folio 864), 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.

HECHOS PROBADOS

De acuerdo con las actuaciones practicadas durante la instrucción del expediente cabe considerar probados los hechos siguientes:

PRIMERO.- El COFM no ha estado haciendo uso, en nombre y por cuenta propia, de recursos públicos de numeración móvil de TME

En el período de información previa del que trae causa el presente procedimiento sancionador (expediente MTZ 2013/1710), se identificó al COFM como una de las entidades que había suscrito un contrato con TME para la reventa de productos y servicios de comunicaciones electrónicas móviles de esta última entidad, detectándose indicios de que el COFM podría haber estado asignando numeración móvil de TME a sus colegiados, desde el inicio de la prestación de los servicios -con sus primeras altas de líneas móviles en fecha

11 de octubre de 2012- hasta la actualidad, sin contar con la correspondiente autorización de la CNMC para disponer de numeración subasignada de TME.

No obstante, procede poner de manifiesto que, del análisis de los contratos minoristas –no aportados en la notificación de inicio de actividad ni en las posteriores modificaciones de la inscripción del COFM en el Registro de Operadores por no ser un requisito exigible por la normativa aplicable- y del resto de documentación aportada en el marco del presente procedimiento sancionador, se desprende que el COFM no realiza una reventa del servicio de telefonía móvil ya que, a pesar de que refactura a sus colegiados y oficinas de farmacia los servicios móviles de TME, esta entidad no es la responsable frente a los usuarios finales de la prestación y de la calidad del servicio de telefonía móvil, al escalar las solicitudes e incidencias directamente a TME, siendo este procedimiento y la responsabilidad de TME conocidos por los abonados, a través de los citados contratos minoristas.

Asimismo, de los contratos minoristas entre el Colegio y sus clientes se evidencia que frente a éstos el responsable de la prestación de los servicios es TME, para el servicio telefónico móvil, y Telefónica de España, S.A.U. (en adelante, Telefónica), para los servicios de telefonía fija.

Concretamente, en los referidos contratos se señala, como objeto de la relación contractual, que *“la regulación de la prestación de servicios comerciales y de atención personal al Colegiado por parte del Colegio Oficial de Farmacéuticos de Madrid (en adelante COFM), los servicios de comunicaciones de voz fija, comunicaciones móviles de voz y datos, y comunicaciones de acceso a internet mediante ADSL, dentro de la cartera de Servicios de Farmatel (Servicios Farmatel). Estos servicios serán proporcionados por las empresas Telefónica de España SAU y/o Telefónica Móviles España SAU”* (cláusula primera de los contratos).

De la misma manera, en la cláusula décima de los contratos con los usuarios finales, en relación con la *“Responsabilidad de la prestación de los servicios a las Oficinas de Farmacia”*, se indica que eran Telefónica y TME los responsables de *“garantizar al COFM el detalle, suministro, prestación y eficacia de todos los productos y servicios contratados. Por tanto, el COFM trasladará al Colegiado los productos y servicios prestados por estas empresas”*. En la misma cláusula se establece que el rol del COFM en la prestación de los servicios por parte de TME y del resto de las empresas del grupo Telefónica estaría limitado a los servicios comerciales y de atención personal (folios 305, 313, 320, 328, 342, 357 y 707).

En el párrafo 103 de su escrito de alegaciones, de 5 de noviembre de 2015, el COFM manifiesta que *“los servicios que presta el Colegio son meramente de gestión y de atención personalizada, y en ningún caso lleva a cabo la*

prestación de servicios de telecomunicaciones en nombre propio que requieran de un bloque de numeración asignado o subasignado” (folio 511).

De la misma manera, el COFM manifiesta -en los párrafos 104 y siguientes de sus alegaciones- que no debería ser considerado un operador móvil virtual revendedor, ya que no presta servicios de telecomunicaciones, no dispone de números con los que dar de alta nuevos clientes ni compite en el mercado de comunicaciones electrónicas con finalidad concurrencial o ánimo de lucro. Además, el Colegio señala que no revende el servicio telefónico al público (en adelante, STDP) en general, pues es TME quien presta los servicios en su propio nombre, resuelve las incidencias y provee de terminales directamente a los usuarios finales.

En efecto, por lo que se refiere a la asignación de recursos públicos de numeración, de las alegaciones y de la documentación aportada por el COFM, se ha podido comprobar que esta asociación corporativa no lleva a cabo la prestación a terceros de servicios de comunicaciones electrónicas en nombre propio, que requieran de bloques o conjuntos de numeración para tramitar altas de líneas móviles, puesto que el COFM envía las solicitudes de nueva numeración móvil solicitadas por los clientes así como las incidencias del servicio directamente a TME para su provisión y tramitación, siendo informados los colegiados y farmacéuticos afiliados de que el prestador de los servicios de telecomunicaciones es TME. Ello se desprende del análisis del clausulado del contrato minorista y de los siguientes formularios que son puestos a disposición de los clientes finales durante el proceso de contratación de los servicios de telecomunicaciones: *“Solicitud de Alta–Adhesión”* y *“Solicitud de Modificación”*.

Asimismo, de las consultas realizadas al Registro Mercantil (folios 765 a 768), al Registro de esta Comisión (folios 769 a 771) y a la página web⁴ del COFM (folios 809 a 811), así como del análisis de las contestaciones de TME a los requerimientos de información sobre subasignación a revendedores de bloques de numeración incorporadas al presente expediente sancionador y de las Memorias Anuales sobre las actividades del COFM, correspondientes a los años 2012 a 2014 (folios 772 a 808), la instructora ha comprobado que el COFM presta servicios de gestión administrativa o “ventanilla única” a un colectivo cerrado y predeterminado de usuarios finales (colegiados, adjuntos de farmacia y sus familiares directos) a los que ofrece, entre otros servicios, descuentos en productos y servicios de comunicaciones móviles de TME, no desarrollando una actividad mercantil en la que se haya detectado la utilización de recursos de numeración para su asignación directa a usuarios finales.⁵

⁴ <http://www.cofm.es>

⁵ A modo de ejemplo, en la Memoria Anual 2012 de las actividades del COFM se indica que la marca Farmatel no es una estructura empresarial sino el vehículo para canalizar una *“demanda agregada de los colegiados de Madrid”* de tarifas y condiciones más ventajosas en materia de telecomunicaciones.

De esta forma, ante la demanda de altas de líneas móviles el procedimiento a seguir consistiría en que los usuarios finales las solicitaran a TME, directamente o a través del Centro de Gestión de Operaciones -CGO- del Colegio, que realizaría tareas de intermediación remitiendo las solicitudes para que TME asigne directamente la numeración a los abonados y, posteriormente, éstos cedan con carácter temporal la titularidad de las líneas al COFM (cesión sujeta a la duración de la relación contractual entre el abonado y el COFM), hecho que por sí solo no acredita la infracción imputada sobre la utilización indebida de números sin la preceptiva autorización de subasignación por parte de la CNMC.

Por consiguiente, de la información analizada durante la instrucción del procedimiento sancionador no ha quedado acreditado que el COFM disponga de numeración móvil propia (procedente de TME) o que haya subasignado numeración de TME a usuarios finales en la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas.

SEGUNDO.- Desde el 11 de octubre de 2012 hasta la actualidad, el COFM no ha estado gestionando el proceso de cambio de operador con conservación de la numeración de sus clientes, en calidad de operador donante

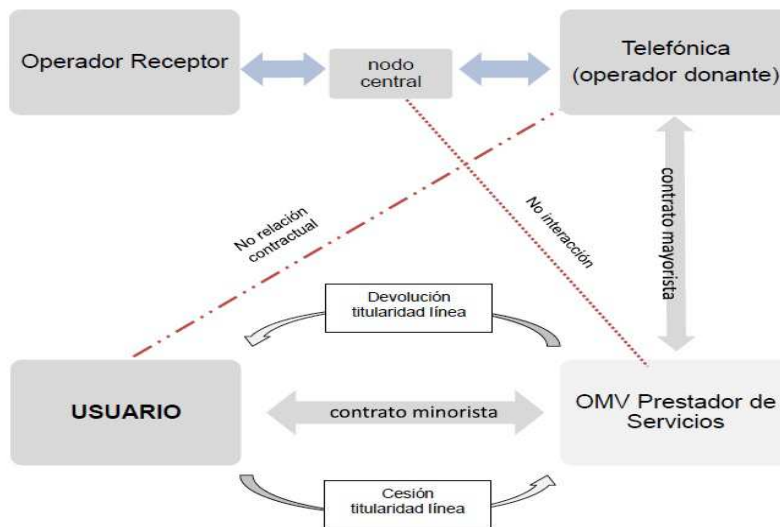
Según consta en la documentación aportada y en los documentos incorporados durante la instrucción del expediente, las solicitudes de portabilidad a terceros operadores de los clientes del COFM se han llevado a cabo mediante el siguiente procedimiento:

1. Al contratar los servicios de comunicaciones electrónicas que ofrece el COFM a sus colegiados y oficinas de farmacia, los clientes (usuarios finales) deben ceder la titularidad de sus líneas al COFM remitiendo el documento "*Cesión derechos línea telefónica*" junto al "*Acuerdo de adhesión a los servicios Farmatel*" (folios 301 a 358).
2. Cuando los clientes deciden causar baja de los servicios Farmatel, previamente al cambio de operador, deben solicitar al COFM la devolución de la titularidad de sus líneas telefónicas (cambiar el NIF del COFM por el NIF del cliente) a través del formulario "*Solicitud de modificación*" (folios 367 a 391).
3. Una vez tramitado el cambio de titularidad de la línea, ésta pasa a figurar a nombre del cliente final en los sistemas de TME y el usuario puede solicitar la portabilidad al operador receptor.
4. En la solicitud de portabilidad (exportación) hacia un tercer operador, el cliente ha de indicar al operador receptor que quien le presta el servicio móvil es TME, a pesar de no tener ningún vínculo contractual directo con

esa operadora, ya que el contrato de prestación de los servicios móviles lo habría firmado únicamente con el COFM.

5. A pesar de ser el COFM la entidad que suscribe el contrato con el usuario, esta asociación corporativa no interviene en ninguna fase del proceso de portabilidad, ya que es TME quien acepta o rechaza las solicitudes de portabilidad en rol de operador donante.

El hecho de que los usuarios cedan al COFM la titularidad de la línea limita la posibilidad de que éstos soliciten ante el operador receptor la portabilidad en el momento que deseen. Antes deben “recuperar” la titularidad de la línea y, por tanto, la numeración asociada dado que si el usuario intenta portarse acudiendo directamente al operador receptor, sin comunicar a éstos (COFM y TME) su intención de cambiar de operador, dicha solicitud podría ser rechazada al no coincidir el NIF del cliente con el NIF del COFM, como se describe gráficamente a continuación:



En el caso de que los usuarios finales decidiesen cambiar de operador, si el COFM actuara realmente como Operador Móvil Virtual Prestador del Servicio o revendedor, debería intervenir en el proceso de portabilidad en calidad de operador donante, pudiendo interactuar con el Nodo Central. Por el contrario, si se considerara a TME como el verdadero prestador del servicio, en este supuesto la operadora debería tener una relación contractual con el cliente y, por tanto, conocer la identidad del usuario final (no sólo el NIF del COFM, en calidad de refacturador de los servicios, sino también el NIF del abonado). Como ya se ha indicado en el procedimiento analizado, el COFM no interviene en la gestión de la portabilidad de sus clientes en el rol de operador donante.

Adicionalmente, cabe indicar que, a pesar del actual procedimiento de gestión de la portabilidad de los clientes del COFM por parte de TME, como operador que interactúa con el Nodo Central en rol de “operador donante”, el mismo 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 del colegio correspondiente”* (folio 817).

Por tanto, de conformidad con los datos que obran en el expediente, se ha podido probar que las solicitudes de portabilidad a otro operador por parte de los usuarios finales del COFM no son tramitadas por esta entidad, sino por TME. Asimismo, el proceso establecido para tramitar dichas solicitudes no garantiza el derecho de los abonados a dirigirse directamente al operador receptor sin ningún tipo de requisito o premisa previa.

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 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 CNMC (en adelante, Ley de la CNMC) corresponde a esta Comisión *“realizar las funciones atribuidas por la Ley 32/2003, 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]”*, artículo 29.1.

Esta remisión a la LGTel 2003 ha de entenderse efectuada a la LGTel 2014, que derogó la anterior ley y que entró en vigor el día 11 de mayo de 2014.

1.1.- Competencia en materia de numeración

La posible infracción en materia de numeración consistiría en la prestación de servicios de reventa de telefonía móvil por parte de CCFC, sin la autorización de subasignación de la numeración correspondiente.

Concretamente, en el artículo 53.t) de la LGTel 2003 se establecía como infracción muy grave la explotación de redes o la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas sin cumplir los requisitos exigibles para realizar

tales actividades, correspondiendo la competencia sancionadora a la CMT, en virtud de lo dispuesto en los artículos 48.3.j) y 58 de la misma ley.

Por otro lado, de conformidad con la LGTel 2014, el artículo 78.8 contempla como infracción leve “[/]la explotación de redes o la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas sin cumplir los requisitos exigibles para realizar tales actividades establecidos en esta Ley y su normativa de desarrollo distintos de los previstos en los artículos 6.1 y 6.2”.

Además de tipificar dicha infracción como leve (ya no como muy grave), la LGTel 2014 señala en el artículo 84 que la competencia sancionadora, en relación con la infracción contemplada en el artículo 78.8, corresponde al Secretario de Estado de Telecomunicaciones y para la Sociedad de la Información:

“La competencia sancionadora corresponderá:

1. Al Secretario de Estado de Telecomunicaciones y para la Sociedad de la Información, para la imposición de sanciones no contempladas en los siguientes apartados.

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

Ahora bien, de conformidad con lo dispuesto en la Disposición transitoria décima de la LGTel 2014, hasta que el Ministerio de Industria, Energía y Turismo (en adelante, MIEyT) no asuma las competencias efectivas en materia de numeración y sancionadoras en ese ámbito, estas facultades se seguirán ejerciendo transitoriamente por la CNMC.

1.2. Competencia en materia de portabilidad

La presunta infracción en materia de portabilidad consistiría en el incumplimiento de las Especificaciones Técnicas de Portabilidad Móvil. Concretamente, el CCFC no habría estado gestionando los cambios de operador con conservación de la numeración de sus abonados, en calidad de operador donante, ya que, junto a TME, estas dos operadoras habrían establecido un procedimiento para gestionar la portabilidad de sus usuarios finales ajeno al regulado en las Especificaciones Técnicas de Portabilidad Móvil.

De acuerdo con el artículo 53.r) de la LGTel 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”.

Por su parte, el artículo 76.12 de la actual LGTel contempla como infracción muy grave *“el 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”*, correspondiendo la competencia sancionadora de este tipo de infracción a la CNMC, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 84.2 de la LGTel 2014 -citado anteriormente-, (antiguos artículos 48.4 letra j) y 50.7 de la LGTel de 2003), al igual que hacen los artículos 6.5 y 29 de la Ley de la CNMC.

En aplicación de los preceptos citados, la CNMC tiene competencia para conocer sobre las conductas mencionadas anteriormente y resolver sobre el incumplimiento de la normativa sectorial en materia de portabilidad.

Al estar vigentes la LGTel 2003 y la LGTel 2014 en el momento de realización de los hechos probados, habrá de atenerse a lo dispuesto en el artículo 128.1 de la LRJPAC, que establece el principio de aplicar la disposición vigente en el momento de la infracción. Por otra parte, los artículos 9.3 de la Constitución y 128.2 de la LRJPAC recogen una excepción a este principio general al señalar que: *“Las disposiciones sancionadoras producirán efecto retroactivo en cuanto favorezcan al presunto infractor”*.

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, *“[p]ara 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 el Colegio Oficial de Farmacéuticos de Madrid ha estado incumpliendo sus obligaciones en materia de numeración y portabilidad móvil.

TERCERO.- Tipificación de los hechos probados

3.1.- No se ha acreditado que el COFM gestione recursos públicos de numeración subasignados por TME para tramitar altas de líneas móviles de sus usuarios finales, como OMV PS

El régimen legal aplicable a la subasignación de recursos públicos de numeración ha sido desarrollado en el artículo 49 del Reglamento de Numeración, que dispone:

“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”.

En similares términos se pronuncia el artículo 59.c) del Reglamento de Numeración, al señalar que el operador titular de numeración, previa autorización de la Comisión, podrá efectuar subasignaciones siempre que el uso que se vaya a hacer de los recursos haya sido el especificado en la solicitud.

De la lectura de ambos artículos se desprende que, en virtud del artículo 49 del Reglamento de Numeración, los operadores que presten servicios de comunicaciones electrónicas, pero que no puedan ser asignatarios por no ser operadores de redes telefónicas públicas o prestadores del STDP⁶ podrán utilizar las subasignaciones que les faciliten los titulares de las asignaciones, en las condiciones previstas en el artículo 59.b)⁷ del Reglamento, previa autorización de la Comisión.

⁶ Véase el artículo 48 del Reglamento de Numeración.

⁷ Artículo 59 b) del Reglamento de Numeración: *“Los recursos asignados deberán utilizarse para el fin especificado en la solicitud por el titular de la asignación, salvo que la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones autorice expresamente una modificación, de conformidad con lo establecido en el artículo 62”.*

En el presente caso, como se ha señalado anteriormente en el Hecho Probado Primero, el COFM no actúa como el verdadero prestador del servicio. En concreto, según se refleja en la cláusula primera de los contratos minoristas que suscribe el COFM con sus clientes: *“los servicios de comunicaciones de voz fija, comunicaciones móviles de voz y datos, y comunicaciones de acceso a internet mediante ADSL, dentro de la cartera de servicios de Farmatel (Servicios Farmatel). Estos servicios serán proporcionados por las empresas Telefónica de España SAU y/o Telefónica Móviles España SAU”*.

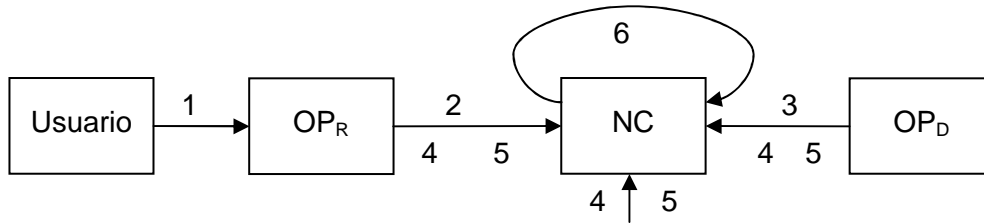
La anterior conclusión se desprende también de las contestaciones a los requerimientos de información formulados y de las consultas a la web de COFM en las que se evidencia que esa entidad no proporciona numeración a sus clientes en nombre propio, sino que lo hace en nombre de TME y escala las solicitudes de alta de líneas y números a TME, como operador prestador del STDP móvil.

Por consiguiente, no existen pruebas sobre la utilización en nombre propio por el COFM de bloques o sub-bloques o conjuntos de numeración subasignados por TME y se considera que no concurre el elemento de la tipicidad, ya que no puede concluirse que el COFM haya cometido una infracción de los artículos 53.t) de la LGTel 2003 y 78.8 de la LGTel 2014 por uso indebido de numeración al no haber obtenido de la Comisión la autorización preceptiva de subasignación, de conformidad con lo expuesto en los artículos 49 y 59.c) del Reglamento de Numeración.

3.2.- Para la gestión de la portabilidad de los clientes del COFM se utiliza un procedimiento que no cumple lo dispuesto en las Especificaciones Técnicas de Portabilidad Móvil establecidas en las Resoluciones de la CMT de fechas 22 de octubre de 2009 y 7 de julio de 2011, sobre los procedimientos administrativos para la conservación de numeración en caso de cambio de operador en redes móviles

En el Hecho Probado Segundo, se ha acreditado que, desde el 11 de octubre del 2012, el COFM no ha estado gestionando las solicitudes de portabilidad de sus clientes, en calidad de operador donante (OMV PS). Ello porque se habría estado utilizando un procedimiento ajeno al establecido en las Especificaciones Técnicas de Portabilidad Móvil aprobadas mediante Resolución de la CMT, al ser TME quien actúa como operador donante de las portabilidades de los clientes del COFM.

Así, el procedimiento a seguir en la tramitación de altas de portabilidad según lo previsto en el apartado 7.2.1 de las Especificaciones Técnicas de Portabilidad Móvil en vigor sería el siguiente:



1. El usuario solicita el alta de portabilidad con el operador receptor.
2. El operador receptor, en el mismo $\frac{1}{2}$ 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. El operador donante deberá confirmar o rechazar la solicitud de alta de portabilidad en el nodo central dentro del $\frac{1}{2}$ día hábil siguiente al $\frac{1}{2}$ día hábil en que el operador receptor ha procedido a grabar la solicitud. 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/DNI/NIE/Pasaporte y nacionalidad.

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 $\frac{1}{2}$ día hábil siguiente a la ventana de cambio.

Cabe recordar que la conservación de numeración por cambio de operador es un derecho de los abonados que requiere únicamente la petición de portabilidad por parte de éstos, estando los operadores obligados a garantizar el ejercicio de ese derecho de conservación de la numeración en el plazo indicado y de conformidad con lo dispuesto en la normativa que lo regula.

Así lo establece el artículo 47.1 c) de la LGTel, que reconoce el derecho de los usuarios finales a cambiar 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.

Los OMV-PS no poseen los recursos de red necesarios que les permitan encaminar las llamadas y utilizan la numeración asignada al operador de red con el que hayan llegado a un acuerdo de acceso, mediante la figura de la subasignación. A través de dicha subasignación, los OMV-PS tienen la responsabilidad frente al abonado de asegurar administrativamente el derecho a la conservación de numeración en caso de cambio de operador. Así lo establece el apartado 5.1 de las Especificaciones Técnicas de Portabilidad de 2009 y 2011 que prescriben lo siguiente: *“aunque el prestador de servicio no puede encargarse de la ejecución técnica de la portabilidad, ya que ésta sólo puede ser asegurada por el operador de red con el que haya llegado a un acuerdo, tiene la responsabilidad de gestionar administrativamente la portabilidad de los usuarios”*.

Además, todos los operadores que prestan directamente (o revenden) el STDP móvil tienen la responsabilidad y la obligación de conectarse al nodo central para la tramitación de todos los procesos administrativos de portabilidad de numeración, con independencia del rol del operador en el proceso y de la interfaz empleada para realizar la conexión (apartado 7.1.2 de las Especificaciones Técnicas de Portabilidad Móvil).

Por tanto, es responsabilidad de los operadores que prestan el servicio telefónico disponible al público, incluidos los OMV-PS a través de las subasignaciones de numeración móvil, garantizar el derecho de los abonados al cambio de operador con conservación de la numeración o portabilidad, en los plazos y condiciones contemplados en las Especificaciones Técnicas de Portabilidad Móvil aprobadas por Resolución de esta Comisión.

El apartado 5.2 de las Especificaciones Técnicas de Portabilidad Móvil establece que *“la entrega de la solicitud firmada por el abonado al operador receptor (u otra forma equivalente de acreditación del consentimiento del abonado a la portabilidad, siempre que se realice de acuerdo con la legislación vigente) será el evento que desencadene el proceso administrativo entre operadores para la gestión de la información necesaria y que finalizará con la portabilidad efectiva de la numeración, salvo caso de Cancelación o Denegación de la misma”*.

Pues bien, de conformidad con lo expuesto en el Hecho Probado Segundo, el procedimiento seguido por el COFM y TME para garantizar la portabilidad de los clientes del primero no cumple los criterios definidos en las Especificaciones Técnicas de Portabilidad Móvil, al no garantizar el derecho de los abonados a dirigirse directamente al operador receptor para asegurar la conservación de

numeración en caso de cambio de operador, y por no permitir a todas las entidades responsables de la portabilidad la ejecución administrativa de la misma, ya que en el presente caso es TME y no el Colegio quien actúa como operador donante de la numeración de los clientes del COFM que solicitan el cambio de operador.

Además, el hecho de que los clientes finales otorguen su consentimiento para el cambio de titularidad de sus líneas móviles en favor del COFM, al objeto de poder acogerse al plan de precios negociado con TME, en modo alguno debería implicar su renuncia –además, no informada- a que la portabilidad de su numeración se pueda realizar sin más requisitos que la solicitud de alta de portabilidad presentada directamente ante el operador receptor (apartado 7.2.1.2 de las Especificaciones Técnicas de Portabilidad Móvil).

En consecuencia, de la instrucción del procedimiento sancionador ha quedado acreditada la participación del COFM, en cuanto operador inscrito en el Registro de operadores de la CNMC como prestador de servicios de comunicaciones electrónicas, de una infracción administrativa muy grave, prevista tanto en el artículo 53.r) de la LGTel 2003 como en el artículo 76.12 de la LGTel 2014, por incumplimiento de las Resoluciones de la CMT de 22 de octubre de 2009 y 7 de julio de 2011, que aprobaron las Especificaciones Técnicas de Portabilidad Móvil.

CUARTO.- Análisis de la responsabilidad del COFM en la comisión de la infracción

Durante la instrucción del expediente ha quedado acreditado el incumplimiento de las Resoluciones de la CMT de 22 de octubre de 2009 y 7 de julio de 2011, que aprobaron las Especificaciones Técnicas de Portabilidad Móvil, en lo que respecta a los apartados 5.1 (responsabilidad en la gestión administrativa de la portabilidad), 5.2 (inicio del proceso de portabilidad mediante solicitud al operador receptor), 7.1.2 (obligación de conexión al nodo central para la tramitación de la portabilidad) y 7.2.1.2 (procedimiento altas de portabilidad). Concretamente, en la gestión de la portabilidad de los clientes del CCFC se utiliza un procedimiento que no cumple los referidos parámetros establecidos. En relación con dicho incumplimiento, tipificado en el artículo 76.12 de la LGTel 2014, se hace necesario precisar si el COFM es responsable de la comisión de los hechos antijurídicos determinados.

En primer lugar, conviene partir de la base de que los procesos establecidos en las Especificaciones Técnicas de Portabilidad Móvil tienen como objeto garantizar el derecho de los abonados⁸ al servicio telefónico disponible al público de conservación de su numeración telefónica en los procesos de

⁸ Según el apartado 4 de las Especificaciones Técnicas, se entiende por abonado móvil la “persona física o jurídica que ha suscrito un contrato de prestación de servicios telefónicos con un determinado operador móvil o utiliza los servicios de un operador móvil mediante la modalidad de prepago o similar”.

cambio de operador. La portabilidad es una responsabilidad de los operadores que prestan este servicio o lo revenden garantizar dicho derecho⁹.

Tal y como se ha indicado en el Hecho Probado Primero, el COFM consta inscrito en el Registro de Operadores como Operador Móvil Virtual Prestador de Servicios desde el 25 de julio de 2012. Sin embargo, a la vista de lo expuesto en los hechos probados, se considera que el COFM no tiene la condición de operador prestador de servicios de comunicaciones electrónicas.

Al respecto, el apartado 32 del Anexo II de la LGTel, define el concepto de “*red pública de comunicaciones*” como “*la red de comunicaciones electrónicas que se utiliza, en su totalidad o principalmente, para la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas disponibles para el público y que soporta la transferencia de señales entre puntos de terminación de la red*”. Es decir, para poder calificar una red de comunicaciones como una red pública es necesario que el servicio que se soporta sobre la misma sea un servicio de comunicaciones electrónicas y que, además, esté disponible al público en general.

De la anterior definición, así como del contenido material de la actividad desarrollada -analizada en detalle en los Hechos Probados Primero y Segundo, se desprende que el COFM no debe ser considerado prestador de servicios de comunicaciones electrónicas en relación con la actividad examinada en el presente expediente, en atención a los siguientes indicadores:

- En los contratos minoristas firmados con los abonados se indica que el prestador del servicio es TME.
- En el catálogo de terminales y tarifas de servicios móviles las ofertas y modelos indicados son los de “*Movistar*”.
- El servicio de comunicaciones móviles es accesorio a la actividad principal del COFM.
- Los servicios de telecomunicaciones no se ofrecen al público en general. Los destinatarios del servicio son únicamente los colegiados y sus familiares directos, por lo que se trataría de un grupo reducido de usuarios finales, no estando el servicio disponible al público en general.

Si bien es cierto que el COFM es quien contrata con los abonados y les ofrece atención comercial, esta entidad no hace una reventa del servicio telefónico

⁹ Según el apartado 4 de las Especificaciones Técnicas de Portabilidad Móvil, el operador donante de la portabilidad es 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*”.

móvil, ya que no gestiona las altas de líneas, no reconfigura el servicio telefónico prestado por TME como su operador mayorista –no altera las condiciones de prestación del servicio de comunicaciones electrónicas-, no asume el servicio telefónico como propio en el contrato con los usuarios finales, ni atiende incidencias de servicio, ya que las escala directamente a TME, y los abonados son conscientes en todo momento de que su proveedor es TME y no el COFM.

Por tanto, a pesar de que los abonados no tienen vinculación contractual directa con TME (sólo con el COFM), a los efectos de la gestión de la numeración, de la tramitación de las portabilidades, de las garantías de la calidad del servicio, de las ofertas de precios y terminales, y de la resolución de incidencias, quien desempeña esas funciones en exclusividad es TME, por lo que es indudable que el prestador del servicio es TME y no el COFM.

En consecuencia, de conformidad con lo anterior, el papel que el COFM desempeñaría, dada su relación comercial con los usuarios finales y el hecho de que es TME el prestador del servicio de comunicaciones electrónicas, vendría a ser el de un “agregador de demanda” o comercializador. Por tanto, no le es imputable a COFM la responsabilidad por la conducta analizada al no tener la condición de operador prestador del servicio. Al carecer de dicha condición, no le es exigible el cumplimiento de los requisitos que han de cumplir los operadores y prestadores del servicio telefónico disponible al público en materia de portabilidad móvil, concretamente, los establecidos en las resoluciones que aprobaron las Especificaciones Técnicas de Portabilidad Móvil.

Vistos los anteriores antecedentes de hecho y fundamentos de derecho, la Sala de Supervisión Regulatoria de la de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, como órgano competente para resolver el presente procedimiento sancionador,

RESUELVE

ÚNICO.- Archivar el procedimiento sancionador incoado al Colegio Oficial de Farmacéuticos de Madrid por el presunto incumplimiento de sus obligaciones en materia de numeración y portabilidad móvil.

Comuníquese esta Resolución a la Dirección de Telecomunicaciones y del Sector Audiovisual y notifíquese al interesado haciéndole saber que pone fin a la vía administrativa y podrá interponer directamente recurso contencioso-

administrativo ante la Audiencia Nacional en el plazo de dos meses a partir del día siguiente al de su notificación.