



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

IGNACIO REDONDO ANDREU, Secretario del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, en uso de las competencias que le otorga el artículo 40 del Reglamento de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, aprobado por Real Decreto 1994/1996, de 6 de septiembre,

CERTIFICA

Que en la sesión nº 43/07 del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, celebrada el día 20 de diciembre de 2007 se ha adoptado el siguiente

ACUERDO

Por el cual, en relación con el expediente RO 2007/1166 se aprueba la siguiente

RESOLUCIÓN POR LA QUE SE PONE FIN AL PERIODO DE INFORMACIÓN PREVIA EN RELACIÓN CON LA ACTUACIÓN DE LA ASOCIACIÓN DE OPERADORES PARA LA PORTABILIDAD EN LOS CASOS DE IMPAGO DE COUTAS DE SUS ASOCIADOS.

I

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Procedimiento que dio lugar al inicio del período de información previa.

En el marco de la Resolución aprobada por el Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones el día 27 de septiembre de 2007 (expediente RO 2006/1583), por el que se procede al archivo de la denuncia presentada por Onlycable Comunicaciones, S.L. contra Gemytel Servicios Interactivos, S.A. (en adelante, Gemytel) en relación con presuntos retrasos en la tramitación de portabilidad, el Resuelve Segundo de dicha Resolución establecía que *“En base a lo establecido en el Fundamento Cuarto abrir un período de información previa con el fin de esclarecer la actuación de la Asociación de Operadores para la Portabilidad en los casos en que los asociados impagan sus cuotas, por si tal actuación pudiera suponer una ilegítima restricción al derecho de los ciudadanos a la portabilidad”*.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Segundo.- Apertura del período de información previa.

Al amparo de lo dispuesto en el artículo 69.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante, LRJPAC), mediante escrito del Secretario de esta Comisión de fecha 10 de octubre de 2007 se remitió a la Asociación de Operadores para la Portabilidad (en adelante, AOP) la apertura del período de información previa con el fin de conocer las circunstancias del caso y la conveniencia o no de iniciar el correspondiente procedimiento, concediéndoles un plazo de 10 días para formular alegaciones.

Tercero.- Alegaciones de la Asociación de Operadores para la Portabilidad.

Con fecha 31 de octubre de 2007 tuvo entrada en el Registro de esta Comisión escrito de la AOP mediante el cual realizaba las siguientes alegaciones:

- Que todas las actuaciones de la AOP se orientan siempre a garantizar el buen funcionamiento del sistema de portabilidad numérica en España, en aras de preservar este derecho de los usuarios que la regulación vigente les reconoce.
- Que según tuvo conocimiento la Gerencia de esta Asociación, en el preciso momento de proceder a reclamar a Gemytel el abono de una factura vencida que persistía impagada, a resultas del proceso de liquidación en que Gemytel se hallaba inmersa, su personal técnico había cesado completamente, ya por entonces, su actividad en sus respectivos puestos de trabajo.
- Que según se puede constatar, Gemytel adoptó el acuerdo de disolución de la sociedad en diciembre de 2006, publicando en el Boletín Oficial del Registro Mercantil, de fecha 21 de ese mismo mes, la convocatoria de la Junta General Extraordinaria de accionistas para su celebración en fecha 4 de enero de 2007, con el siguiente Orden del día: ratificación del acuerdo de disolución y liquidación; nombramiento de liquidador.
- Que, consecuentemente, el sistema de portabilidad a través del cual Gemytel había de responder a las solicitudes que pudieran llegarle de otros Operadores se encontraba por completo desatendido, esto es, funcionalmente inerte, ya que carecía de la imprescindible participación de los operadores encargados de manejarlo.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

- Que con independencia de que posteriormente se procediera a la privación de la capacidad de Gemytel para interactuar con la Entidad de Referencia, dicha entidad carecía ya *de facto* de la posibilidad de responder a las solicitudes de portabilidad que pudieran remitírsele desde otros Operadores, al no disponer de los recursos humanos que se precisan para manejar el correspondiente sistema informático mediante el cual se instrumentan técnicamente estos procesos. Por tanto, al no proporcionarse la indispensable respuesta a las solicitudes de portabilidad que se cursaban hacia Gemytel, las operaciones de portabilidad no podían progresar y acababan siendo descartadas por el sistema.
- Que cuando así lo han exigido las circunstancias, la AOP ha procedido a poner en marcha las actuaciones de contingencia necesarias con el fin de garantizar a los usuarios la posibilidad de ejercer su derecho a la portabilidad numérica, y ello para paliar los efectos derivados de la conducta incompatible con las disposiciones regulatorias en materia de conservación de número en redes telefónicas públicas desplegadas por algunos operadores miembros de la misma.
- Que la AOP se ha visto en la necesidad de emprender actuaciones de contingencia para asegurar la progresión de las solicitudes de portabilidad en casos en los que el operador donante había cesado sin previo aviso su actividad empresarial. Conviene aclarar que este concreto supuesto no se encuentra cubierto por las vigentes especificaciones técnicas de portabilidad aprobadas por esa Comisión. Así las cosas, desde la Asociación se está trabajando en la elaboración de una propuesta de modificación de dichas especificaciones para cubrir este tipo de eventualidades, siendo mientras tanto preciso llevar a cabo actuaciones de contingencia para garantizar el ejercicio del derecho de los usuarios a la portabilidad de sus números en caso de cambio de Operador.

A los anteriores hechos le son de aplicación los siguientes



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

II

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- Competencia de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones

La LGTel dispone en su artículo 48.2 que la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones tiene por objeto el establecimiento y supervisión de las obligaciones específicas que hayan de cumplir los operadores en los mercados de telecomunicaciones y el fomento de la competencia en los mercados de los servicios audiovisuales, conforme a lo previsto por su normativa reguladora, la resolución de los conflictos entre los operadores y, en su caso, el ejercicio como órgano arbitral de las controversias entre los mismos. Para ello ejercerá las funciones atribuidas en el punto tercero del mismo artículo, incluido el ejercicio de la potestad sancionadora en los términos previstos en la citada Ley.

Concretamente, el artículo 58 de la LGTel atribuye la competencia sancionadora a esta Comisión cuando se trate de infracciones muy graves tipificadas en los párrafos 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.

Por otra parte, esta Comisión adecuará sus actuaciones a lo previsto en la LRJPAC, texto legal al que, en virtud de lo dispuesto en el artículo 2 del Reglamento de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, se sujeta el ejercicio de las funciones públicas que la Comisión tiene encomendadas.

En concreto, los artículos 68 y 69.1 de la LRJPAC habilitan a esta Comisión a iniciar procedimientos de oficio, y el artículo 69.2 establece que el órgano competente podrá abrir de oficio un periodo de información previa, con el fin de conocer las circunstancias del caso concreto y la conveniencia de iniciar o no un procedimiento administrativo al respecto.

Segundo.- Consideraciones generales sobre el periodo de información previa

El artículo 69.2 de la LRJPAC establece que, con anterioridad al acuerdo de iniciación, podrá el órgano competente abrir un periodo de información previa con el fin de conocer las circunstancias del caso concreto y la conveniencia o no de iniciar el procedimiento. Esta misma previsión y en idénticos términos viene recogida en el artículo 12 del Reglamento del Procedimiento Sancionador.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

El periodo de información previa es un trámite administrativo destinado a evitar los efectos negativos que pueden causarse a los afectados por la apertura de un procedimiento sancionador de forma automática con la mera presentación de una denuncia. El trámite de diligencias previas responde, por tanto, a razones elementales de prudencia, tratando de evitar que la precipitación a la hora de acordar la apertura de un procedimiento, que nunca debió iniciarse por carecer de base suficiente, provoque perjuicios para los afectados.

En coherencia con lo anterior, y partiendo de la repercusión que la apertura inadecuada de un procedimiento sancionador puede presentar en la esfera jurídica del afectado, han de ponerse en juego buena parte de estos principios con carácter previo a la apertura del procedimiento para evitar, en la medida de lo posible, una apertura inadecuada del mismo. Será, por tanto, necesario adoptar en la valoración de las alegaciones y de la documentación aportada por las partes similar actitud a la que exigiría en el curso del procedimiento sancionador si llegara a iniciarse, sopesando su valor a la luz de los principios de la potestad sancionadora recogidos en el Título IX de la LRJPAC que han de ser tenidos también ahora en consideración.

Tercero.- Valoración de las actuaciones practicadas en el periodo de información previa

Según se ha puesto de manifiesto en los Antecedentes de Hecho, la presente información previa se inició como consecuencia del procedimiento tramitado por esta Comisión contra la entidad Gemytel por presunto incumplimiento de la Circular 2/2004, sobre la conservación de la numeración.

Durante la instrucción del citado procedimiento, esta Comisión tuvo conocimiento de que la AOP, ante el incumplimiento de las obligaciones de pago como miembro de la asociación de la entidad Gemytel, procedió a interrumpir transitoriamente la capacidad técnica de la misma para interactuar con la Entidad de Referencia de Portabilidad. De este modo, la AOP privó a Gemytel de la facultad de participar en cualquier operación de portabilidad ya fuera en calidad de operador donante o receptor.

De todo ello se concluyó que la AOP podría haber denegado solicitudes de portabilidad, amparándose en una causa no admitida por la normativa, pudiendo haber limitando así el derecho de los usuarios de Gemytel a portarse a otros operadores.

En base a ello, se decidió por esta Comisión la apertura del presente procedimiento, con el fin de esclarecer la actuación de la AOP, en los casos en



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

que los asociados impagan sus cuotas, por si tal actuación pudiera suponer una ilegítima restricción al derecho de los ciudadanos a la portabilidad.

Así las cosas se debe recordar que el artículo 18 de la LGTel estableció el derecho a la conservación del número por parte del usuario y a su vez dispuso que *“mediante real decreto se fijarán los supuestos a los que sea de aplicación la conservación de números, así como los aspectos técnicos y administrativos necesarios para que ésta se lleve a cabo”*.

En su desarrollo, el artículo 43.1 del Reglamento sobre mercados de comunicaciones electrónicas, acceso a las redes y numeración, aprobado por Real Decreto 2296/2004, de 10 de diciembre, dispuso que *“Cuando sea preciso para dar cumplimiento a la normativa vigente sobre conservación de números, la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones establecerá y hará públicas las soluciones técnicas y administrativas aplicables”*.

Por último, la Resolución de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de 6 de mayo de 1999, sobre las Especificaciones Técnicas aplicables a la conservación de la numeración en caso de cambio de operador en las redes telefónicas públicas fijas, modificada por Resolución de 15 de abril de 2004, establece los procedimientos administrativos a seguir para la conservación de la numeración geográfica.

Así el apartado 5.1.5 de las citadas especificaciones técnicas recoge las causas admitidas para denegar las peticiones de portabilidad por parte de la Entidad de Referencia, entre las que se citan las siguientes:

- *“Datos incompletos o erróneos en la información esencial de la solicitud (identificación del abonado, identificación del donante, identificación del operador receptor, fecha de registro no coincide, numeración inicial y final).*
- *Recepción de una solicitud de portabilidad de una numeración para la que ya existe un proceso de cambio en marcha.*
- *Conflicto de concurrencia tanto para solicitudes en curso como para solicitudes encoladas.*
- *Espera prevista en cola superior a TQ.*
- *Por razones técnicas.*
- *Numeración ya consta como portada por operador donante al receptor.*
- *Cualquier otra causa que pueda ser acordada voluntariamente entre los operadores, dentro del marco legal”*.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Tal y como se ha señalado anteriormente, la AOP, en calidad de entidad que actualmente gestiona la Entidad de Referencia, rechazó solicitudes de portabilidad por causa no tasada en las citadas Especificaciones Técnicas.

En este sentido, la AOP manifiesta en su escrito de alegaciones que efectivamente, ante el impago de las cuotas por parte de la entidad Gemytel, la AOP procedió a cortar la capacidad de interactuar de aquella con la Entidad de Referencia. No obstante, la AOP justifica su actuación alegando que esta acción no puso en riesgo el derecho de los abonados a portarse ya que todas las solicitudes de portabilidad que eran recibidas y en las que Gemytel debía actuar como operador donante, estaban siendo desde hacía tiempo descartadas por el sistema ante la falta de contestación de Gemytel.

Asimismo la AOP alega que, al no encontrarse el supuesto que nos ocupa cubierto por las vigentes especificaciones técnicas de portabilidad, la AOP se vio en la necesidad de emprender actuaciones de contingencia para asegurar la progresión de las solicitudes de portabilidad. Igualmente manifiesta que, para solventar este tipo de situaciones, desde la AOP se está trabajando en la elaboración de una propuesta de modificación de dichas especificaciones para cubrir este tipo de eventualidades.

Teniendo en cuenta todo lo anterior, debe colegirse que la actuación de la AOP, si bien privó la capacidad técnica de Gemytel de interactuar con la Entidad de Referencia de portabilidad, en realidad no supuso un impedimento incremental para que los usuarios de la citada entidad pudieran portar su número hacia otros operadores, ya que éstos ya se encontraban privados de esta posibilidad.

Es más, una vez hubo cortado la capacidad de interactuar de Gemytel con la Entidad de Referencia, la AOP permitió a otros operadores, Extra Telecom, S.A. y Procono S.A., realizar operaciones de portabilidad solicitadas por clientes de la citada entidad, impidiendo así que estos quedaran sin servicio telefónico tras el cese de actividad de su anterior proveedor.

Asimismo, se ha de valorar que, a fecha de la presente Resolución, ya se está tramitando en el seno de esta Comisión el expediente DT 2007/1338 cuyo objeto es la modificación de la especificación técnica de los procedimientos administrativos para la conservación de la numeración fija en caso de cambio de operador. En el marco del citado expediente, y en aras de garantizar a los usuarios el derecho a portar su numeración, se está analizando la posibilidad de incorporar un procedimiento a seguir por la AOP en aquellos supuesto en los que se produzcan impagos por los operadores obligados a compartir los costes incurridos en el establecimiento, correcto funcionamiento y gestión administrativa de la Entidad de Referencia.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Teniendo en cuenta las consideraciones realizadas en los fundamentos anteriores, esta Comisión debe concluir que no existen indicios de incumplimiento culpable por parte de la AOP de la Resolución de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de 6 de mayo de 1999, sobre las Especificaciones Técnicas aplicables a la conservación de la numeración en caso de cambio de operador en las redes telefónicas públicas fijas, modificada por Resolución de 15 de abril de 2004, por lo que debe concluirse la improcedencia de la incoación de un expediente sancionador.

En virtud de las consideraciones expuestas, esta Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, en cumplimiento de lo previsto por la normativa de referencia,

RESUELVE

Único- Declarar concluso el periodo de información previa de referencia y no iniciar un procedimiento sancionador al respecto.

El presente certificado se expide al amparo de lo previsto en el artículo 27.5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, y el Artículo 23.2 de la Orden de 9 de abril de 1997, por la que se aprueba el Reglamento de Régimen Interior de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, con anterioridad a la aprobación del Acta de la sesión correspondiente.

EL SECRETARIO

Vº Bº EL PRESIDENTE

Reinaldo Rodríguez Illera

Ignacio Redondo Andreu