



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 31/07 del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, celebrada el día 27 de septiembre de 2007 se ha adoptado el siguiente

ACUERDO

Por el cual, en relación con el expediente RO 2006/1583 se aprueba la siguiente

RESOLUCIÓN POR LA QUE SE DECLARA CONCLUSO EL PERIODO DE INFORMACIÓN PREVIA EN RELACIÓN CON PRESUNTOS RETRASOS EN LA TRAMITACIÓN DE PORTABILIDADES POR PARTE DE GEMYTEL SERVICIOS INTERACTIVOS, S.A. Y SE RESUELVE NO INICIAR UN PROCEDIMIENTO SANCIONADOR

ANTECEDENTES DE HECHO

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

Con fecha 20 de diciembre de 2006 tuvo entrada en el Registro de esta Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones escrito de D. Salvador García Vergas, en representación de la entidad Onlycable Comunicaciones, S.L. (en adelante, Onlycable) mediante el cual denunciaba la imposibilidad de gestionar la portabilidad de 19 líneas de teléfono de sus clientes desde el operador Gemytel Servicios Interactivos, S.A. (en adelante, Gemytel) al operador Procono, S.A. (en adelante, Procono).

En su escrito, la entidad denunciante manifestaba expresamente *“que Procono, S.A. el operador receptor de esas líneas nos comunica que la empresa Gemytel Servicios Interactivos, S.A. no contesta a las solicitudes y que hablando con el gestor le cuenta que dicho operador está en proceso de disolución y que el día 1 de enero dejarán de prestar servicio a todos sus abonados”*.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Segundo.- Apertura del período de información previa

A la vista de este escrito y en virtud de lo dispuesto en el artículo 69.2 de la Ley 30/1992 de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante, LRJPAC) mediante escrito del Secretario de esta Comisión de fecha 12 de enero de 2007 se informó a las entidades Gemytel, Onlycable y Procono de 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.

Asimismo, mediante escrito de esa misma fecha se requirió a la Asociación de Operadores para la Portabilidad (en adelante, AOP), en calidad de Entidad de Gestión Técnica de Portabilidad¹, para que en el plazo de 10 días presentase determinada información.

Tercero.- Alegaciones de la AOP

Con fecha 26 de enero de 2007 tuvo entrada en el Registro de esta Comisión escrito de alegaciones de la AOP mediante el cual se realizan las siguientes manifestaciones:

- Que con fecha 5 de diciembre de 2006, y como consecuencia de la reclamación del abono de una factura impagada, la AOP tuvo conocimiento efectivo de que la mercantil Gemytel, hasta entonces miembro de la misma se encontraba en proceso de liquidación.
- Que con fecha 15 de diciembre de 2006, tras reiteradas advertencias y en aplicación de lo previsto para estos supuestos, la Gerencia de la AOP procedió a interrumpir transitoriamente la capacidad técnica de Gemytel para interactuar con la Entidad de Referencia de Portabilidad, y ello en tanto que esa mercantil persistiera en el incumplimiento de sus obligaciones de pago del coste por este servicio. Así pues, desde ese momento, la entidad Gemytel quedó privada de la facultad de participar en cualquier operación de portabilidad, ya fuera en rol de donante como de receptor.

¹ La conservación de numeración por cambio de operador requiere de una serie de interacciones entre los operadores, con el fin de intercambiar la información necesaria para completar con éxito la transición de la numeración entre el operador que originalmente prestaba el servicio (operador donante) y el nuevo operador prestador del mismo (operador receptor). Estas interacciones se encuentran soportadas, sobre una entidad denominada Entidad de Referencia, que intermedia en las interacciones multilaterales que se establecen entre todos los operadores para llevar a cabo todos aquellos procesos asociados a la conservación de números.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

- Durante los días en que se desarrollaron los hechos relatados, la Gerencia de la AOP tuvo conocimiento de las dificultades que algunos operadores, entre ellos Procono Y Xtra Telecom, S.A., estaban encontrando para realizar portabilidades de numeración telefónica procedente de Gemytel.
- Con fecha 21 de diciembre de 2006, el representante legal de Xtra Telecom, S.A., comunicó formalmente a la Gerencia de la AOP su voluntad de asumir el coste económico correspondiente a la prestación a Gemytel del servicio de acceso a la Entidad de Referencia, con la finalidad de permitir la realización de las operaciones de portabilidad que solicitaran los antiguos clientes de Gemytel, e impedir así que estos quedaran sin servicio telefónico tras el cese de actividad de su anterior proveedor.
- En consecuencia, la entidad Gemytel estuvo privada de capacidad técnica para interactuar con la Entidad de Referencia de Portabilidad durante el período comprendido entre los días 15 de diciembre y 21 de diciembre de 2006.

Cuarto.- Alegaciones de PROCONO

Con fecha 15 de febrero de 2007 tuvo entrada en el Registro de esta Comisión escrito de alegaciones de la entidad Procono mediante el cual manifiesta que *“actualmente el problema no existe, las portabilidades fueron atendidas (...)por ello no procede iniciar el correspondiente procedimiento”*.

Quinto.- Alegaciones de ONLYCABLE

Con fecha 21 de marzo de 2007 tuvo entrada en el Registro de esta Comisión escrito de alegaciones de la entidad Onlycable mediante el cual realiza las siguientes manifestaciones:

- Que el problema por el que originalmente iniciamos esta denuncia no existe actualmente.
- Que el operador Gemytel cesó en su actividad a finales del pasado mes de Diciembre y procedió a la portabilidad de todas las líneas que tenía en servicio con todos los operadores de redes locales, entre los cuales nos encontrábamos.
- Que en vista de lo cual les rogamos procedan al archivo de la denuncia.

Sexto.- A través del Boletín Oficial del Registro Mercantil de fecha 21 de diciembre de 2006, esta Comisión tuvo conocimiento de la situación de



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

insolvencia de Gemytel, la cual anunció convocatoria de Junta Extraordinaria de accionistas para acordar la disolución y liquidación de la entidad.

A los anteriores hechos le son de aplicación los siguientes

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- Calificación del escrito presentado por ONLYCABLE.

El escrito presentado por Onlycable constituye una denuncia, en cuya virtud se pone en conocimiento de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones determinados hechos que pudieran constituir una infracción administrativa de las tipificadas en el artículo 53.s de la Ley 32/2003, de 4 de noviembre, General de Telecomunicaciones (en adelante, LGTel), consistente en el incumplimiento de las condiciones para la prestación de servicios o la explotación de redes de comunicaciones electrónicas.

El artículo 11 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), aplicable a los procedimientos sancionadores tramitados por esta Comisión según lo dispuesto en el último párrafo del artículo 58 de la LGTel, determina que:

"1. Los procedimientos sancionadores se iniciarán siempre de oficio, por acuerdo del órgano competente, bien por propia iniciativa o como consecuencia de orden superior, petición razonada de otros órganos o denuncia.

A efectos del presente Reglamento, se entiende por: (...)

d) Denuncia: El acto por el que cualquier persona, en cumplimiento o no de una obligación legal, pone en conocimiento de un órgano administrativo la existencia de un determinado hecho que pudiera constituir infracción administrativa".

En virtud del precepto anterior, los escritos de referencia pueden calificarse como una denuncia a fin de examinar, con la consideración de las alegaciones presentadas durante el trámite de actuaciones previas abierto al amparo del artículo 69.2 de la LRJPAC y del artículo 12 del Reglamento del Procedimiento Sancionador, si procede iniciar el correspondiente expediente sancionador.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Segundo.- 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.

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

Como ha manifestado reiteradamente esta Comisión, el trámite de información previa responde a razones elementales de prudencia, tratando de evitar la precipitación a la hora de acordar la apertura de un procedimiento que nunca debió iniciarse por carecer de base suficiente. Lo anterior cobra aun más importancia en el caso de los procedimientos sancionadores por cuanto éstos inciden directamente en el ámbito moral de la persona imputada.

Además, ha de tenerse en cuenta que las diligencias previas a la eventual apertura de un procedimiento son de carácter facultativo y no constituyen ni



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

forman parte del procedimiento propiamente dicho, sino que aparecen como un antecedente del mismo cuya omisión no constituye vicio de procedimiento alguno.

En el supuesto que nos ocupa, y sobre la base de las consideraciones anteriores, esta Comisión inició un período de diligencias previas, otorgando a los interesados la posibilidad de formular alegaciones y realizando determinados requerimiento que tenían por objeto la verificación de los hechos denunciados.

Así de las manifestaciones vertidas por la AOP en respuesta al requerimiento de información de esta Comisión de fecha 12 de enero de 2007, resulta que los retrasos en la solicitud de 19 portabilidades objeto de la denuncia se debieron al hecho de que Gemytel, a causa del impago de facturas, tuvo privada su capacidad de interactuar con la Entidad de Referencia entre el 15 y 21 de diciembre de 2006. Con posterioridad a estas fechas, las citadas portabilidades pudieron finalmente tramitarse.

A este respecto debemos indicar que la conservación de la numeración o portabilidad es un derecho de los abonados, siendo responsabilidad de los operadores el sostenimiento de los sistemas que lo permiten.

Así, el artículo 18 de la LGTel establece que los operadores que exploten redes públicas telefónicas o presten servicios telefónicos disponibles al público garantizarán que los abonados a dichos servicios puedan conservar, previa solicitud, los números que les han sido asignados, con independencia del operador que preste el servicio. Asimismo se establece que los costes derivados de la actualización de los elementos de la red y de los sistemas necesarios para hacer posible la conservación de los números deberán ser sufragados por cada operador sin que, por ello, tengan derecho a percibir indemnización alguna.

Lo dispuesto en el citado artículo se desarrolla, entre otros, en el artículo 44 del Real Decreto 2296/2004, de 10 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento sobre mercados de comunicaciones electrónicas, acceso a las redes y numeración (en adelante, Reglamento de Mercados) que establece 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 dicho Reglamento.

Asimismo, el artículo 45 del citado Reglamento de Mercados establece que los costes derivados de la actualización de los elementos de red y de los sistemas necesarios para hacer operativa la conservación de los números por los



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

abonados deberán ser sufragados por cada operador, y no darán derecho a contraprestación económica alguna.

Por último el artículo 48.3.e) establece que con el fin de salvaguardar la pluralidad de oferta del servicio la Comisión podrá dictar, sobre las materias indicadas, instrucciones dirigidas a los operadores que actúen en el sector de las comunicaciones electrónicas. Estas instrucciones serán vinculantes una vez notificadas o, en su caso, publicadas en el BOE.

En base a esta competencia, con fecha 15 de julio de 2004 el Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones aprobó la Circular 2/2004, mediante la cual se establecen una serie de principios que deben regir la portabilidad y de aplicación a todos los operadores que presten servicios telefónicos disponibles al público u otros servicios con numeración telefónica.

En concreto, el apartado cuatro. 3 de la citada Circular indica que *“todos los operadores tendrán la obligación de compartir los costes incurridos en el establecimiento, correcto funcionamiento y gestión administrativa de la Entidad de Referencia, así como el derecho de acceso directo a la misma”*.

En base a todo ello, podemos concluir que el hecho de que Gemytel no hiciese frente a las factura giradas por la AOP supone un incumplimiento de lo dispuesto por esta Comisión en la Circular 2/2004.

No obstante lo anterior, se debe tener en cuenta que la situación irregular denunciada tan solo se produjo durante el periodo comprendido entre el 15 y el 21 de diciembre del 2006, ya que en esta última fecha la empresa Xtra Telecom, S.A. comunicó formalmente a la AOP su compromiso de asumir el coste económico correspondiente a la entidad Gemytel, con la finalidad de permitir la realización de las operaciones de portabilidad que solicitaran los clientes de la citada entidad una vez cesara en su actividad.

Asimismo, se ha de valorar que durante la tramitación del presente expediente tanto Onlycable, en calidad de entidad denunciante, como Procono, en calidad de operador receptor de las líneas objeto de la denuncia, solicitaron el archivo de las presentes actuaciones al haber desaparecido el objeto del mismo.

En atención a todo lo anterior, y teniendo en cuenta que esta Comisión no ha detectado problemas similares con otros operadores durante la tramitación del presente expediente, ha de concluirse que no existen motivos suficientes que justifiquen la apertura de un procedimiento sancionador contra la entidad denunciada.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Cuarto.- Actuación de la AOP

Como se ha manifestado anteriormente, 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 esta 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”*.

A este respecto hay que indicar que la AOP, en respuesta al requerimiento de información de esta Comisión de fecha 12 de enero de 2007, manifestó que *“con fecha 15 de diciembre de 2006, tras reiteradas advertencias y en*



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

aplicación de lo previsto para estos supuestos, la Gerencia de la AOP procedió a interrumpir transitoriamente la capacidad técnica de Gemytel para interactuar con la Entidad de Referencia de Portabilidad, y ello en tanto que esa mercantil persistiera en el incumplimiento de sus obligaciones de pago del coste por este servicio. Así pues, desde ese momento, la entidad Gemytel quedó privada de la facultad de participar en cualquier operación de portabilidad, ya fuera en rol de donante como de receptor”.

De lo anterior se concluye que la AOP denegó las solicitudes de portabilidad realizadas por el operador denunciante, amparándose en una causa no admitida por la normativa, limitando así el derecho de los usuarios de la entidad Gemytel a portarse a otros operadores.

Esta Comisión entiende que la AOP, en calidad de Entidad de Gestión Técnica de Portabilidad, tiene la obligación de tramitar las solicitudes de portabilidad recibidas cumpliendo con los procedimientos establecidos en las citadas especificaciones técnicas, por lo que en el futuro deberá abstenerse de llevar a cabo este tipo de actuaciones.

Vistos los citados antecedentes de hecho y fundamentos de derecho, esta Comisión,

RESUELVE

Primero.- Proceder al archivo del expediente en relación con la denuncia presentada por Onlycable Comunicaciones, S.L. contra Gemytel Servicios Interactivos, S.A., no iniciar un procedimiento sancionador al respecto y declarar concluso el periodo de información previa de referencia.

Segundo.- 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.

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.

Asimismo, se pone de manifiesto que contra la resolución a la que se refiere el presente certificado, que pone fin a la vía administrativa, podrá interponerse, con carácter potestativo, recurso de reposición ante esta Comisión en el plazo



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

de un mes desde el día siguiente al de su notificación o, 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, de acuerdo con lo establecido en el artículo 1.ocho de la Ley 12/1997, de 24 de abril, de Liberalización de las Telecomunicaciones, la Disposición adicional cuarta, apartado 5, de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa y el artículo 116 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y sin perjuicio de lo previsto en el número 2 del artículo 58 de la misma Ley.

EL SECRETARIO

Vº Bº EL PRESIDENTE

Reinaldo Rodríguez Illera

Ignacio Redondo Andreu