



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

JAIME ALMENAR BELENGUER, 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 número 02/07 del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones celebrada el día 18 de enero de 2007, se ha adoptado el siguiente

ACUERDO

Por el que, en el marco de la tramitación del presente procedimiento (expediente de referencia AJ 2006/1522), se aprueba la siguiente

RESOLUCIÓN RELATIVA AL RECURSO POTESTIVO DE REPOSICIÓN INTERPUESTO POR LA ENTIDAD EUSKALTEL, S.A. CONTRA LA RESOLUCIÓN DE FECHA 9 DE NOVIEMBRE DE 2006, RELATIVA AL CONFLICTO FORMULADO POR DICHA ENTIDAD FRENTE A FRANCE TELECOM ESPAÑA, S.A., SOLICITANDO LA TRANSMISIÓN DE RECURSOS DE NUMERACIÓN Y EL ACCESO AL SERVICIO TELEFÓNICO MÓVIL Y A ELEMENTOS ESPECÍFICOS DE DICHO SERVICIO DE ORANGE.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Escrito presentado por Euskaltel, S.A. solicitando autorización para la transmisión a dicha entidad de los recursos de numeración asignados a Retevisión Móvil, S.A.

Con fecha 14 de septiembre de 2006, tuvo entrada en el Registro de esta Comisión escrito formulado por la entidad Euskaltel, S.A. (en adelante, Euskaltel), en virtud del cual solicitaba la transmisión de los recursos de numeración asignados a Retevisión Móvil, S.A. (en adelante, Amena u Orange) utilizados por los usuarios contratados por Euskaltel en virtud del Acuerdo Marco de Colaboración de fecha 16 de diciembre de 1998 celebrado por ambas operadoras (en adelante, el "Acuerdo Marco de Colaboración"), quedando subrogada Euskaltel en todos los derechos y obligaciones derivados de dicha asignación. Asimismo, solicitaba la inscripción de Euskaltel como nuevo titular de la asignación en el Registro público de numeración gestionado por la Comisión.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

La citada solicitud formulada por la operadora se fundamentaba en que, en virtud del Acuerdo Marco suscrito entre ambas operadoras para la comercialización del servicio DCS 1800, *“se cuenta a la fecha con más de 400.000 líneas de telefonía móvil contratadas”*, que son de su titularidad.

Euskaltel planteaba su solicitud como un aspecto necesario en el marco del proceso de migración de clientes que pretendía llevar a término, describiendo dicho proceso de migración como un cambio de encaminamiento a la red de Euskaltel que se realizaría mediante cambio de NRN y que conllevaría las siguientes actuaciones:

- 1.- En lo que se refiere a la tarjeta SIM y a los terminales de los clientes, habrían de realizarse, entre otros, cambios de IMSI, modificaciones en la configuración de la SIM y modificaciones en los datos de configuración del terminal.
- 2.- En relación con la red móvil de Euskaltel, sería necesario configurar en la misma los servicios contratados por el cliente.
- 3.- En lo que se refiere a otras redes, sería preciso realizar la adecuación de los enrutamientos para la correcta terminación de llamadas, SMS y otros datos.

Asimismo, Euskaltel solicitaba la adopción de las medidas cautelares consistentes en la prohibición a Orange, durante el período de migración a la red de Euskaltel de los clientes que tenían contratado el servicio de telefonía móvil con Euskaltel al amparo del Acuerdo Marco de Colaboración, de realizar actuaciones comerciales directas para la captación de dichos clientes, de realizar prácticas comerciales denigratorias hacia Euskaltel dirigidas a los actuales titulares de la referida numeración, y de prestar el servicio en condiciones de calidad inferiores a la de los clientes que hubieran contratado directamente con Amena su prestación.

SEGUNDO.- Escrito presentado por Euskaltel planteando conflicto de acceso frente a Orange para poder prestar el servicio telefónico móvil a los usuarios que contrataron el servicio con Euskaltel al amparo del Acuerdo Marco de Colaboración.

Con fecha 19 de septiembre del mismo año, tuvo entrada en el Registro de la Comisión escrito de Euskaltel, en virtud del cual planteaba conflicto de acceso frente a Orange, y solicitaba que se impusiera a esta última la obligación de dar acceso a determinados recursos e información, para poder prestar Euskaltel servicios de telefonía móvil a los clientes que tenían suscritos contratos con la misma al amparo del Acuerdo Marco de Colaboración.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Según la operadora, con fecha 21 de marzo de 2006, remitió a Amena carta solicitándole el inicio formal de negociaciones tendentes a regular las condiciones de acceso de Euskaltel a recursos específicos de la red de Amena y de utilización de dicha red, en los términos establecidos en la Resolución del mercado de acceso a redes de telefonía móvil.

Asimismo, con fecha 14 de julio de 2006, se celebró una reunión entre Amena y Euskaltel en la que ésta presentó una propuesta de migración de la situación existente en dicho momento a la de Operador Móvil Virtual. A esta propuesta, a pesar de los reiterados intentos de Euskaltel, Amena no contestó en ningún momento, por lo que ante la imposibilidad de obtener un acuerdo y reiterando la solicitud, con fecha 30 de agosto de 2006 Euskaltel envió notificación a Amena solicitando el acceso a determinados recursos necesarios para la ejecución de la migración de Euskaltel a la figura de Operador Móvil Virtual.

Finalmente, con fecha 6 de septiembre de 2006, Euskaltel comunicó a la Comisión la firma de un acuerdo con la entidad Vodafone España, S.A. (en adelante, Vodafone) para el suministro a Euskaltel de los servicios de acceso mayoristas y servicios adicionales necesarios para la prestación por parte de Euskaltel de los servicios de telefonía móvil a sus clientes bajo el modelo de Operador Móvil Virtual, en los términos de la notificación de 26 de mayo de 2006 realizada a la Comisión.

Ante tales hechos, el conflicto planteado por Euskaltel se basaba en la negativa de acceso por parte de Orange a los recursos e información solicitados por la operadora, que esta última calificaba como "*recursos asociados a redes*" y que, a su juicio, garantizaban el mantenimiento de los servicios contratados por los clientes afectados en los términos en que éstos fueron solicitados. La solicitud de acceso formulada por Euskaltel se refería a dos aspectos:

1. Recursos relacionados con las tarjetas SIMs y los terminales utilizados por los clientes de Euskaltel (entre otros, relación IMSI-IMEI, concordancia de IMSIs y SIMs de clientes, información de perfiles de configuración).
2. Información relativa a los servicios prestados a los clientes (entre otra información, datos de configuración de red privada virtual VPN, información de clientes de prepago, relación de IMSIs y configuración del estado de servicios).

TERCERO.- Notificación a las partes del inicio del procedimiento.

Por medio de escrito del Secretario de la Comisión, de fecha 22 de septiembre de 2006, se notificó a las partes el inicio del procedimiento tramitado bajo el expediente con número de referencia MTZ 2006/1141, donde se tratarían



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

conjuntamente las solicitudes planteadas por Euskaltel los días 14 y 19 de septiembre de 2006. En dicho escrito se otorgó a Amena un plazo de diez días para que formulara las alegaciones y presentara los documentos que tuviera por conveniente.

CUARTO.- Carta de fecha 13 de septiembre de 2006 de Orange a Euskaltel dando por resuelta la relación contractual entre ambas, y carta de fecha 27 de septiembre de 2006 de Euskaltel a Orange dando, por su parte, por resuelto el contrato.

Mediante carta de fecha 13 de septiembre de 2006, la entidad Orange notifica a Euskaltel la resolución, desde esa misma fecha y a todos los efectos, del Acuerdo Marco de Colaboración y sus Anexos, así como todas las relaciones comerciales derivadas del Acuerdo mantenidas entre Orange y Euskaltel hasta dicha fecha, según aquélla, como consecuencia del grave incumplimiento por parte de Euskaltel de los compromisos asumidos con Orange.

Con fecha 27 de septiembre de 2006, Euskaltel remite una carta a Orange, dando por su parte también por resuelto el Acuerdo Marco de Colaboración.

QUINTO.- Resolución de fecha 26 de octubre de 2006, por la que se adoptaron medidas cautelares en el conflicto de acceso presentado por Euskaltel frente a Orange.

El día 26 de octubre de 2006, el Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones aprueba la Resolución por la que se adoptan las siguientes medidas cautelares en el seno del procedimiento de conflicto:

- *Orange y Euskaltel, deberán respetar y continuar, de forma provisional, la relación contractual que venían manteniendo al amparo del Acuerdo Marco de Colaboración, en relación con los clientes afectados.*
- *Orange y Euskaltel, seguirán contribuyendo a la prestación del servicio telefónico móvil a los clientes afectados como lo venían haciendo hasta ahora y en las mismas condiciones que se estipulaban en dicho acuerdo, incluyendo las de calidad.*
- *Orange y Euskaltel, no podrán dirigirse a los clientes afectados, individual o colectivamente, para captarlos a sus canales de comercialización y/o inducir su traslado mediante portabilidad a otras redes.*

Lo anterior no implica ni puede interpretarse en modo alguno como base para el establecimiento, por cualquiera de las partes, de restricciones al ejercicio libre y espontáneo por los clientes afectados de su libertad de optar a cualquiera de las posibilidades u opciones que estos tuvieran cuando estaba vigente el Acuerdo Marco de Colaboración.”



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

SEXTO.- Resolución de fecha 9 de noviembre de 2006 por la que se pone fin al conflicto formulado por Euskaltel frente a Orange.

Con fecha 9 de noviembre de 2006, el Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones aprobó la Resolución relativa al conflicto formulado por Euskaltel en el que se solicitaba la transmisión de recursos de numeración y el acceso al servicio telefónico móvil y a elementos específicos de dicho servicio de Orange (MTZ 2006/1141), acordando lo siguiente:

PRIMERO.- *Se desestima la pretensión de Euskaltel relativa a que la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones autorice la transmisión de numeración de los recursos de numeración asignados a Orange y utilizados por los clientes contratados al amparo del Acuerdo Marco de Colaboración.*

SEGUNDO.- *En relación con los clientes que opten por solicitar la portabilidad a Euskaltel, Orange deberá transmitir los datos relacionados con “los SERVICIOS disponibles por los clientes de Euskaltel” a que se refiere Euskaltel en sus escritos, relativos a los datos de configuración de red privada virtual VPN, a los clientes de Prepago, y a otros servicios configurados por el propio usuario mediante comandos a la red que suministra el servicio, datos que tendrán que estar actualizados para cada cliente en el momento de la cesión de dichos datos.*

TERCERO.- *Orange deberá, en consecuencia, garantizar hasta el 31 de enero de 2007, la prestación del servicio a todos aquellos clientes que hubieran contratado el servicio al amparo del Acuerdo Marco de Colaboración. Asimismo, tal servicio continuará más allá de dicha fecha respecto de aquellos clientes que, habiendo solicitado la portabilidad a Euskaltel antes de esa fecha, y así le conste fehacientemente a Orange (incluidas aquellas solicitudes remitidas por sistema web), no hayan visto culminado el proceso de la portabilidad.*

A los efectos de esta resolución, las condiciones económicas de aplicación al acceso serán transitoriamente las establecidas en el Acuerdo Marco de Colaboración, hasta tanto las partes no alcancen un acuerdo definitivo.

La garantía del servicio que se acuerda hasta el 31 de enero de 2007 no implica restricciones al ejercicio de campañas comerciales individualizadas o generales sobre los clientes del Acuerdo Marco de Colaboración”.

SÉPTIMO.- Recurso de reposición interpuesto por Euskaltel contra la Resolución aprobada por el Consejo de la Comisión el día 9 de noviembre de 2006.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Mediante escrito de fecha 15 de diciembre de 2006, con entrada en el Registro de la Comisión en esa misma fecha, Euskaltel formula recurso potestativo de reposición contra la Resolución de fecha 9 de noviembre de 2006 citada anteriormente, con fundamento en los siguientes motivos de impugnación:

1ª.- En relación con su solicitud de transmisión de la numeración asignada a Orange:

En primer lugar, señala Euskaltel que la falta de desarrollo reglamentario del artículo 48.3 b) de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones (en adelante, LGTel), en lo relativo a la transmisión de los recursos de numeración no impide a la Comisión ejercer su competencia para autorizar la transmisión de numeración entre operadores de telecomunicaciones, fijando las condiciones de ésta, ya que dicha competencia ha sido atribuida legalmente al Organismo, que no podría dejar de aplicar el mandato legal que expresamente se le confiere por el hecho de no existir desarrollo normativo en la Ley.

A este respecto, afirma la operadora que cuando el citado precepto alude al desarrollo reglamentario lo hace en relación con la asignación de la numeración a los operadores y no propiamente en cuanto a la transmisión, cuya autorización, según señala el precepto, corresponde a la Comisión, que determinará mediante Resolución las condiciones de aquélla. Señala, además, que el desarrollo reglamentario en materia de numeración ya ha sido llevado a cabo por el Reglamento de Mercados, en el que no se prevé un procedimiento de autorización de transmisión, debiendo entenderse que resulta suficiente con la previsión del artículo 48.3 b) de la LGTel, que habilita directamente a la Comisión para ejercitar el mandato legal.

Además, señala Euskaltel que la propia Resolución impugnada incurre en contradicción cuando, por un lado, señala que la transmisión debe ser objeto de desarrollo reglamentario y, por otro, que su pronunciamiento resulta de aplicación únicamente al supuesto enjuiciado, pretendiéndose la regulación en breve de un sistema para resolver el problema de los procesos de migración de la numeración en el caso de los operadores móviles virtuales.

Frente a lo expuesto en la Resolución impugnada sobre la necesidad de que la transmisión sea solicitada conjuntamente por el operador transmitente y el receptor de la numeración, manifiesta la operadora que la inexistencia de consentimiento por parte del titular de la numeración no impide a la Comisión transmitir la numeración previamente asignada, ya que, en virtud del artículo 29 del Reglamento de Mercados, los recursos de numeración tienen carácter público y, por tanto, ni el cedente ni el cesionario tienen capacidad para decidir sobre la misma, y la Comisión podría modificar la numeración asignada inicialmente a un operador con



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

base a lo establecido en la normativa sobre telecomunicaciones, pero no de acuerdo con los principios generales del Derecho civil.

Sobre la previsión contenida en la Resolución sobre la Directiva 2002/20/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 7 de marzo de 2002, relativa a la autorización de redes y servicios de comunicaciones electrónicas (en adelante, Directiva de Autorización), que señala, en el Anexo, entre las condiciones que pueden asociarse a los derechos de uso de la numeración, la relativa a la *“cesión de derechos por iniciativa del titular del derecho y condiciones para dicha cesión”* (apartado C.6 del Anexo), afirma Euskaltel que ni la LGTel ni el Reglamento de Mercados, reconocen expresamente la condición del Anexo a la que se refiere la Resolución, lo que se debe a que ello sería contrario al carácter público otorgado a la numeración por la legislación sectorial.

Añade también Euskaltel que, si bien no ha sido recogido expresamente en nuestra regulación, la Directiva 2002/21/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 7 de marzo de 2002, relativa a un marco regulador común de las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas (en adelante, Directiva Marco), establece en su artículo 8.2 que las autoridades nacionales de reglamentación fomentarán la competencia en el suministro de redes de comunicaciones electrónicas, velando porque los usuarios obtengan el máximo beneficio en cuanto a posibilidades de elección, precio y calidad, así como promoviendo un uso eficiente y velando por una gestión eficaz de las radiofrecuencias y de los recursos de numeración.

A pesar de lo expuesto en la Directiva Marco, según la operadora, el hecho de que para que los clientes continúen con el operador con el que contrataron los servicios tengan que prestar de nuevo su consentimiento no puede considerarse como máximo beneficio del usuario en cuanto a la elección del operador. Tampoco el hecho de que tengan que llevar a cabo la portabilidad de más de 400.000 líneas puede considerarse un uso eficiente y una gestión eficaz de los recursos de numeración por parte de la Comisión.

Por tanto, entiende Euskaltel que la Resolución recurrida no ha cumplido lo establecido en la LGTel, en tanto no ha atendido a la habilitación legal a la Comisión para la transmisión de la numeración, ni ha aplicado el Reglamento de Mercados, en particular en lo que se refiere a lo establecido en los artículos 28, 29 y 30, en virtud de los cuales los recursos de numeración tienen carácter público y su gestión y control corresponde a la Comisión.

De acuerdo con ello, según la recurrente, la Resolución impugnada debe considerarse contraria a Derecho al amparo de lo establecido en el artículo 62.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante, LRJPAC).



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

2ª.- En cuanto al procedimiento que se deriva de la Resolución impugnada para llevar a cabo la portabilidad:

Considera Euskaltel que se infringe la LGTel y, en particular, su artículo 3 e), ya que la Resolución aprobada el 9 de noviembre de 2006 no asegura el derecho de los usuarios al acceso a los servicios de comunicaciones electrónicas en adecuadas condiciones de elección. Afirma la operadora que los clientes de Euskaltel ya han elegido serlo y se les obliga ahora a reiterar por escrito su voluntad, sin aceptar el procedimiento propuesto por Euskaltel, que cumple con los principios de la LGTel.

Además, según la operadora, la Resolución impugnada impone a Euskaltel unas especialidades accesorias contrarias a Derecho y distintas de las establecidas por la Resolución de 5 de junio de 2003, sobre la modificación de las especificaciones técnicas aplicables a la conservación de la numeración en caso de cambio de operador en las redes telefónicas públicas móviles.

En particular, señala de contrario Euskaltel que la Resolución recurrida otorga a la portabilidad una finalidad distinta a la prevista legalmente, al entender que la única manera de realizar una transferencia de la numeración era la de la portabilidad, habiéndose establecido un procedimiento de difícil ejecución que requiere de la exigencia de documentación a suscribir por los clientes de modo obligatorio, con el consiguiente beneficio que ello conlleva para Orange.

Según la operadora, la portabilidad no produce en ningún caso la transferencia de la numeración, sino que es la manera que tiene un abonado de hacer efectiva su voluntad de conservar el número en el supuesto en que solicite el alta del servicio en otro operador. Añade que sólo en el caso mencionado en la Resolución y contemplado en el artículo 62.3 del Reglamento de Mercados (cuando una parte sustancial de una asignación se transfiera a otros operadores como consecuencia del ejercicio del derecho a la conservación de los números de abonados) se produce con la portabilidad la transferencia de numeración.

Reitera, además, la operadora que la exigencia de documentación a suscribir por el cliente de modo obligatorio nada aporta al proceso de migración en sí mismo, y que Orange, operador donante de la portabilidad, carece de datos de los clientes, debiendo, sin embargo, acreditarse ante Orange las solicitudes de portabilidad, lo que conlleva, en último término, que la viabilidad de las portabilidades dependa de Orange.

En relación con el procedimiento de portabilidad que resulta de la Resolución impugnada, señala Euskaltel que, si bien se hace mención en ella al procedimiento de portabilidad aprobado por la Resolución de 5 de junio de 2003, sin embargo, *“ha establecido para el caso que nos ocupa un procedimiento de portabilidad con*



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

especialidades en cuestiones accesorias que en la práctica lo hacen de imposible ejecución”.

En este punto, la operadora se refiere, en primer lugar, a la exigencia en el apartado tercero de la Resolución de la constancia fehaciente a Orange de las solicitudes de portabilidad realizadas por parte de los clientes de Euskaltel con carácter previo al 31 de enero de 2007 (incluidas las solicitudes remitidas por sistema web).

Sostiene, en tal sentido, Euskaltel que en la Resolución de 5 de junio de 2003 no se prevé un método específico de envío de la solicitud, salvo que el envío debe realizarse en el plazo de 15 días desde que el operador donante tiene conocimiento de la misma. Únicamente se prevé el envío de la copia por fax a requerimiento expreso del operador donante. De este modo, según la operadora, no podría exigirse un procedimiento distinto para el envío de las solicitudes, sobre todo teniendo en cuenta que en la práctica los operadores móviles prescinden del envío de las mismas y que en las especificaciones técnicas que resulten del procedimiento de modificación, se prevé únicamente el envío de las solicitudes en caso de que existan dudas sobre la acreditación del consentimiento de los clientes o en caso de que se hubieran producido reclamaciones por parte de éstos.

Pero, incluso en el caso de que se acrediten fehacientemente las solicitudes de portabilidad por parte de Euskaltel, la operadora señala que la Resolución impugnada no contiene previsión para el caso de rechazo de las solicitudes por parte de Orange.

Otra de las cuestiones que en relación con el procedimiento de portabilidad derivado de la Resolución impugnada plantea Euskaltel es la del cumplimiento de los plazos de ejecución de la portabilidad.

En particular, sobre el inciso previsto en el apartado tercero de la parte dispositiva de la Resolución, que prevé que, si bien las solicitudes de portabilidad deberán formularse hasta el 31 de enero de 2007, debiendo Orange garantizar la prestación del servicio a los clientes hasta dicha fecha, *“tal servicio continuará más allá de dicha fecha respecto de aquellos clientes que, habiendo solicitado la portabilidad antes de esa fecha, y así le conste fehacientemente a Orange (incluidas aquellas solicitudes remitidas por sistema web), no hayan visto culminado el proceso de la portabilidad”*, señala Euskaltel que, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 44.3 del Reglamento de Mercados, la conservación del número debe efectuarse en el plazo de cuatro días hábiles contados desde el siguiente a la recepción de la solicitud de baja con conservación de números, lo que se traduce en la tramitación de la solicitud en el plazo de 5 días que puede ser ampliado a solicitud del abonado, siempre que el momento deseado por éste no exceda de un mes desde la fecha de la solicitud.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Si se considera el volumen de solicitudes que habría que tramitar en el plazo fijado por la Comisión en la Resolución impugnada, las solicitudes de portabilidad difícilmente serían tramitadas por Orange cumpliendo con los plazos establecidos.

Por todo ello, entiende Euskaltel que el derecho de Orange a tener constancia de las solicitudes de portabilidad de forma fehaciente y dejar a Orange todas las facultades para rechazar las solicitudes y gestionarlas, supone colocar a Euskaltel en una posición de desventaja que redundará, finalmente, en una pérdida de confianza de los clientes.

Según Euskaltel, deben tenerse en cuenta las labores a realizar para la implantación del proceso de portabilidad, teniendo en cuenta los pocos días laborables con los que cuenta la operadora, considerando la fecha efectiva de activación de su red y los días festivos de los meses de diciembre y enero, que hacen inalcanzable el plazo fijado (31 de enero de 2007) para comunicar a Orange las solicitudes de portabilidad.

Deben considerarse, a su juicio, los siguientes aspectos que dificultan el procedimiento de portabilidad en la fecha fijada:

- Número de clientes: distingue la operadora entre los clientes cuya gestión se realiza a través de los canales de distribución de Euskaltel (alrededor del 63%) y aquellos que son gestionados a través de los comerciales de Euskaltel (en torno al 37%), puesto que la portabilidad se gestionará por la operadora con arreglo a procedimientos diferentes y los clientes gestionados a través de comerciales pueden ser titulares de más de 10 líneas (en torno a 400 clientes).
- Cupos de portabilidad tramitados por Orange: Únicamente para los clientes de distribución (en torno al 63%) es necesario que Orange gestione 8000 portabilidades únicamente de Euskaltel en una época en la que los cupos sufren un considerable incremento.
- Período de 1 mes previsto en las Especificaciones Técnicas de Portabilidad para la validez de una portabilidad en el caso de que el cliente solicite un plazo distinto a los 6 días actualmente previstos para la activación de la portabilidad.
- La media de tiempo que, según Euskaltel, tarda Orange en realizar las portabilidades es de 10 días.
- Por razones de logística el proceso de portabilidad previsto en la Resolución de 9 de noviembre de 2006 no se iniciaría hasta el 22 de noviembre de 2006.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

- Fecha en la que es posible realizar la primera portabilidad por estar disponible la red de Euskaltel: 11 de diciembre de 2006.

Deben tenerse en cuenta, además, según Euskaltel, las siguientes actuaciones que la operadora debe llevar a cabo para conseguir el consentimiento escrito por parte de sus clientes:

1. *“Firma de solicitudes de portabilidad”*: Se han de firmar al menos 5000 solicitudes de portabilidad al día, siendo necesario que en el momento de la firma del contrato de portabilidad se asocie la nueva tarjeta SIM a cada línea que se firma en el contrato a portar. Además, los contratos se hacen llegar al usuario por envío postal, con los consiguientes retrasos en la entrega y devoluciones que pudieran producirse. En el caso de clientes gestionados comercialmente (no de distribución), el proceso tiene lugar a través de visitas presenciales.

Además de la recogida de documentación, será necesario realizar las siguientes actividades:

- Liberación del terminal y, en caso de existir problemas, sería necesario entregar un terminal nuevo liberado.
- Duplicado de la tarjeta SIM nueva con los datos contenidos en la tarjeta SIM que tiene el cliente y la entrega de esta tarjeta.
- Configuración del terminal.

Según Euskaltel, desde que se realizan las actividades hasta que la portabilidad es efectiva y Orange ha de entregar los datos asociados a la red, los clientes dejan de disponer de los servicios en movilidad (MMS, correo móvil...).

2. *“Alta de las solicitudes firmadas por los clientes de Euskaltel en los sistemas corporativos de Euskaltel”*.
3. *“Alta de las solicitudes de portabilidad firmadas por los clientes de Euskaltel en la web de Amena”*.
4. *“Confirmar ventana de cambio al cliente”*: es necesario, señala Euskaltel, establecer una plataforma para confirmar con los clientes las fechas de ventana de cambio acordadas para la portabilidad, y reconvocar portabilidades en caso de que la fecha acordada no encaje al cliente.
5. *“Confirmar portabilidad”*: se trata de la plataforma encargada de validar que la portabilidad se ha realizado con éxito, y establecer medidas de urgencia para el caso de que el cliente se hubiera quedado sin servicio.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

En virtud de las consideraciones anteriores Euskaltel considera como plazo razonable para hacer posible la tramitación de las portabilidades hasta el 30 de junio de 2007.

3ª.- Por lo que respecta a la solicitud de Euskaltel de acceso a las SIMs y a los terminales utilizados por los clientes de Euskaltel y a los servicios disponibles por los clientes:

Euskaltel se muestra en desacuerdo con la estimación parcial que a su entender se produce en la Resolución de 9 de noviembre de 2006 respecto a su solicitud de acceso.

En primer lugar, en lo que se refiere al acceso a los servicios disponibles por los clientes de Euskaltel, señala la operadora que el acceso concedido no debe vincularse únicamente a los clientes que soliciten la portabilidad, ya que ello no supone un acceso en los términos del artículo 10 del Reglamento de Mercados, sino el mantenimiento de los servicios del cliente en virtud del derecho a la conservación del número. Según Euskaltel, si se mantienen en este punto los términos de la Resolución impugnada, se verá avocada a presentar un nuevo conflicto de acceso para obtener la misma información en el supuesto de clientes que, manifestando su voluntad de permanecer con Euskaltel, optaran por cambiar el número sin ejercitar el derecho a la conservación del mismo que les permite la legislación nacional.

Por ello, según Euskaltel, el derecho de acceso ha de ser independiente de la portabilidad, desde el momento en que no conste que el cliente le ha solicitado a Euskaltel la baja del contrato suscrito.

En otro término, por lo que respecta al acceso denegado en la Resolución impugnada (relativo a las SIMs y terminales utilizados por los clientes de Euskaltel), afirma la operadora que tal denegación se produce sin motivación alguna, y sin tener en cuenta las causas tasadas previstas en el artículo 10 del Reglamento de Mercados (viabilidad técnica o necesidad de preservar la integridad de la red). Añade que en ningún caso el cambio de red de acceso o la denegación de la transmisión de numeración que utiliza la Comisión pueden considerarse causa suficiente de la denegación del acceso solicitado.

La recurrente concluye afirmando que la Resolución impugnada no es conforme a Derecho al amparo de lo establecido en el artículo 62.2 de la LRJPAC y, concretamente, por haber sido dictada vulnerando el artículo 10 del Reglamento de Mercados, que contempla las causas de denegación de acceso.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Asimismo, reitera que el acceso concedido se produce de acuerdo con unas limitaciones carentes de base legal, como son la firma de una solicitud de portabilidad y la constancia fehaciente de parte de las mismas por Orange.

Si en el caso de la Resolución de fecha 26 de octubre de 2006 por la que se adoptaron medidas cautelares el derecho de acceso de Euskaltel se justificaba en la relación con sus clientes, que determinaba su consideración como revendedor, la Comisión no puede sustentar ahora el derecho de acceso en la firma de una solicitud de portabilidad.

La concesión del derecho de acceso en los términos expuestos supone un obstáculo al desarrollo de un mercado competitivo a nivel minorista, ya que más que una obligación para el operador declarado con poder significativo en el mercado, se impone una obligación al operador entrante, y se ocasiona un claro perjuicio a los usuarios finales, llegando al absurdo de que los clientes tuvieran que solicitar la aplicación de un producto que ya tenían contratado con Euskaltel o, incluso, que se vieran obligados a pagar la penalización por baja anticipada en el supuesto de subvención de terminales.

En virtud de las alegaciones sucintamente expuestas, Euskaltel solicita la anulación de la Resolución recurrida y la estimación del recurso presentado en los siguientes términos:

- Transmisión de la numeración en los términos solicitados en su escrito de 14 de septiembre de 2006.
- El acceso a Euskaltel a todos los recursos solicitados en el conflicto planteado el día 19 de septiembre de 2006.
- El otorgamiento a Euskaltel de un derecho de acceso a la red de Amena para garantizar la continuidad del servicio a los clientes hasta la finalización del período de migración, que considera que finalizará hacia el 30 de junio de 2007.

Para el supuesto de no acogimiento de todas las pretensiones anteriores, Euskaltel solicita una ampliación del plazo establecido en la Resolución impugnada (31 de enero de 2007) hasta el 30 de junio de 2007, declarando que el proceso de portabilidad debe efectuarse en el modo que resulta de la Resolución de portabilidad de 5 de junio de 2003 y del acuerdo entre los operadores, comunicado a esa Comisión, sin imponer requisito adicional alguno.

OCTAVO.- Resolución del Consejo de la Comisión de fecha 21 de diciembre de 2006.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Tras la remisión por las partes interesadas a la Comisión de una carta enviada por Orange a Euskaltel en la que se establecían *"las condiciones operativas precisas conforme a las que debería llevarse a cabo el referido proceso de portabilidad"* fijado en la Resolución de 9 de noviembre de 2006, se procedió a la apertura de oficio de un procedimiento con el objeto de comprobar que a través de las condiciones establecidas por Orange en dicha carta no se vulneraba ni el contenido, relativo al proceso de portabilidad, de la referida Resolución, ni las Especificaciones Técnicas aplicables a la conservación de la numeración en caso de cambio de operador en las redes telefónicas públicas móviles aprobadas en fecha 5 de junio de 2003 (MTZ 2003/147).

Mediante Acuerdo del Consejo de fecha 21 de diciembre de 2006 se aprueba la Resolución relativa al cumplimiento de la Resolución de fecha 9 de noviembre de 2006 recaída en el expediente MTZ 2006/1141 y al proceso de portabilidad de numeración entre Euskaltel y Orange, estableciéndose lo siguiente:

"PRIMERO.- *Se acuerda que, en relación con los procesos de portabilidad de numeración de los usuarios contratados al amparo del AMC, y sea cual sea el operador que contrate con los usuarios e inicie el proceso de portabilidad, Orange no podrá aplicar la causa de denegación "falta de correspondencia entre numeración y abonado identificado por su NIF/NIE/Pasaporte y nacionalidad/CIF", al desconocer las identidades de esos abonados, puesto que la relación contractual únicamente ha sido establecida entre dichos usuarios y Euskaltel. Por tanto, Orange sólo podría denegar las solicitudes de portabilidad de Euskaltel y de cualquier otro operador de telefonía móvil por razones estrictamente técnicas o ligadas a la numeración, es decir, únicamente se podrían admitir, si se diera el caso, las causas "numeración para la que ya existe un proceso de portabilidad en marcha", "numeración no asignada ni portada al operador donante", "causas justificadas de fuerza mayor" y "NRN no abierto en interconexión", contenidas en las Especificaciones.* **[El subrayado es nuestro].**

Orange tendrá que limitarse a comprobar que las solicitudes vía web que se inicien se corresponden con las solicitudes firmadas por los usuarios que le remita Euskaltel, esto es, a comprobar que concurre la voluntad del usuario final de contratar con Euskaltel, y no puede ampararse en que no tenga la información a que se refiere en su carta (documentación acreditativa de la identidad del solicitante, copia del contrato o contratos firmados por los usuarios finales) para denegar la portabilidad por no poder validar las solicitudes enviadas. **[El subrayado es nuestro].**

Para "acreditar la identidad del solicitante de la portabilidad como titular del número o números cuya portabilidad se solicita (...)", como señala Orange en su carta de 7 de diciembre, bastará disponer de la solicitud firmada por el usuario final y de los datos que se señalan en las solicitudes vía web. **[El subrayado es nuestro].**

SEGUNDO.- *Se señala, en relación con el Resuelve Tercero de la Resolución recaída en el expediente MTZ 2006/1141, que, será suficiente para tener la*



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

constancia fehaciente a que se refería aquel Resuelve, con que le conste a Orange la recepción por fax o por correo de tales solicitudes con anterioridad a la fecha señalada en la Resolución de 9 de noviembre (31 de enero de 2007), ello aunque debido al sistema de cupos y los plazos de las Especificaciones dichas solicitudes se atiendan con posterioridad [El subrayado es nuestro].

TERCERO.- Con respecto a las solicitudes de portabilidad iniciadas por Euskaltel tras dictarse la Resolución del expediente MTZ 2006/1141, si hubieran sido rechazadas por las causas cuya aplicación esta Comisión ha señalado como no procedente en la presente Resolución, se acuerda que Euskaltel no tendrá que volver a solicitarlas sino que deberán ser atendidas por Orange con carácter prioritario”.

NOVENO.- Escrito de alegaciones de Orange al recurso de reposición presentado por Euskaltel.

El día 10 de enero de 2007 tiene entrada en el Registro de la Comisión escrito de Orange, en virtud del cual formula alegaciones al recurso de reposición presentado por Euskaltel.

La operadora se opone al recurso, solicitando su desestimación íntegra y, además de reiterarse en las manifestaciones realizadas en el marco del procedimiento de conflicto, manifiesta:

- En relación con la solicitud de transmisión formulada por Euskaltel, que “...tal y como estimó la CMT en su Resolución de 9 de noviembre de 2006, el único supuesto posible en nuestra legislación de utilización por un operador de los números inicialmente asignados a otro operador es el de la portabilidad, procedimiento que en ningún caso deja la iniciativa en manos del operador sino que requiere específicamente un escrito del abonado al operador del que pretenda darse de baja en el que comunique su deseo de causar baja y de conservar sus números, tal y como se establece en el artículo 18 de la LGT y en el Capítulo IV del Título IV del Título IV del RMAM”.
- En cuanto al derecho de acceso de Euskaltel, que “la obligación que se impone a determinados operadores de facilitar acceso a su red a un tercero tiene como única finalidad la de permitir a ese tercero ofrecer servicios a los usuarios sobre esa red y para ello y únicamente para ello, se prevé complementariamente el acceso a aquellos recursos asociados a la red imprescindibles para poder prestar el servicio sobre ésta”.
- En lo que respecta al procedimiento de portabilidad, que “las objeciones de Euskaltel han quedado vacías de contenido tras la citada Resolución de la CMT de 21 de diciembre, que ha establecido de modo preciso los requisitos a seguir



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

en la ejecución de este proceso, por lo que esta parte del recurso queda sin objeto”.

- Por lo que se refiere a la ampliación del plazo fijado en el Resuelve Tercero de la Resolución impugnada, que *“es evidente que esta pretensión de Euskaltel parte, una vez, de una premisa errónea, fundamentada en la convicción de que todos los usuarios de ORANGE han de ser migrados a Euskaltel y que, por tanto, el procedimiento y el plazo a seguir es el que permita cumplir tal objetivo. Como no le salen las cuentas para cumplir tal objetivo a 31 de enero, porque tiene el intolerable según Euskaltel requisito de que los usuarios den su consentimiento expreso por escrito a tal migración, solicita que se le de un plazo más amplio en todo caso, hasta el 30 de junio nada menos, para “completar” el proceso”.*

A los anteriores Antecedentes de hecho les son de aplicación los siguientes,

FUNDAMENTOS DE DERECHO

I.- FUNDAMENTOS JURÍDICOS PROCEDIMENTALES.

PRIMERO.- Calificación del escrito presentado por Euskaltel.

El artículo 107 de la LRJPAC establece que contra las resoluciones podrán interponerse por los interesados los recursos de alzada y potestativo de reposición, que cabrá fundar en cualquiera de los motivos de nulidad o anulabilidad previstos en los artículos 62 y 63 de dicha Ley.

A su vez, el artículo 116.1 de la LRJPAC establece que los actos administrativos que pongan fin a la vía administrativa podrán ser recurridos potestativamente en reposición ante el mismo órgano que los hubiera dictado o ser impugnados directamente ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativo.

La recurrente califica expresamente su escrito como recurso de reposición, por lo que, teniendo en cuenta lo anterior y que, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 48.17 de la LGTel, las Resoluciones de la Comisión ponen fin a la vía administrativa procede, a tenor de lo establecido en el artículo 116 de la LRJPAC, calificar dicho escrito como recurso potestativo de reposición que se interpone contra la Resolución de fecha 9 de noviembre de 2006, relativa al conflicto formulado por Euskaltel frente a Orange, por el que se solicita la transmisión de recursos de numeración y el acceso al servicio telefónico móvil y a elementos específicos de dicho servicio de Orange.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

SEGUNDO.- Legitimación de la entidad recurrente.

El artículo 107 de la LRJPAC requiere la condición de interesado para estar legitimado en la interposición de los recursos de alzada y potestativo de reposición. La recurrente ostenta la condición de interesada por cuanto que ya lo era en el procedimiento de conflicto que dio como resultado la Resolución de 9 de noviembre objeto de impugnación. En atención a lo anterior se reconoce legitimación activa a la recurrente para la interposición del recurso potestativo de reposición.

CUARTO.- Competencia para resolver.

La competencia para resolver el presente recurso corresponde, de conformidad con lo establecido en el artículo 116 de la LRJPAC, al Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, por ser el órgano administrativo que dictó el acto impugnado.

QUINTO.- Admisión a trámite.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 107.1 de la LRJPAC, los recursos de reposición que interpongan los interesados habrán de fundarse en cualquiera de los motivos de nulidad o anulabilidad previstos en los artículos 62 y 63 de esta Ley.

El escrito presentado por la recurrente, además de cumplir los requisitos del artículo 107.1, cumple igualmente con los requisitos de forma establecidos en el artículo 110.1 de la LRJPAC y ha sido presentado en el plazo previsto en el artículo 117.1 de la misma Ley, por lo que debe admitirse a trámite.

II.- FUNDAMENTOS JURÍDICOS MATERIALES.

PRIMERO.- Sobre la solicitud formulada por Euskaltel de transmisión de la numeración asignada a Orange.

Como se ha expuesto en los anteriores antecedentes de hecho, Euskaltel alega vulneración por la Resolución impugnada del artículo 48.3 b) de la LGTel, al no haber ejercitado la habilitación legal encomendada en materia de transmisión de numeración bajo el pretexto de la necesidad de desarrollo reglamentario en materia de transmisión, ni aplicar los artículos 28, 29 y 30 del Reglamento de Mercados, con arreglo a los cuales corresponde a la Comisión la gestión y control de la numeración.

A priori, debe advertirse que el artículo 62.2 de la LRJPAC invocado por la recurrente como infringido, no resulta aplicable en el presente supuesto por cuanto el mismo alude a la nulidad de pleno derecho de disposiciones administrativas que vulneren la Constitución, las leyes u otras disposiciones administrativas de rango



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

superior, las que regulen materias reservadas a la Ley, y las que establezcan la retroactividad de disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales.

No obstante, de acuerdo con el principio antiformalista que rige la actuación de la Administración Pública, tratándose en el presente caso de la impugnación de un acto administrativo de carácter resolutorio (y no de una disposición de carácter general), debe analizarse si el mismo podría resultar anulable por infracción del ordenamiento jurídico, en virtud de lo dispuesto en el artículo 63.1 de la LRJPAC.

Para ello, procede entrar a analizar el contenido de las alegaciones de Euskaltel, referidas, las primeras, a la solicitud de transmisión de numeración formulada por la operadora en su escrito inicial de 14 de septiembre de 2006, que ahora vuelve a reiterar.

Esta solicitud se llevó a cabo por Euskaltel al entender que las alrededor de 400.000 líneas de telefonía móvil contratadas al amparo del Acuerdo Marco de Colaboración para la comercialización del servicio DCS 1800, eran de su titularidad, de modo que, resuelta la relación contractual entre ambas operadoras, la numeración relacionada con dichas líneas telefónicas asignada originariamente a Amena debía transmitirse a Euskaltel.

Dado que la relación contractual existente entre Amena y Euskaltel al amparo del Acuerdo Marco de Colaboración fue resuelta por ambas partes, y dada la naturaleza privada de dicha relación, cuyas vicisitudes serían resueltas por el mecanismo de arbitraje, tal y como se preveía expresamente en el Acuerdo, la Comisión declaró, en la Resolución de 9 de noviembre de 2006, su falta de competencia para solucionar las discrepancias contractuales surgidas como consecuencia de la extinción de la relación contractual, así como para pronunciarse sobre la calificación jurídica de la misma y la titularidad de la clientela, centrándose en las pretensiones de Euskaltel relativas a la transmisión de numeración y al acceso a determinados “recursos” de Orange.

En relación con la primera, tal y como se señaló en la Resolución impugnada, la única previsión normativa sobre la transmisión de la numeración es la del artículo 48.b.3 de la LGTel, que establece que corresponde a la Comisión:

“b) Asignar la numeración a los operadores, para lo que dictará las resoluciones oportunas, en condiciones objetivas, transparentes y no discriminatorias, de acuerdo con lo que reglamentariamente se determine. La Comisión velará por la correcta utilización de los recursos públicos de numeración asignados. Asimismo, autorizará la transmisión de dichos



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

recursos, estableciendo, mediante resolución, las condiciones de aquélla”.

Dicha competencia aparece relacionada, a su vez, con el artículo 16 de la LGTel, que, si bien no alude expresamente a la transmisión de numeración, atribuye específicamente a la Comisión la gestión y control de los planes nacionales de numeración y de códigos de puntos de señalización.

El Reglamento de Mercados no contiene, sin embargo, previsión expresa alguna relacionada con la transmisión, pero, como señala Euskaltel, ello no impediría a la Comisión ejercer la competencia que tiene atribuida legalmente. Eso sí, correspondería, en cualquier caso, a este Organismo autorizar las transmisiones de numeración fijando mediante Resolución las condiciones de la misma.

En contra de lo señalado por la recurrente, no es la falta de desarrollo reglamentario lo que ha impedido autorizar, en el presente caso, la transmisión de numeración a Euskaltel, aunque cabe decir que tampoco el hecho de que no exista una reglamentación sobre la transmisión, con una regulación expresa de los supuestos, condiciones y plazos para otorgarse, implica que en todos los casos pueda ser posible autorizar la transmisión de numeración.

Ha de tenerse en cuenta el régimen normativo en materia de numeración en su conjunto, que aparece contemplado en el Capítulo III del Título II de la LGTel (artículos 16 a 19) y en el Título IV del Reglamento de Mercados (artículos 26 a 63).

Resulta cierto que los recursos de numeración tienen naturaleza pública, dado su carácter limitado o escaso, y que, como tales, son *res extra commercium*, que permanecen fuera del tráfico privado¹, pero ello no resulta incompatible, como parece entender la recurrente, con la transmisión de la numeración consentida por el operador asignatario.

Por un lado, debe matizarse que el derecho ejercitado por el titular de la asignación de la numeración es un derecho de uso² y no un derecho de propiedad, por lo que cuando se habla de transmisión de numeración, lógicamente se ha de entender que se está hablando de la transmisión del derecho de su uso o disfrute.

¹ El artículo 29.1 del Reglamento de Mercados señala que “*los recursos de numeración, direccionamiento y denominación necesarios para la prestación de los servicios de comunicaciones electrónicas disponibles al público tienen carácter público*”, y el artículo 38 del mismo que “*no podrán ser objeto de transacciones comerciales*”.

² El artículo 16.7 de la LGTel y el artículo 29.2 del Reglamento de Mercados señalan que “*la asignación de recursos públicos de numeración, direccionamiento o denominación no supondrá el otorgamiento de más derechos que el de su uso...*”.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Pero, además, una cosa es el recurso de numeración en sí mismo, de naturaleza pública, y otra distinta el derecho ejercitado sobre aquel recurso, que presenta una vertiente privada limitada por normas de Derecho público que le serán de aplicación dado el carácter público de la “cosa” sobre la que se ejerce el derecho de uso. De ahí que el artículo 16.7 de la LGTel aluda al derecho de uso “*conforme a los que se establece en esta ley*” y el artículo 29.2 del Reglamento de Mercados al uso “*conforme a lo establecido en este reglamento*”.

El Reglamento menciona en su artículo 38 las condiciones generales de uso de la numeración, señalando que los recursos públicos de numeración asignados deben utilizarse para el fin especificado en la solicitud, salvo que la Comisión autorice expresamente una modificación, que deben permanecer bajo el control del operador titular de la asignación, que no podrán ser objeto de transacciones comerciales y que deben utilizarse de forma eficiente y, en todo caso, antes de que transcurran 12 meses desde su asignación.

Además, el Reglamento prevé que la Comisión se encuentra habilitada expresamente en supuestos tasados para modificar o cancelar las asignaciones efectuadas y, en este último supuesto, para asignar la numeración a otro operador.

Tal y como señala el artículo 62.1 del Reglamento de Mercados, “*mediante resolución motivada, la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones podrá modificar o cancelar las asignaciones efectuadas en los siguientes supuestos:*

- a) *Cuando así lo exijan motivos de utilidad pública o interés general, en lo que se incluye la necesidad de garantizar una competencia efectiva y justa.*
- b) *A petición del interesado.*
- c) *Por causas imputables al interesado, que serán las siguientes:*

1ª. Cuando el titular de los recursos públicos de numeración asignados incumpla la normativa aplicable, en particular, la relativa a los derechos de los usuarios, o las condiciones generales o específicas.

2ª.- Cuando, transcurrido el plazo de 12 meses desde su otorgamiento, el titular de los recursos públicos de numeración asignados no haya hecho uso de ellos.

3ª.- Cuando exista una utilización de los recursos públicos de numeración manifiestamente ineficiente.

4ª.- Cuando se pruebe que el interesado precisa menos recursos públicos de numeración que los asignados”

Fuera de estos supuestos, no procede modificar o cancelar la numeración que ha sido asignada a otro operador, lo que, sin duda, resulta de trascendencia cuando se trata de determinar si es posible la transmisión forzosa del derecho de uso. El



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

hecho de que el operador asignatario pueda ser desposeído de su derecho únicamente en supuestos tasados, implica que la transmisión del derecho de uso haya de tener lugar con su consentimiento.

La Directiva de Autorización señala en el Anexo, entre las condiciones que pueden asociarse a los derechos de uso de la numeración, la relativa a la *“cesión de derechos por iniciativa del titular del derecho y condiciones para dicha cesión”*, sin que pueda entenderse que la falta de mención expresa a esta iniciativa en el artículo 48 de la LGTel se deba a que ello sea contrario al carácter público que se otorga en nuestro ordenamiento jurídico a la numeración, puesto que, como se ha dicho, la transmisión que contempla la LGTel alude al derecho de uso y no a la titularidad de la numeración.

Lo anterior explica que, hasta ahora, los supuestos de transmisión de numeración hayan tenido lugar con el consentimiento de ambas partes (operador transmitente y operador receptor de la numeración), y no resulta posible, como se desprende del régimen normativo citado, que pueda imponerse una transmisión de numeración fuera de los casos en los que el titular consiente la transmisión, sobre todo si se ha hecho un uso correcto de la misma o no concurren razones de interés público o general que prevalezcan sobre el interés del asignatario, pues de lo contrario podría tratarse de una *“expropiación forzosa”* del derecho de uso reconocido al operador asignatario.

Por tanto, de acuerdo con todo lo anterior, asignada la numeración a un operador, éste puede consentir la transmisión de su derecho de uso a otro operador, y más allá, cabrá la cancelación o modificación del uso de manera forzosa en los supuestos tasados expresamente en el Reglamento de Mercados.

En el presente caso, no existen motivos de utilidad pública o interés general que determinen la conveniencia de modificar la cancelación o asignación efectuada a Orange. Tampoco esta última entidad lo ha pedido ni se aprecia que haya incumplido la normativa aplicable o las condiciones generales o específicas que tiene impuestas, o que no haya hecho uso de los números durante un plazo de 12 meses desde su otorgamiento o utilizado éstos de manera manifiestamente ineficiente, o que el interesado precise de menos recursos públicos de numeración que los asignados.

De ahí que, como se señala en la Resolución impugnada, no concurriendo los supuestos del artículo 62.1 del Reglamento de Mercados, no proceda la cancelación de la numeración asignada en su momento a Amena, con su consiguiente asignación a Euskaltel.

Por su parte, sobre la condición de entidad prestadora del servicio telefónico disponible al público de Euskaltel que le permitiría ser destinataria de la



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

numeración de Orange, la operadora manifestó a la Comisión su intención de prestar el servicio telefónico móvil disponible al público el día 26 de mayo de 2006, habiendo sido inscrita en el Registro de Operadores de redes y servicios de comunicaciones electrónicas mediante Resolución de 14 de junio de 2006.

El artículo 48 del Reglamento de Mercados establece el derecho a obtener recursos públicos de numeración del plan nacional de numeración telefónica de los operadores de redes telefónicas públicas y del servicio telefónico disponible al público, en la medida en que lo necesiten para permitir su efectiva prestación.

Pero el hecho de que como consecuencia de dicha inscripción y del correspondiente acuerdo de acceso con un operador móvil (en este caso Vodafone), Euskaltel tuviera derecho a obtener numeración, no implica que en todo caso tuviera derecho a que se le transmitiera la numeración asignada en su momento a Orange, debiendo resultar de aplicación las condiciones anteriores expuestas sobre la transmisión.

Con anterioridad a la inscripción de Euskaltel en el Registro de Operadores como entidad prestadora del servicio telefónico móvil disponible al público, lo cierto es que la entidad no tenía derecho a obtener numeración, y el hecho de su posterior inscripción como entidad prestadora del servicio telefónico disponible al público, que lleva a cabo a través de la red de Vodafone, no implica la necesaria transmisión a Euskaltel por Orange, entidad con la que se extinguió su relación contractual, de una numeración que había sido utilizada por los clientes del Acuerdo Marco y que había sido asignada a Amena, y menos aún sobre la consideración de que tales clientes pertenecían a Euskaltel, cuestión que aún no ha sido decidida.

En relación con dicha clientela, y partiendo en todo caso de la no procedencia de pronunciarnos sobre a quién corresponde su titularidad, debe aclararse que existe en la pretensión de Euskaltel un razonamiento erróneo al relacionar la titularidad de la asignación de la numeración con la titularidad de la clientela.

En efecto, el argumento de la recurrente según el cual la numeración ha de transmitírsele tras la ruptura de su relación contractual con Orange, no encuentra correspondencia alguna con el régimen jurídico vigente en materia de numeración, que lejos de establecer dicha vinculación, permite a través de una figura como la portabilidad la prestación del servicio telefónico disponible al público por un operador que no tiene asignada la numeración utilizada por el usuario final, de modo que éste, habiendo cambiado de operador, sigue utilizando la numeración que permanece asignada al operador que en un primer momento le prestó el servicio.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Dicho de otro modo, el hecho de que un usuario cambie de operador no conlleva la transmisión de la numeración al segundo operador, manteniendo el primero la titularidad de la asignación.

Parece que la intención evidente de Euskaltel es la de asumir, a través de una transmisión forzosa de la numeración la titularidad de los clientes que contrataron al amparo del Acuerdo Marco de Colaboración, pero lo cierto es que en dicho Acuerdo no quedaba clara cuál era la posición jurídica que ostentaba Euskaltel, sin que las partes fijaran cuál sería la solución aplicable para el caso de que dieran por finalizada su relación contractual. Debe reiterarse que, habiéndose resuelto la relación contractual entre ambas, y sin que las partes hubieran reconocido a quién correspondía la clientela, no es la solicitud de transmisión de numeración el procedimiento adecuado para conseguir una clientela.

En virtud de lo anteriormente expuesto, la denegación de la solicitud de transmisión de numeración formulada por Euskaltel que se lleva a cabo en la Resolución de 9 de noviembre de 2006 es plenamente conforme a Derecho, por lo que procede desestimar la pretensión de la recurrente que reitera los términos de su solicitud de fecha 14 de septiembre de 2006.

SEGUNDO.- Sobre la portabilidad como único modo de transferencia de la numeración a Euskaltel y el procedimiento fijado en la Resolución impugnada para llevar a cabo la portabilidad.

Las consideraciones expuestas por Euskaltel aluden principalmente a su disconformidad con los siguientes aspectos de la Resolución impugnada, a saber:

- (i) El hecho de que la portabilidad sea el único modo de transferir la numeración en el presente caso.
- (ii) El procedimiento de portabilidad que se deriva de la Resolución impugnada: el requisito de la acreditación fehaciente de las solicitudes de portabilidad efectuadas por los clientes.
- (iii) La fecha límite del 31 de enero de 2007 para que Euskaltel acredite fehacientemente a Orange dichas solicitudes de portabilidad.

Por lo que se refiere al primero de los aspectos (la portabilidad como única forma de transferir la numeración en el presente caso), debe hacerse mención a los diferentes supuestos similares a la transmisión de numeración que reconoce la normativa vigente.

Como se ha dicho, la transmisión de numeración supone la entrega o cesión de la titularidad del derecho de uso de la numeración por parte del operador que la tiene asignada a otro operador prestador del servicio telefónico disponible al público. Y no estando ante los supuestos tasados en los que resulta posible modificar o



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

cancelar la numeración asignada, la transmisión de numeración ha de tener lugar con el consentimiento del titular de la asignación.

Además de la transmisión de numeración a la que alude el artículo 48.3 b) de la LGTel, se prevé en el Reglamento de Mercados (artículo 49) la subasignación de numeración, que tiene lugar por parte del titular de la asignación a una entidad que presta servicios de comunicaciones electrónicas pero que no se encuentra comprendida dentro del artículo 48, es decir, que no tenga la consideración de operadora de redes telefónicas públicas o del servicio telefónico disponible al público.

No cabría tampoco en este caso hablar de subasignación de numeración dada la consideración de Euskaltel como entidad prestadora del servicio telefónico móvil disponible al público. La subasignación está prevista para los supuestos de reventa del servicio telefónico en los que la entidad subasignataria no tiene la condición de prestadora del servicio telefónico disponible al público. En tal caso, la subasignación tiene lugar por la operadora titular de la asignación a la entidad que revende su servicio al usuario final.

Otra de las figuras contempladas en la normativa es la del cambio de operador con conservación de número (portabilidad).

A diferencia de lo que señala Euskaltel, la portabilidad del número conlleva la transferencia temporal del derecho de uso de numeración, siendo ésta consecuencia, según el artículo 42 del Reglamento de Mercados, del ejercicio por parte del abonado al servicio telefónico disponible al público del derecho a la conservación de su número cuando cambia de operador, de servicio o de ubicación física, o cuando concurren cualquiera de estas circunstancias.

Se trata de una transferencia del derecho de uso al operador receptor, pero no de una transmisión de numeración, puesto que el operador donante sigue siendo el asignatario de los números. Por ello, los artículos 44.5 y 59 e) del Reglamento de Mercados hablan de *“números transferidos a otros operadores como consecuencia del ejercicio del derecho a la conservación de números”*.

Asimismo, lo que se transfiere o se cede con la portabilidad es el derecho provisional³ de uso que en principio ostenta el asignatario de la numeración. De ahí que el artículo 44.4 del Reglamento de Mercados diga que una vez que el abonado que ha conservado su número cause baja en el último operador al que estaba abonado, caducarán todos los derechos de uso de este operador y que, transcurrido un mes desde la recepción de la notificación sin que haya solicitud nueva de portabilidad, sea el operador que tiene asignada la numeración el que ejerza de nuevo todos los derechos sobre los números.

³ En tanto en cuanto conserve al abonado.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

En cuanto a las entidades que podrían garantizar la portabilidad, en principio, podían serlo las prestadoras del servicio telefónico disponible al público y, por tanto, aquellas que tuvieran asignada numeración. Se trata de los operadores tradicionales con concesión del espectro radioeléctrico.

No obstante, la Resolución aprobada por el Consejo de la Comisión el día 2 de febrero de 2006⁴ (AEM 2005/933), con el fin de introducir una mayor competencia en el mercado de acceso y originación de llamadas en las redes públicas de telefonía móvil, permite la introducción de los denominados Operadores Móviles Virtuales (en adelante, OMVs), entendiéndose como tales “en el sentido estricto del término”, aquellos prestadores del servicio telefónico móvil disponible al público sin red de acceso móvil propia (por lo que necesitan de acuerdo de acceso con un operador móvil para el acceso radio), pero que disponen de elementos propios de conmutación y transmisión que les permiten cumplir con las obligaciones regulatorias de interconexión e interoperabilidad de servicios, teniendo, asimismo, derecho a la asignación de numeración propia.

Por tanto, hasta la incorporación de los OMVs, la prestación del servicio telefónico disponible al público correspondía al operador de red móvil. Se admitía la existencia de revendedores (que no disponen de elementos de red propios que les permita garantizar la interconexión e interoperabilidad), pero sin que en ningún caso a aquéllos se les considerara prestadores del servicio telefónico con derecho a obtener numeración. Todo lo más, estos podrían ser subasignatarios de numeración, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 49 del Reglamento de Mercados.

Lo anterior explica que las Especificaciones Técnicas de Portabilidad únicamente mencionen a los operadores móviles como obligados a garantizar el derecho a la conservación de la numeración de los abonados.

Pero lo cierto es que aunque las Especificaciones no aludan expresamente a los OMVs, éstos, al igual que el operador móvil de red tradicional, pueden y deben garantizar la portabilidad, tanto desde el punto de vista administrativo como desde el punto de vista técnico.

Esta es la consideración de Euskaltel que, con fecha 8 de septiembre de 2006, notificó a la Comisión la suscripción de un contrato con Vodafone, con arreglo al cual ésta suministraría a Euskaltel los servicios de acceso mayorista necesarios para la prestación, por parte de Euskaltel, del servicio telefónico disponible al público bajo el modelo de OMV.

⁴ Resolución por la que se aprueba la definición y análisis del mercado de acceso y originación de llamadas en las redes públicas de telefonía móvil, la designación de los operadores con poder significativo de mercado y la imposición de obligaciones específicas, y se acuerda su notificación a la Comisión Europea.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Existiría, por tanto, desde el momento en que Euskaltel pudiera prestar el servicio telefónico móvil como OMV la posibilidad de que los clientes comprendidos en el Acuerdo Marco de Colaboración pudieran portarse a Euskaltel, ejercitando su derecho a conservar la numeración.

Por último, el Reglamento de Mercados contempla en su artículo 62.3 la figura de la reasignación de numeración. En dicho precepto se permite que cuando una parte sustancial de una asignación se transfiera a otros operadores como consecuencia del ejercicio a la conservación de los números de abonados, la Comisión reasigne estos recursos tras consultar con las partes interesadas. En este caso, asignará, si lo estima conveniente, nuevos recursos al operador que hubiera obtenido inicialmente los que hayan sido transferidos a otro operador.

Como se señala en la Resolución impugnada, el supuesto contemplado en el artículo 62.3 del Reglamento no resulta aplicable por el momento, siendo preciso para que se lleve a cabo la reasignación a Euskaltel de los recursos de numeración otorgados a Orange que tenga lugar la transferencia de una parte sustancial de estos recursos como consecuencia de la portabilidad de los mismos hacia Euskaltel.

De las notas expuestas, sobre las categorías citadas se desprende que en el presente caso no sería posible la transmisión de numeración (no existe consentimiento de la operadora titular de la asignación), ni la subasignación (ahora Euskaltel tiene la consideración de entidad prestadora del servicio telefónico disponible al público), o la reasignación (no existe en principio una parte sustancial de una asignación transferida a otros operadores como consecuencia del ejercicio de la conservación de la numeración).

Únicamente resulta factible la transferencia del derecho de uso de la numeración mediante el ejercicio por parte de los abonados de su derecho a conservar los números, ya que en la medida en que Euskaltel ha pasado a prestar ella directamente el servicio telefónico disponible al público, podrá ser “entidad receptora” de los números en el supuesto de la portabilidad, lo que requiere, eso sí, de la solicitud de portabilidad formulada por los usuarios finales, puesto que desde el punto de vista de la numeración y de la red, los números a través de los cuales se prestaba el servicio telefónico a los usuarios finales fueron asignados a Orange y siguen asignados a esta última entidad.

Sobre dicha solicitud, y en relación con la vulneración del artículo 8.2 de la Directiva Marco que conlleva, a juicio de Euskaltel, la necesidad de recabar el consentimiento de los clientes, tal y como se desprende de los términos de la Resolución impugnada, debe señalarse que, en cualquier caso, la Resolución se aprobó teniendo presente, en todo caso, la función de salvaguarda de los derechos



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

e intereses de los usuarios, y que el mecanismo de la portabilidad era el único modo en que resultaba posible la transferencia de numeración tras la extinción de la relación contractual con Orange.

Si a ello se une la falta de claridad del Acuerdo Marco en cuanto a la calificación jurídica de la relación contractual entre Orange y Euskaltel y a la titularidad de los clientes para el caso de ruptura de la misma, resulta que, teniendo Orange asignada la numeración utilizada por los clientes del Acuerdo Marco y siendo esta entidad la prestadora del servicio telefónico disponible al público, la única solución posible era la de la portabilidad, solución que, además, se estimó que resultaba menos perjudicial para los intereses de los usuarios, pues pasaba por recabar la voluntad expresa de éstos si querían portar su número a Euskaltel.

En el presente caso, se han primado los intereses de los usuarios, objetivo que ha de perseguir este Organismo en todas sus actuaciones, como se desprende de lo dispuesto en el artículo 3 de la LGTel. Y la solución de la transferencia del uso de la numeración a través de la portabilidad ha sido la única que, en el presente caso, se ha visto posible y más favorable para aquellos intereses, aunque, sin perjuicio de ello, y como se señaló en la Resolución impugnada, se pretende regular próximamente un procedimiento que resulte de aplicación cuando los OMVs (con o sin red propia) cambien de Operador Móvil de Red.

Debe aclararse en relación con esta última cuestión, y en contra de lo argumentado por Euskaltel sobre la contradicción existente entre la desestimación de la solicitud de transmisión de la numeración y la intención de regular en breve el referido procedimiento de migración, que en cualquier caso se trata de supuestos distintos. Este proceso se referirá a aquellos casos en los que un OMV cambie de Operador Móvil de Red. Aunque en la actualidad Euskaltel ostenta la condición de OMV, este hecho se produce tras la celebración de un acuerdo de acceso con Vodafone en el que ambas partes consintieron expresamente que Euskaltel prestaría el servicio telefónico móvil disponible al público como OMV de Vodafone. Por tanto, con independencia del procedimiento que se regule en un futuro para los OMV, el conflicto entre Orange y Euskaltel pasaba necesariamente por establecer una solución individualizada al mismo.

De cualquier modo, y volviendo a la protección del interés de los usuarios, no se trata, como interpreta Euskaltel, de que la Resolución impugnada obligue a los clientes que contrataron los servicios del Acuerdo Marco, a prestar de nuevo su consentimiento sobre el operador con el que desean contratar el servicio telefónico móvil, sino que, siendo la única solución posible para la transferencia de la numeración a Euskaltel la de la portabilidad, según la normativa de telecomunicaciones, ésta tiene lugar como consecuencia del ejercicio por los abonados de su derecho a la conservación del número, entre otros, en caso de



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

cambio de operador, por lo que los usuarios tienen que dar su consentimiento para portar su número de operador.

Además, al no estar clara la voluntad de los usuarios sobre quién es el operador con el que contrataron, la propia Euskaltel reconoce en su escrito de recurso que el proceso de migración propuesto por la operadora conllevaría la obtención previa del consentimiento de los usuarios, reiterando lo expuesto en su escrito de 16 de octubre de 2006:

“En lo que respecta a las relaciones que mantiene Euskaltel con sus clientes, en septiembre se procedió a notificar a los mismos la adopción por Euskaltel de la figura de operador móvil virtual y el acuerdo alcanzado con Vodafone, iniciando tal y como se señala en esta comunicación, el proceso de relación con el cliente de forma que este cuente con toda la información necesaria que le permita tomar las decisiones que como cliente de telecomunicaciones le competen ante una modificación contractual propuesta por su operador (se adjunta como documento nº 16 carta enviada a los clientes). [El subrayado es nuestro].

A este respecto hay que tener en cuenta que los contratos suscritos con los clientes, han sido formalizados con pleno cumplimiento de lo previsto en la regulación sectorial, en particular, lo establecido en el Reglamento sobre las condiciones para la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas, el servicio universal y la protección de los usuarios aprobado por Real Decreto 424/2005, de 15 de abril (en adelante, Reglamento de servicios).

En particular, en lo que se refiere al artículo 107 sobre modificaciones contractuales, Euskaltel ha venido comunicando a sus clientes la modificaciones realizadas en los contratos a fin de garantizar su derecho a resolverlo en caso de no aceptación de las mismas. Se adjunta a título de ejemplo la realizada en concreto para adaptar el contrato al nuevo Reglamento de servicios (documento nº 17).) [El subrayado es nuestro].

En el proceso en el que se encuentra actualmente Euskaltel de migración de red, si bien esta circunstancia ya fue comunicada al cliente en la carta anteriormente referida de septiembre, se realizará la notificación al cliente en lo que esta circunstancia pudiera afectar a las condiciones generales de contratación. [El subrayado es nuestro].

Esta notificación, además de realizarse en cumplimiento de una obligación legal que resulta de aplicación a Euskaltel, obtendrá como resultado, en su caso, la aquiescencia del cliente en el mantenimiento de su relación contractual con Euskaltel”. [El subrayado es nuestro].

A mayor abundamiento, y precisamente, para evitar en la mayor medida posible los perjuicios al usuario, se estableció en la Resolución de 9 de noviembre de 2006 que Orange debía garantizar la prestación del servicio a los usuarios que hubieran solicitado la portabilidad antes del 31 de enero de 2007, constándole así



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

fehacientemente a Orange. Asimismo, en relación con éstos clientes, se señaló que Orange debía transmitir los datos relacionados con *“los SERVICIOS disponibles por los clientes de Euskaltel”* a que se refería Euskaltel en sus escritos, relativos a los datos de configuración de red privada virtual VPN, a los clientes de prepago, y a otros servicios configurados por el propio usuario mediante comandos a la red que suministra el servicio.

Por lo que se refiere al procedimiento de portabilidad a seguir para dar cumplimiento a lo dispuesto en la Resolución de 9 de noviembre de 2006, y en relación con la alegación de la entidad recurrente según la cual se impone a Euskaltel un procedimiento para la portabilidad de sus clientes con unas especialidades accesorias que lo hacen contrario a Derecho y distinto al establecido por la Resolución de 5 de junio de 2003, procede señalar que en ningún caso las denominadas “especialidades” derivadas de la Resolución impugnada implican infracción alguna del ordenamiento jurídico.

Con carácter general, las Especificaciones Técnicas de Portabilidad han sido aprobadas por la Comisión mediante Resolución de 5 de junio de 2003 y, por tanto, mediante un acto administrativo del que no es predicable valor normativo en sentido estricto, sino carácter vinculante para las partes interesadas en el procedimiento.

Este procedimiento puede ser objeto de revisión o modificación, como pone de manifiesto el procedimiento de modificación de las Especificaciones Técnicas de Portabilidad tramitado bajo el número de expediente DT 2006/502, y, en cualquier caso, no ha de tener lugar en términos absolutos, máxime cuando se trata de su aplicación a un caso que no fue contemplado en el momento de su aprobación.

En este sentido, como se señala en la Resolución de 21 de diciembre de 2006 relativa al cumplimiento de la Resolución de 9 de noviembre, nos encontramos en el presente caso ante un proceso de portabilidad muy particular, que se deriva principalmente de la fijación necesaria de un plazo para que Euskaltel remita las solicitudes de portabilidad a Orange y de la falta de disposición por Orange de cierta información para poder validar las solicitudes de portabilidad remitidas por Euskaltel.

Es precisamente en este asunto en el que la recurrente manifiesta su disconformidad con la Resolución impugnada, al entender que la exigencia de la acreditación fehaciente de las solicitudes de portabilidad no se contempla en las Especificaciones Técnicas. Concretamente, señala la operadora que desconoce por completo qué quiere decirse en la Resolución de 9 de noviembre cuando se refiere a la constancia fehaciente y que en las Especificaciones no se prevé un método específico de envío de la solicitud, salvo que el envío debe realizarse en el plazo de 15 días desde que el operador donante tiene conocimiento de la misma.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Añade que únicamente se prevé el envío de la copia por fax a requerimiento expreso del operador donante.

La Resolución impugnada establece, efectivamente, que Orange está obligada a prestar el servicio a los clientes que hubieran contratado el mismo al amparo del Acuerdo Marco de Colaboración más allá del 31 de enero de 2006 cuando tales clientes hayan solicitado la portabilidad a Euskaltel antes de esa fecha y así le conste fehacientemente a Orange (incluidas aquellas solicitudes remitidas por sistema web), pero que no hubieran visto culminado el proceso de la portabilidad.

Y la Resolución de 21 de diciembre de 2006 viene a aclarar lo señalado en el Resuelve Tercero de la Resolución impugnada, dada la interpretación que de éste realizó Orange y que fue transmitida a Euskaltel en carta de fecha 7 de diciembre de 2006.

En relación con la conducta de Orange, consistente en la denegación de las solicitudes de portabilidad (excepto las de los clientes prepago) por falta de correspondencia entre numeración y abonado identificado, se establece en aquella Resolución que, en el presente supuesto, Orange no puede aplicar la causa de denegación *“falta de correspondencia entre numeración y abonado identificado por su NIF/NIE/Pasaporte y nacionalidad/CIF”*, al desconocer las identidades de esos abonados, al haber mantenido éstos su relación contractual con Euskaltel.

En estos casos, como se señala en la Resolución de 21 de diciembre de 2006, Orange ha de limitarse a comprobar que las solicitudes vía web que se inicien se corresponden con las solicitudes firmadas por los usuarios que les remita Euskaltel. Para acreditar la identidad del solicitante de la portabilidad bastaba con disponer de la solicitud firmada por el usuario final y de los datos que se señalaban en las solicitudes vía web.

En cuanto a lo que ha de entenderse por acreditación fehaciente de las solicitudes de portabilidad, de acuerdo con los términos de la Resolución impugnada y de la Resolución de 21 de diciembre, serán válidas tanto las solicitudes vía web como las solicitudes por correo o vía fax, recibidas por Orange con anterioridad al 31 de enero de 2007.

La obligación de remitir las solicitudes por correo o fax antes del 31 de enero de 2007 se fija para el caso de que no puedan solicitarse vía web antes de dicha fecha, debido al sistema de cupos que rige de forma automática en la aplicación informática de la portabilidad. Como señala la Especificación Técnica en su apartado 6.2.3 (*“Cupos diarios de solicitudes de portabilidad”*), cuando se desborda el cupo, el sistema impide la grabación de las solicitudes de portabilidad. Asimismo, en el apartado 7.2.2 (*“Interacciones y estados”*) se establece que *“puesto que existe un cupo de solicitudes de portabilidad, deberán implantarse en los entornos*



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

WEB de los operadores (en rol donante) los controles automáticos necesarios que impidan la grabación de nuevas solicitudes de portabilidad cuando se haya superado el cupo diario”.

Por eso se establece en la Resolución de 21 de diciembre que *“será suficiente para tener la constancia fehaciente a que se refiere aquel Resuelve, con que le conste a Orange la recepción por fax o por correo de tales solicitudes con anterioridad a la fecha señalada en la Resolución de 9 de noviembre (31 de enero de 2007), ello aunque debido al sistema de cupos y los plazos de las Especificaciones dichas solicitudes se atiendan con posterioridad”. [El subrayado es nuestro].*

Por otro lado, en lo que se refiere a la no existencia en las Especificaciones de la obligación del operador receptor de remitir las solicitudes de portabilidad, debiendo remitirse únicamente las solicitudes vía fax en caso de que lo requiera el operador donante, debe señalarse únicamente que, con independencia de cuál sea la práctica habitual entre los operadores, las Especificaciones Técnicas contemplan (apartado 5.1) la remisión de la solicitud firmada del abonado, al señalar que *“la solicitud original de la petición de portabilidad firmada por el abonado titular, deberá recibirse antes de 15 días hábiles contados desde la fecha de conocimiento por parte del operador donante de tal solicitud”*, contemplando el envío de copia fax de la solicitud original firmada *“si así fuese requerido por el operador donante”*.

No existe, por tanto, más especialidad, en el presente caso, en relación con el envío a Orange de las solicitudes de portabilidad, que la que se deriva de la fijación de la fecha límite del 31 de enero de 2006 para que Orange reciba aquellas solicitudes, puesto que en caso de rechazo de las solicitudes vía web debido al sistema de cupos, aquel plazo determina que Euskaltel haya de remitir vía fax o por correo, con anterioridad a su solicitud vía web, la solicitud firmada del abonado.

TERCERO.- Sobre la petición de Euskaltel de ampliación de la fecha fijada en el Resuelve Tercero de la Resolución de 9 de noviembre de 2006.

La última de las alegaciones de Euskaltel relacionada con el procedimiento de portabilidad alude al plazo fijado en el Resuelve Tercero de la Resolución impugnada ya enunciado anteriormente, y que señala que Orange seguirá garantizando la continuidad del servicio a los clientes que, habiendo solicitado la portabilidad a Euskaltel antes del 31 de enero de 2007, constándole fehacientemente a Orange, no hayan visto culminado el proceso de portabilidad.

Según Euskaltel, si se considera el volumen de solicitudes a tramitar en el plazo fijado, el número de clientes (alrededor de 400.000) y el sistema de cupos,



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

difícilmente podrían tramitarse las portabilidades por Orange de acuerdo con los plazos establecidos. Alude la operadora al artículo 44.3 del Reglamento de Mercados, según el cual la conservación del número debe efectuarse en el plazo de cuatro días hábiles contados desde el siguiente a la recepción de la solicitud de baja con conservación de números, lo que se traduce en la tramitación de la solicitud en el plazo de 5 días que puede ser ampliado a solicitud del abonado, siempre que el momento deseado por éste no exceda de un mes desde la fecha de la solicitud.

La operadora entiende que deben tenerse en cuenta las labores a realizar para la implantación del proceso de portabilidad, teniendo en cuenta los pocos días laborables con los que cuenta la operadora, la fecha efectiva de activación de su red (11 de diciembre de 2006) y los días festivos de los meses de diciembre y enero, que hacen inalcanzable el plazo fijado (31 de enero de 2007) para comunicar a Orange las solicitudes de portabilidad.

Deben tomarse en consideración, además, según Euskaltel, las actuaciones que la operadora debe llevar a cabo para conseguir el consentimiento escrito de sus clientes, ya que se han de firmar unas 5.000 solicitudes de portabilidad al día y, asimismo, en el momento de la firma del contrato de portabilidad, es necesario asociar la nueva tarjeta SIM a cada línea que se firma en el contrato. Los contratos se hacen llegar al usuario mediante envío postal y para su recogida, y los clientes pueden optar entre entregarlos personalmente en cualquiera de los puntos de venta o bien por recogerlos en su domicilio. Asimismo, como acciones adicionales, la operadora sostiene que habría que proceder a la liberación del terminal, al duplicado de la tarjeta SIM y la configuración del terminal.

Añade Euskaltel que en el período durante el cual se realizan estas actividades hasta que la portabilidad es efectiva, los clientes dejan de disponer de una serie de servicios, entre otros, los llamados servicios en movilidad (MMS, correo móvil, etc).

En último término, hace referencia al coste y los esfuerzos que le suponen la obtención de solicitudes firmadas, las plataformas de altas de solicitudes, las actuaciones en sistemas corporativos de Euskaltel, las actuaciones en la web de Amena, el envío de las solicitudes a Amena, las visitas para la realización de las actuaciones necesarias para la activación del terminal y la tarjeta SIM, la plataforma técnica de incidencias para la gestión de incidencias 24x7, el reforzamiento de la plataforma "call center" de atención al cliente para atender cuestiones relacionadas con la portabilidad y la puesta en marcha de 715 comerciales adicionales.

En los planteamientos expuestos por Euskaltel se observan dos cuestiones principalmente: por un lado, la concerniente al plazo para recabar de los clientes amparados bajo el Acuerdo Marco de Colaboración la voluntad de portar su



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

número a Euskaltel y, por otro, la relativa al plazo para la tramitación de las portabilidades.

En principio, debe tenerse en cuenta que el plazo fijado en el artículo 44.3 del Reglamento de Mercados invocado por la recurrente es distinto al referido en el Resuelve Tercero de la Resolución, pues dicho precepto no alude a la remisión por el operador receptor al donante de la solicitud de portabilidad, sino al plazo para llevar a cabo el proceso de portabilidad del número desde la recepción de la solicitud por el operador donante de la solicitud de baja con conservación de números.

En efecto, la Resolución de 9 de noviembre de 2006 establece el día 31 de enero de 2007 como fecha límite hasta la cual Orange está obligada a garantizar la prestación del servicio a los clientes que contrataron con Euskaltel en virtud del Acuerdo Marco de Colaboración, prolongando dicho plazo en aquellos supuestos en los que se acrediten fehacientemente a Orange antes de dicha fecha las solicitudes de portabilidad.

Sin embargo, el artículo 44.3 del Reglamento de Mercados establece un plazo de cuatro días desde que el operador donante recibe las solicitudes de portabilidad para que éste tramite las portabilidades, por lo que el plazo fijado en la Resolución de 9 de noviembre no contradice ni vulnera lo dispuesto en dicho precepto.

En la medida en que la portabilidad de los números entre los operadores tiene lugar en su parte administrativa a través de una herramienta informática, aquel plazo de cuatro días cuenta desde la recepción de la solicitud vía web por el operador donante, con independencia de que las solicitudes firmadas de los abonados se hubieran remitido con anterioridad por correo o fax para cumplir con el plazo previsto en la Resolución de 9 de noviembre.

No obstante, además del plazo fijado en el artículo 44.3 del Reglamento (cuatro días), también existe la posibilidad de que el usuario comunique la fecha efectiva en la que quiere portarse, con el límite de 1 mes entre la fecha de la solicitud y la fecha en la que el abonado desea que se produzca la portabilidad (apartado 8 de las Especificaciones). Este plazo límite de 1 mes computa desde la fecha de la solicitud firmada del abonado, por lo que, en caso de que cubierto el cupo, se remitan las solicitudes por correo o fax antes que las solicitudes vía web, puede darse el caso de que la tramitación vía web (que comenzaría con la denominada solicitud vía web) se produzca transcurrido aquel plazo.

Llegados a este punto, y por lo que se refiere propiamente a la obligada remisión por Euskaltel a Orange antes del 31 de enero de 2007 de las solicitudes de portabilidad, la pretensión de Euskaltel de ampliación de este plazo y el examen de las alegaciones en las que se funda aquélla, deben tomarse en consideración no



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

sólo teniendo en cuenta los posibles perjuicios que podrían derivarse para la operadora por el mantenimiento de los términos de la Resolución impugnada, sino también teniendo presentes los intereses de los usuarios, evitando en la mayor medida posible los perjuicios derivados para éstos tras la ruptura de la relación contractual entre Orange y Euskaltel.

Desde esta óptica, teniendo en cuenta los hechos acontecidos desde que se dictó la Resolución de 9 de noviembre, no parece que el plazo fijado en la citada Resolución sea suficiente para permitir a los usuarios ejercer su derecho a elegir en condiciones óptimas si desean portar su número a Euskaltel y, en todo caso, que la fecha fijada asegure que los procesos de portabilidad se desenvuelven con normalidad.

En primer lugar, debe tenerse en cuenta que Orange rechazó las solicitudes de portabilidad de Euskaltel correspondientes a clientes pospago aplicando la causa de denegación *“falta de correspondencia entre numeración y abonado identificado por su NIF/NIE/ Pasaporte y nacionalidad/CIF”*.

Esta cuestión fue resuelta en la Resolución de 21 de diciembre de 2006, que obligó a Orange a no aplicar esta causa de denegación y a atender con carácter preferente las solicitudes de Euskaltel que hubieran sido rechazadas por este motivo. Ello ha supuesto en la práctica un retraso considerable en la tramitación de las portabilidades imputable a Orange y que, sin duda, puede ocasionar perjuicios a los usuarios que, habiendo manifestado su voluntad de portarse, ven retrasada la portabilidad por causas que son ajenas al abonado y a la propia Euskaltel.

Por otro lado, la complejidad de la planificación y ejecución del proceso de portabilidad ordenado por esta Comisión no puede ser ajena a la decisión de este recurso, circunstancia que no pudo ser valorada en todo su alcance en el momento de la resolución cuya revisión se propone. El mecanismo preparatorio del proceso de portabilidad, así como la ejecución y despliegue de los elementos materiales y humanos necesario para llevar a cabo este proceso, requiere razonablemente de un período de tiempo, período que Euskaltel no ha podido utilizar para el contacto e información individualizada con cada uno de los clientes del Acuerdo Marco de Colaboración. Si a ello le sumamos las dificultades adicionales, tampoco valoradas suficientemente en su momento, derivadas de la concurrencia del período navideño, parece aceptable la concesión de un plazo de acceso superior a favor de Euskaltel, durante el que se mantenga la relación entre ambos operadores en los términos de la resolución de 9 de noviembre pasado, y que permita a los usuarios tener un conocimiento adecuado de su derecho a optar expresamente por permanecer en la red de Orange o ejercer la portabilidad.

En definitiva, resulta determinante en el presente caso garantizar el derecho de los usuarios a decidir, por lo que las razones expuestas anteriormente aconsejan la



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

ampliación del plazo fijado en el Resuelve Tercero de la Resolución de 9 de noviembre de 2006 hasta el día 31 de marzo de 2007. Hasta esta fecha, Orange deberá garantizar la prestación del servicio a todos aquellos clientes que hubieran contratado el mismo al amparo del Acuerdo Marco de Colaboración. Asimismo, tal servicio continuará más allá de dicha fecha respecto de aquellos clientes que, habiendo solicitado la portabilidad a Euskaltel antes de esa fecha, y así le conste fehacientemente a Orange (incluidas aquellas solicitudes remitidas por sistema web), no hayan visto culminado el proceso de la portabilidad.

CUARTO.- Sobre la solicitud de acceso formulada por Euskaltel.

Se alega que, si bien se estima parcialmente en la Resolución impugnada la solicitud de acceso a los datos relacionados con los servicios disponibles por los clientes de Euskaltel relativos a los datos de configuración de red privada virtual VPN, a los clientes de prepago y a otros servicios configurados por el propio usuario mediante comandos a la red que suministra el servicio, la Resolución adolece de nulidad de pleno derecho, en virtud de lo dispuesto en el artículo 62.2 de la LRJPAC, al vulnerar la LGTel y el Reglamento de Mercados, en particular, el artículo 10 de este último en el que se establecen unas causas tasadas de denegación de acceso que no han sido tenidas en cuenta por la Comisión.

Según Euskaltel, la Resolución aprobada concede un derecho de acceso limitado y en condiciones no razonables, lesiva para los intereses de Euskaltel al imponer una serie de limitaciones sin base legal alguna, como la firma de una solicitud de portabilidad en el plazo señalado y la constancia fehaciente de las solicitudes por parte de Orange.

Añade que el derecho de acceso no puede sustentarse en la firma de una solicitud de portabilidad, con los consiguientes perjuicios que ello conlleva tanto para Euskaltel, en su consideración de operadora entrante, como para los usuarios finales a los que, a pesar de haber elegido ser clientes de Euskaltel, se les obliga a reiterar por escrito su voluntad.

En respuesta a lo anterior, y sobre los planteamientos de Euskaltel en relación con la obligada firma de la solicitud de portabilidad por los usuarios, y la acreditación fehaciente de las solicitudes por parte de Euskaltel, ha de señalarse que la operadora reitera nuevamente su desacuerdo con tales aspectos, lo que ha sido ya objeto de contestación en los apartados anteriores.

Debe darse por reproducida igualmente la argumentación expuesta en esta Resolución en cuanto a la vulneración del artículo 62.2 de la LRJPAC invocado por la recurrente.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Por lo que respecta, propiamente, a la pretensión de Euskaltel consistente en que se le de acceso a todos los recursos solicitados en el conflicto planteado por la operadora el 19 de septiembre de 2006, en el que se solicitó el acceso, por un lado, a recursos relacionados con las tarjetas SIMs y los terminales utilizados por los clientes de Euskaltel (entre otros, relación IMSI-IMEI, concordancia de IMSIs y SIMs de clientes, información de perfiles de configuración), y, por otro, a información relativa a los servicios prestados a los clientes (entre otra información, datos de configuración de red privada virtual VPN, información de clientes de prepago, relación de IMSIs y configuración del estado de servicios), cabe significar lo siguiente:

a) En lo que se refiere al acceso a la información relativa a los servicios prestados a los clientes, y, concretamente, en cuanto a los datos de configuración de red privada virtual VPN (plan de numeración, perfiles, usuarios,...), ciertamente, en este caso, como se señaló en la Resolución impugnada, aunque los medios técnicos por los que se provee el servicio cambien, al pasar los equipos VPN a ser provistos por Euskaltel, el abonado no tendría realmente por qué volver a configurar su VPN. Por tanto, para seguir manteniendo en las mejores condiciones posibles el servicio, Orange vendría obligada a proveer dicha información a Euskaltel, pues de lo contrario se verían perjudicados los clientes que optaran por continuar su relación con Euskaltel por medio del ejercicio de la portabilidad.

Lo mismo resultaría para la información relativa a los clientes de prepago (crédito, fecha de expiración, fecha de estado a pasivo, fecha de última recarga) y a la relación de IMSIS y configuración del estado de servicios (desvío de llamadas, llamadas en espera, etc), ya que la restricción al acceso a dicha información ocasionaría perjuicios directos a los usuarios.

Se consideró, por tanto, que la solicitud de Euskaltel en relación con tales recursos era una solicitud razonable al amparo de lo dispuesto en el artículo 10 del Reglamento de Mercados. En concordancia con la Directiva de Acceso, dicho artículo prevé la posibilidad de exigir a los operadores que hayan sido declarados con poder significativo en un mercado al por mayor que *“satisfagan las solicitudes razonables de acceso a elementos específicos de sus redes y a sus recursos asociados, así como las relativas a su utilización, entre otros casos, en aquellas situaciones en las que se considere que la denegación del acceso o unas condiciones no razonables de efecto análogo pueden constituir un obstáculo al desarrollo de un mercado competitivo sostenible a escala minorista o que no benefician a los usuarios finales”*.

Euskaltel considera que el acceso reconocido en la Resolución impugnada, no debería vincularse únicamente a los clientes que soliciten la portabilidad, ya que ello no supone un acceso en los términos del artículo 10 del Reglamento de Mercados, sino aplicarse también a aquellos clientes que, manifestando su



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

voluntad de permanecer con Euskaltel, optaran por cambiar el número sin ejercitar el derecho a la conservación del mismo que les permite la legislación nacional.

Sin embargo, ha de señalarse que en el caso de que el cliente optara por celebrar un nuevo contrato con Euskaltel bajo una numeración nueva, ello no supondría en sí la extinción de su relación contractual anterior.

En relación con esta relación contractual anterior, como se ha dicho, desde el punto de vista de la numeración, si Euskaltel quería que el número utilizado por los clientes le fuera transferido a ella únicamente sería posible que los clientes solicitaran la portabilidad. Pero, lógicamente, tal pronunciamiento no impide a Euskaltel lograr de los clientes una contratación nueva, con otra numeración, que quedaría al margen del conflicto planteado.

b) En otro término, por lo que respecta al acceso denegado en la Resolución impugnada (relativo a las SIMs y terminales utilizados por los clientes de Euskaltel), frente a la alegación de Euskaltel, según la cual la denegación de tal acceso se ha realizado sin tener en cuenta las causas tasadas previstas en el artículo 10 del Reglamento de Mercados, procede señalar que dicho artículo no establece un listado *numerus clausus* de supuestos en los que puede denegarse el acceso, señalando únicamente que *“Las solicitudes de acceso referentes a las obligaciones anteriores sólo podrán denegarse sobre la base de criterios objetivos como la viabilidad técnica o la necesidad de preservar la integridad de la red.”*

Lo fundamental es que la denegación se produzca con base en criterios objetivos, citándose la viabilidad técnica o la necesidad de preservar la integridad de la red en aquel precepto como un ejemplo de los mismos pero no de manera excluyente.

Dicho esto, procede confirmar la Resolución impugnada en lo que respecta al criterio seguido en ella para la denegación del acceso a los recursos relativos a las SIMs y los terminales utilizados por los clientes de Euskaltel. La razón fundamental de tal denegación es la de la conexión íntima de los elementos e información solicitados con la red de Orange.

Pero es que, además, tampoco la solicitud de Euskaltel de acceso a elementos de la red de Orange se formulaba para la prestación de servicios finales, sino para efectuar la migración de los clientes a otro operador con el que la operadora celebró un acuerdo de acceso. Y, como se señaló en la Resolución impugnada, no resulta suficiente con que el acceso resulte más ventajoso para la empresa que lo solicita, sino que es preciso que la denegación del acceso implique la imposibilidad o inviabilidad absoluta e inevitable de las actividades propuestas⁵.

⁵ Parágrafos 90 y siguientes de la Comunicación sobre la aplicación de las normas de competencia a los acuerdos de acceso en el sector de las telecomunicaciones (Comunicación 98/C 2656/02).



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Además, incluso en el caso de otorgarse el acceso solicitado, Euskaltel no estaría capacitada para prestar servicios a los clientes porque carecería del resto de los recursos de red necesarios y prestaría sus servicios a través de la red de otro operador.

Por todo lo anterior, no procede acoger la alegación de la recurrente, según la cual la Resolución impugnada adolece de nulidad al infringir en relación con su solicitud de acceso la normativa de telecomunicaciones y, en particular, el artículo 10 del Reglamento de Mercados. Debe confirmarse, pues, en este apartado, lo dispuesto en la Resolución de 9 de noviembre de 2006.

Vistos los citados antecedentes y fundamentos jurídicos, esta Comisión

RESUELVE

ÚNICO.- Estimar parcialmente el recurso potestativo de reposición interpuesto por la entidad Euskaltel, S.A. contra la relativa al conflicto formulado por Euskaltel frente a Orange en el que se solicitaba la transmisión de recursos de numeración y el acceso al servicio telefónico móvil y a elementos específicos de dicho servicio de la segunda entidad (MTZ 2006/1141), modificando el Resuelve Tercero de la misma en los siguientes términos:

*“**TERCERO.**- Orange deberá, en consecuencia, garantizar hasta el 31 de marzo de 2007 la prestación del servicio a todos aquellos clientes que hubieran contratado el servicio al amparo del Acuerdo Marco de Colaboración. Asimismo, tal servicio continuará más allá de dicha fecha respecto de aquellos clientes que, habiendo solicitado la portabilidad a Euskaltel antes de esa fecha, y así le conste fehacientemente a Orange (incluidas aquellas solicitudes remitidas por sistema web), no hayan visto culminado el proceso de la portabilidad.*

A los efectos de esta resolución, las condiciones económicas de aplicación al acceso serán transitoriamente las establecidas en el Acuerdo Marco de Colaboración, hasta tanto las partes no alcancen un acuerdo definitivo.

La garantía del servicio que se acuerda hasta el 31 de marzo de 2007 no implica restricciones al ejercicio de campañas comerciales individualizadas o generales sobre los clientes del Acuerdo Marco de Colaboración”.

Se confirma en todo lo demás la Resolución impugnada.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

El presente certificado se expide al amparo de lo previsto en el artículo 27.5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común 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 que se refiere el presente certificado, que pone fin a la vía administrativa, sólo podrá interponerse 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 48.17 de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de 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, sin perjuicio de lo dispuesto en el número dos del artículo 58 de la misma Ley.

EL SECRETARIO

Vº Bº

EL PRESIDENTE

Jaime Almenar Belenguer

Reinaldo Rodríguez Illera