

RESOLUCIÓN DEL PROCEDIMIENTO SANCIONADOR INCOADO A INCOTEL SERVICIOS AVANZADOS, S.A. POR EL INCUMPLIMIENTO DE LA RESOLUCIÓN DE 7 DE MAYO DE 2015, DE APROBACIÓN DE LA ESPECIFICACIÓN TÉCNICA DE PORTABILIDAD FIJA

SNC/DTSA/060/20

SALA DE SUPERVISIÓN REGULATORIA

Presidente

D. Ángel Torres Torres

Consejeros

D. Mariano Bacigalupo Saggese

D. Bernardo Lorenzo Almendros

D. Xabier Ormaetxea Garai

D.^a Pilar Sánchez Núñez

Secretario

D. Miguel Bordiu García-Ovies

En Madrid, a 7 de octubre de 2021

Vista la Propuesta de resolución del instructor, junto con las alegaciones presentadas y el resto de actuaciones practicadas en el expediente sancionador de referencia, la SALA DE SUPERVISIÓN REGULATORIA de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) acuerda la presente resolución basada en los siguientes

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Expediente de información previa IFP/DTSA/034/19

El 4 de julio de 2019 Telefónica de España, S.A.U. (Telefónica) presentó un escrito ante la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) en el que denunciaba a seis operadoras del grupo empresarial -Dialoga Servicios Interactivos, S.A. (Dialoga), Incotel Ingeniería y Consultoría, S.A. (Incotel) Operadora de Telecomunicaciones Opera, S.L. (Opera), Contacta Serveis Avançats, S.L. (Contacta), Incotel Servicios Avanzados, S.A. (Incotel SA) e Internet Global Business, S.L. (IGB); en adelante, el Grupo Dialoga- en calidad de operadores donantes, por impedir a los usuarios a cambiar de operador con conservación de su numeración fija hacia Telefónica (operador receptor), mediante el uso sistemático y presuntamente no conforme a la regulación vigente de las causas de denegación de las solicitudes de portabilidad establecidas en la Resolución de 7 de mayo de 2015, de modificación de la especificación técnica

de los procedimientos administrativos para la conservación de numeración fija en caso de cambio de operador¹ (ETPF), entre el 1 de enero de 2018 y el 26 de junio de 2019 (folios 68 a 97 del expediente administrativo).

Mediante escrito de 30 de julio de 2019 esta Comisión comunicó la apertura de un expediente de actuaciones previas, para analizar la citada denuncia interpuesta por Telefónica. En dicho escrito se requirió a Telefónica y a las seis operadoras del Grupo Dialoga que aportaran determinada información necesaria para el conocimiento y comprobación de los hechos denunciados (folios 98 a 144).

Los días 4 de septiembre y 7 de octubre de 2019, Telefónica y las seis operadoras, respectivamente, presentaron sus escritos de contestación al citado requerimiento, aportando la información requerida y alegaciones adicionales (folios 145 a 173).

El 19 de diciembre de 2019 se requirió a Telefónica que aportara determinada información en relación con los hechos denunciados en su escrito de 4 de julio de 2019. Mediante sendos escritos de 15 de enero y 25 de febrero de 2020 Telefónica dio contestación al citado requerimiento, sin aportar toda la información requerida, y presentó alegaciones adicionales (280 a 308 y 309 a 315). El 9 de marzo de 2020 se requirió a Telefónica que subsanase la entrega de la información no aportada y que aclarase algunos de los datos ya aportados, por ser necesario para la comprobación de los hechos denunciados por esta operadora (folios 316 a 324). El 31 de marzo y 1 de abril de 2020 Telefónica presentó sendos escritos por lo que aportaba la información requerida (folios 325 a 1026 y 1027 a 1398).

Mediante escritos de fechas 6 y 7 de julio de 2020 se declararon las confidencialidades de determinada información aportada por Telefónica y las seis operadoras del Grupo Dialoga en sus diversos escritos presentados durante la instrucción del referido expediente de actuaciones previas (folios 1399 a 1449).

SEGUNDO.- Resolución de 8 de octubre de 2020 (CFT/DTSA/155/19)

El 8 de octubre de 2020 esta Comisión resolvió el conflicto de portabilidad interpuesto por Colt Technology Services, S.A.U. (Colt) frente a las seis operadoras del Grupo Dialoga, debido a la denegación reiterada por estas empresas de las solicitudes de portabilidad de diversa numeración fija de dos usuarios empresariales, realizadas durante los años 2019 y 2020 (folios 2511 a 2606). En el Fundamento Jurídico Material Sexto de esta Resolución se dispuso lo siguiente:

¹ Resolución aprobada en el marco del expediente POR/DTSA/2519/13. Esta resolución fue modificada posteriormente mediante Resoluciones de 28 de noviembre de 2019 (PORT/DTSA/002/16) y 19 de noviembre de 2020 (PORT/DTSA/002/20), que fijaron el 30 de noviembre de 2020 como fecha máxima para que los operadores tuvieran operativos los cambios aprobados en ambas resoluciones.

*“Estos hechos denunciados por Colt, relativos a las reiteradas denegaciones de portabilidad de las numeraciones de los clientes **[CONFIDENCIAL]**; así como las denegaciones de portabilidad relativas a los números **[CONFIDENCIAL 902931101]** y **[CONFIDENCIAL]**, se remiten al periodo de actuaciones previas IFP/DTSA/034/19 actualmente abierto en el presente organismo, **[CONFIDENCIAL EXCEPTO PARA GRUPO DIALOGA]**.”*

TERCERO.- Acuerdo de incoación del presente procedimiento

El 15 de octubre de 2020 la CNMC acordó incoar el presente procedimiento sancionador a Incotel SA y a las otras cinco operadoras de su grupo empresarial, debido a que, del análisis llevado a cabo durante el periodo de información previa IFP/DTSA/034/19 y de las actuaciones obrantes en el expediente CFT/DTSA/155/19, se hallaron suficientes indicios de la posible denegación y rechazo indebido (por los operadores citados) de las solicitudes de portabilidad tramitadas por Telefónica y Colt, con el objetivo de impedir o retrasar a los usuarios el cambio de operador con conservación de su numeración geográfica o de red inteligente, durante los años 2018, 2019 y 2020² (folios 1 a 47).

CUARTO.- Requerimiento de información a la AOP

El 13 de noviembre de 2020 se requirió a la Asociación de Operadores para la Portabilidad Fija (AOP)³ determinada información sobre el volumen de exportaciones e importaciones de numeración fija registrado por cada una de las seis operadoras del Grupo Dialoga respecto de terceros operadores, así como intragrupo, durante los años 2018, 2019 y 2020 (folios 1456 a 1460). La AOP contestó a dicho requerimiento de información aportando la información solicitada, el 30 de noviembre de 2020 (folios 1524 a 1534).

QUINTO.- Escrito de alegaciones iniciales de Incotel SA

El 18 de noviembre de 2020 Incotel SA presentó su escrito de alegaciones al acuerdo de incoación del presente procedimiento sancionador, en el que, con carácter general, manifestaba lo siguiente: (i) su disconformidad con el acuerdo de incoación, debido a que considera que no se realizó una imputación individualizada a cada operadora del Grupo Dialoga incumpliendo con ello los principios de tipicidad y legalidad, (ii) el no reconocimiento de los hechos por los que se incoa el procedimiento sancionador, y (iii) su solicitud de incorporación al procedimiento de los documentos obrantes en los expedientes IFP/DTSA/043/19 e IFP/DTSA/057/19 (folios 1483 a 1492).

² El 19 de octubre de 2020 se puso a disposición de Incotel SA la notificación del acuerdo de incoación de 15 de octubre, sin embargo esta operadora no accedió al contenido de dicha notificación en el plazo de diez días naturales (rechazo tácito), por lo que se le dio por notificada del citado acuerdo, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 40.4 y 43.2 y 3 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

Este acuerdo también fue notificado a la instructora del procedimiento el 16 de octubre de 2020.

³ <http://www.asociacionportabilidad.es/#>

SEXTO.- Comunicación de la incorporación al procedimiento de la información obrante en los expedientes CFT/DTSA/155/19 y CFT/DTSA/075/20

Mediante sendos escritos de 1 y 18 de diciembre de 2020, se comunicó a Incotel SA la incorporación de las actuaciones de los expedientes CFT/DTSA/155/19 y CFT/DTSA/075/20⁴ a este procedimiento (folios 1535 a 2674 y 2683 a 3350). El primero de los expedientes (Antecedente de Hecho Segundo) se incorporó como consecuencia de la aprobación del acuerdo de incoación del presente procedimiento sancionador.

La incorporación del segundo de los expedientes fue motivada por lo dispuesto en el Fundamento Jurídico Material Único de la Resolución de 3 de diciembre de 2020 del referido conflicto de portabilidad⁵.

SÉPTIMO.- Requerimiento de información a Telefónica

El 15 de diciembre de 2020 se solicitó a Telefónica que aclarara y subsanara parte de la información aportada en el expediente IFP/DTSA/034/19 sobre varias solicitudes de portabilidad, que supuestamente acreditaban la voluntad de los usuarios a portar la numeración objeto de su denuncia, y que acreditara la voluntad de los usuarios a portar el resto de las numeraciones no analizadas en el listado muestral solicitado en el citado expediente de información previa (folios 2675 a 2682). Mediante escrito de 11 de enero de 2021 Telefónica presentó la información solicitada (folios 3351 a 3394).

OCTAVO.- Comunicación de la incorporación al procedimiento de un escrito de Colt presentado en el procedimiento sancionador SNC/DTSA/051/20

El 25 de enero de 2021 se comunicó a Incotel SA la incorporación al presente procedimiento de un escrito de Colt, de 28 de diciembre de 2020, presentado en el marco del procedimiento sancionador SNC/DTSA/051/20⁶ por el que contestaba a un requerimiento de información. En este escrito, entre otra información, Colt aportó las copias de las solicitudes de portabilidad de las

⁴ Conflicto de portabilidad interpuesto por Alai Operador de Telecomunicaciones, S.L. frente a cinco operadores del Grupo Dialoga -Dialoga, Incotel SA, Opera, Contacta e IGB-, por desaparición sobrevenida de su objeto.

⁵ *“Las denuncias presentadas por Alai en relación con la vulneración por parte de los operadores del Grupo Dialoga del derecho a conservación de numeración y el supuesto incumplimiento por estos operadores de la normativa sectorial de telecomunicaciones (en particular, la Especificación técnica de la portabilidad fija), serán investigadas en el expediente sancionador nº SNC/DTSA/060/20, al cual se remiten las actuaciones del presente expediente”.*

⁶ El 10 de septiembre de 2020 la CNMC acordó incoar un procedimiento administrativo sancionador contra las citadas seis operadoras del Grupo Dialoga, por el presunto incumplimiento de la Resolución, de 4 de febrero de 2020, de adopción de medidas provisionales aprobada en el marco del expediente CFT/DTSA/155/19.

numeraciones fijas pertenecientes a los dos usuarios empresariales, que fueron denegadas reiteradamente por las referidas seis operadoras del Grupo Dialoga, lo que motivó la interposición del conflicto de portabilidad (CFT/DTSA/155/19) (folios 3395 a 3410).

NOVENO.- Segundo requerimiento de información a la AOP

Mediante escrito de 2 de febrero de 2021, se requirió de nuevo a la AOP para que aportara mediante un fichero Excel la información sobre los procesos de portabilidad y el estado de cada una de las numeraciones telefónicas de los dos usuarios empresariales objeto de la denuncia de Colt en el CFT/DTSA/155/19, afectadas por la supuesta conducta infractora realizada por cada una de las seis operadoras del Grupo Dialoga durante los años 2019 y 2020. El 9 de febrero de 2021 la AOP aportó la citada información solicitada (folios 3513 a 3519).

DÉCIMO.- Comunicación del acuerdo adoptado sobre las solicitudes presentadas por Inotel SA en su escrito de alegaciones iniciales

El 3 de febrero de 2021 se acordó:

(i) aceptar parcialmente la primera solicitud realizada por Inotel SA en su escrito de alegaciones de 18 de noviembre de 2020, sobre incorporar la información que consta en el expediente IFP/DTSA/043/19 relativa a las numeraciones telefónicas cuyos procesos de portabilidad están siendo analizados en este procedimiento sancionador,

(ii) denegar la solicitud de incorporación de la documentación del expediente IFP/DTSA/057/20, debido a que la numeración telefónica fija analizada en dicho expediente no guardaba relación alguna con la numeración que estaba siendo analizada en el presente procedimiento, ni aportaba datos adicionales a los que ya constan sobre los hechos objeto de este procedimiento⁷, y

(iii) denegar la solicitud de Inotel SA, sobre la apertura de un periodo de prueba, debido a que esta operadora no proponía ningún medio de prueba concreto, de acuerdo con los criterios establecidos en la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 77 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPAC).

Este acuerdo fue puesto a conocimiento de Inotel SA el 4 de febrero de 2021, al que tuvo acceso el 12 de febrero de este mismo año (folios 3520 a 3540).

⁷ El expediente IFP/DTSA/057/19 ha sido archivado por este organismo, mediante Acuerdo de 13 de mayo de 2021, al no existir indicios de los hechos denunciados por Contacta.

UNDÉCIMO.- Escrito de alegaciones adicionales de Incotel SA y contestación de la instructora sobre la reclamación de incorporar el expediente IFP/DTSA/043/19

El 8 de febrero de 2021 Incotel SA presentó un escrito de alegaciones en el que reclamaba que esta Comisión aún no había acordado la incorporación del expediente IFP/DTSA/043/19 a este procedimiento, a pesar de haberlo solicitado en su escrito de alegaciones al acuerdo de incoación, de 18 de noviembre de 2020, por considerar que existe una relación directa e íntima conexión entre los hechos que están siendo analizados en ambos expedientes (folios 4989 a 4996).

Ese mismo día la instructora comunicó a Incotel SA que, mediante acuerdo de 2 de febrero de 2021, cuya notificación había sido puesta a disposición de esta operadora el 4 de febrero de 2021, se le aceptó su solicitud de incorporar a este procedimiento la información que consta en el citado expediente IFP/DTSA/043/19 que esté relacionada con las numeraciones telefónicas cuyos procesos de portabilidad están siendo analizados en este procedimiento administrativo sancionador (folios 5013 a 5031).

DUODÉCIMO.- Requerimiento de información a Incotel SA

El 23 de febrero de 2021 se requirió a Incotel SA que aportara determinada información relativa a los ingresos brutos de explotación obtenidos por toda su actividad y, en concreto, por la prestación de servicios de telefonía fija, entre los años 2018 y 2020, entre otra información necesaria para la determinación de las presuntas responsabilidades susceptibles de sanción (folios 5044 a 5063).

Esta empresa tuvo acceso a la notificación de dicho escrito el 5 de marzo de 2020. El 22 de marzo de 2020 Incotel SA contestó al citado requerimiento de información, sin aportar la información solicitada (folios 5124 a 5130).

DECIMOTERCERO.- Incorporación de documentación y alegaciones de Incotel SA

El 25 de marzo de 2021 se comunicó a Incotel SA la incorporación al procedimiento de determinada información. En concreto, (i) la declaración de ingresos del ejercicio 2018 presentada ante esta Comisión el 8 de agosto de 2019, para el cálculo del importe de la Tasa General de Operadores a satisfacer, y (ii) la copia de las cuentas anuales depositadas por esta operadora ante el Registro Mercantil de Bizkaia relativas al ejercicio 2019 (folios 5166 a 5483).

Mediante escrito de 13 de abril de 2021 Incotel SA mostró su disconformidad con la incorporación de dicha información económica en este procedimiento (folios 5503 a 5509).

DECIMOCUARTO.- Declaraciones de confidencialidad

Mediante escritos de fechas 24, 25 y 26 de marzo de 2021, se declaró la confidencialidad de determinada información obtenida durante la instrucción del expediente a través de los escritos y documentación adjunta presentada por la AOP y Telefónica, así como por el acceso mediante la interfaz de supervisión a la base de datos de la Entidad de Referencia (ER)⁸ (folios 5152 a 5158, 5159 a 5165 y 5484 a 5487).

DECIMOQUINTO.- Incorporación de documentación

El 14 de abril de 2021 se incorporó en el procedimiento un correo electrónico de la AOP, de 26 de febrero de 2020, por el que comunicaba a esta Comisión la implementación de algunas modificaciones de la ETPF establecidas en la Resolución de 28 de noviembre de 2019⁹, con anterioridad al plazo máximo establecido en dicha resolución (30 de noviembre de 2020) (folio 5532).

DECIMOSEXTO.- Propuesta de resolución y trámite de audiencia

Con fecha 6 de julio de 2021 (folio 6083) fue notificada a Incotel SA la propuesta de resolución formulada por el instructor del procedimiento (folios 6036 a 6080), concediéndole el plazo de un mes para formular alegaciones y presentar los documentos e informaciones que estimen pertinentes y, asimismo, informándole de lo previsto en el artículo 85 de la LPAC.

En la propuesta de resolución, la instructora califica la conducta descrita como una infracción muy grave del artículo 76.12 de la Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones, consistente en el incumplimiento de la Resolución de 7 de mayo de 2015, modificada parcialmente por las Resoluciones de 28 de noviembre de 2019 y de 5 y 28 de abril de 2020.

Atendiendo a los criterios de graduación establecidos en el artículo 29.3 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (en adelante, LRJSP), así como los específicamente indicados en el artículo 80 de la LGTel de 2014, se proponía imponer a dicho operador una sanción de noventa y cinco mil quinientos (95.500) euros.

Tras acceder al expediente administrativo en fecha 27 de julio de 2021 (folios 7159 a 7162), con fecha 6 de agosto de 2021 Incotel SA presentó un escrito de alegaciones (folios 7261 a 7318), en el cual manifiesta, resumidamente, lo siguiente:

⁸ Entidad que gestiona la base de datos de referencia de los números portados y la base de datos de transacciones, actúa como medio de comunicación de mensajes entre operadores y toma determinadas decisiones ejecutivas con objeto de facilitar de forma adecuada los procedimientos administrativos entre operadores.

⁹ Resolución por la que se modifican las especificaciones técnicas de portabilidad fija (PORT/DTSA/002/16).

- Caducidad del procedimiento sancionador por el tiempo transcurrido entre la apertura del periodo de actuaciones previas (exp. nº IFP/DTSA/034/19) y el Acuerdo de Incoación.
- Imposibilidad de acceder al expediente administrativo con suficiente antelación y garantías, generándose indefensión.
- Indebida tramitación del procedimiento sancionador e insuficiente individualización de los cargos.
- Ausencia de culpabilidad.
- Vulneración del principio de legalidad
- No pueden invocarse las Especificaciones Técnicas de Portabilidad Fija y las resoluciones aprobadas a causa del estado de alarma para integrar la infracción tipificada en el artículo 76.12 LGTel.
- Indebida graduación de la sanción e incumplimiento del principio de proporcionalidad.

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

Por medio de escrito de fecha 07 de julio de 2021, la instructora ha remitido a la Secretaría del Consejo de la CNMC la Propuesta de Resolución junto con el resto de documentos y alegaciones que conforman el expediente administrativo, debidamente numerados.

DECIMOCTAVO.- Informe de la Sala de Competencia

En cumplimiento de lo establecido en el artículo 21 de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, y del artículo 14.2.b) del Estatuto Orgánico de la CNMC, aprobado por el Real Decreto 657/2013, de 30 de agosto (en adelante, Estatuto Orgánico de la CNMC), la Sala de Competencia de la CNMC ha acordado informar favorablemente el presente procedimiento.

HECHOS PROBADOS

De toda la documentación obrante en el expediente y de las actuaciones practicadas han quedado probados, a los efectos del procedimiento de referencia, los siguientes hechos:

ÚNICO.- Entre enero de 2018 y octubre de 2020 Incotel SA, como operador donante, denegó y paralizó de forma injustificada y reiterada la tramitación de los procesos de portabilidad solicitados por varios operadores receptores en relación con, al menos, noventa y seis (96) numeraciones fijas pertenecientes a usuarios en su mayoría empresariales

Este hecho probado se desprende de los indicios encontrados en el periodo de información previa IFP/DTSA/034/19, de los hechos analizados en el procedimiento CFT/DTSA/155/19 y a partir de la información complementaria analizada durante la instrucción de este expediente sancionador, recabada principalmente a través de la AOP y de Telefónica, así como de los procedimientos de conflicto, sancionadores y de información previa que se han continuado incorporando (CFT/DTSA/075/20, IFP/DTSA/043/19 y SNC/DTSA/051/20).

1.- Causas de denegación de solicitud de cambio de operador previstas en la Resolución de 7 de mayo de 2015

Con carácter previo a la exposición de los hechos probados y para conocer el contexto en el que se han desarrollado los mismos, es de interés señalar que la ETPF -aprobada mediante la Resolución de 7 de mayo de 2015- establecía, en su apartado 5.1.5, las siguientes causas de denegación de la solicitud de cambio de operador que pueden utilizar los operadores donantes en caso de que concurren:

- “- *Por causas justificadas de fuerza mayor (huelgas, catástrofes naturales, etc.).*
- *Numeración inactiva.*
- *Falta de correspondencia entre numeración y abonado identificado por su DNI/NIF/CIF.*
- *Falta de correspondencia entre numeración y administrativo/identificador del proceso mayorista.*
- *Tipo de acceso incorrecto.*
- *Falta de validación por parte del operador revendedor.*
- *Cualquier otra causa que pueda ser acordada voluntariamente entre los operadores, dentro del marco legal.*^{10]}

El uso de cualquiera de estas causas de denegación en un proceso determinado origina un fichero con formato DSP2, que el operador donante ha de poner a disposición del operador receptor en su buzón en los plazos establecidos en la ETPF.

¹⁰ Tras la última modificación aprobada de la ETPF, a través de la Resolución de 28 de noviembre de 2019, se han incorporado cuatro nuevas causas de denegación a las ya existentes: *Proceso mayorista en curso; Numeración pertenece a distintos accesos; Portabilidad parcial; Información accesos múltiples*. Sin embargo, estas causas de denegación no han estado operativas durante el periodo de análisis de los hechos probados llevados a cabo por Incotel SA, ya que dichos cambios entraron en funcionamiento el 30 de noviembre de 2020.

Asimismo, el apartado 5.1.6 de la ETPF también regula las causas que pueden provocar errores durante el proceso de portabilidad que detecta la ER y generan la denegación de la solicitud. Entre estos errores se encuentra aquel en el que el operador donante no pone a disposición de la ER el fichero de respuestas (validación o denegación de las solicitudes de portabilidad) en el plazo establecido¹¹, es decir, cuando se detecta la expiración de un temporizador crítico del proceso de portabilidad.

En este caso, las solicitudes afectadas no continúan procesándose y la ER generará un mensaje W, con causa “*Sin respuesta válida a SP por operador donante*”, y abrirá una incidencia en el sistema de gestión de incidencias que se enviará a los operadores (donante y receptor) involucrados en el proceso.

La ER también puede paralizar las solicitudes de portabilidad si comprueba que se ha superado el cupo diario de solicitudes fijado a los operadores donantes según el tipo de portabilidad solicitada. En este caso y si la espera no es superior a 3 días¹², la ER mandará un mensaje con código “QSP” a los operadores intervinientes en el proceso, indicando que la solicitud se mantendrá en cola por superación de cupo del operador donante. En caso de que la espera fuera superior, la ER mandará un mensaje con código DSP1 “*por superación de cupo del operador donante*”, rechazando la portabilidad.

Asimismo, la ER también puede denegar la portabilidad si detecta una falta de coincidencia entre la fecha propuesta para realizar el cambio de operador que indica el usuario y registra el operador receptor al grabar la solicitud y la fecha de la ventana de cambio¹³ que aparece tras la validación de la solicitud por parte del operador donante. Ante esta situación, la ER mandará un mensaje W a los operadores intervinientes en el proceso, indicando el error detectado (apartados 5.1.4, 12.2 y 12.8 de la ETPF).

2.- Suspensión de todas las operaciones de portabilidad de numeración fija y móvil no en curso salvo casos de fuerza mayor desde 18 de marzo de 2020 por Real Decreto-Ley 8/2020 y posterior levantamiento de dicha suspensión a partir del día 28 de mayo de 2020 por el Real Decreto-ley 19/2020

Por otro lado, como consecuencia de la declaración de estado de alarma¹⁴, mediante el Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, de medidas urgentes

¹¹ Por regla general medio día -proceso básico- o un día hábil, este último solo en caso de que un operador revendedor donante tenga que validar la solicitud de portabilidad fija –proceso asegurado- (ver apartado 5.1.1 de la ETPF).

¹² Ver apartado 11.2 de la ETPF referente a los “*Valores de temporizadores*”.

¹³ Es el plazo de tiempo determinado por la fecha, hora de inicio y su duración, dentro del cual los operadores del dominio de encaminamiento de portabilidad habrán de hacer las necesarias actuaciones en planta, así como en predios del abonado si fuera preciso. Durante este periodo no será posible garantizar al usuario el correcto funcionamiento del servicio.

¹⁴ Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19.

extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del Covid-19, se estableció la suspensión de todas las operaciones de portabilidad de numeración fija y móvil que no estuvieran en curso, excepto en casos excepcionales de fuerza mayor (artículo 20).

Por tanto, desde el día 18 de marzo de 2020 se suspendieron prácticamente todas las operaciones de portabilidad que no estuvieran en curso, modificándose esta medida el 2 de abril -fecha de entrada en vigor del Real Decreto-ley 11/2020, de 31 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes complementarias en el ámbito social y económico para hacer frente al Covid-19-, de manera que desde ese momento pasaron a estar suspendidas solo las operaciones de portabilidad *“para cuya materialización sea necesaria la presencia ya sea de los operadores involucrados o sus agentes, ya sea del usuario”*.

En este contexto, el 5 de abril de 2020 esta Comisión adoptó una medida provisional en relación con el régimen de la portabilidad durante el estado de alarma, regulando el proceso de incremento de los cupos de tramitación de solicitudes de portabilidad en la portabilidad móvil y estableciendo los cupos limitados por operador para la portabilidad móvil y fija¹⁵ (PORT/D TSA/001/20).

El 28 de abril de 2020, la CNMC aprobó la Resolución por la que se adoptaron las medidas definitivas sobre el régimen de la portabilidad y en relación con el establecimiento transitorio de nuevos cupos, tanto en la portabilidad fija como móvil, mientras durase el estado de alarma.

Por último, el 26 de mayo de 2020 se aprobó el Real Decreto-ley 19/2020, por el que se derogó el referido artículo 20 del Real Decreto-ley 8/2020¹⁶, ya que consideró que *“en estos momentos de paulatina reactivación económica, resulta procedente que el mercado de las telecomunicaciones recupere la plena operatividad y se permita nuevamente la conservación del número de abonado en caso de cambio de operador o portabilidad del número, que es un instrumento de primer orden para que los operadores puedan competir entre sí de manera libre y, a su vez, los ciudadanos puedan ver reforzada su capacidad de elección en busca de servicios más baratos, innovadores, más completos, de mayor calidad o adaptados a sus necesidades”*.

Por tanto, teniendo en cuenta que la entrada en vigor del Real Decreto-ley 19/2020 se produjo al día siguiente de su publicación en el BOE el 27 de mayo

¹⁵ En concreto, para la portabilidad fija se estableció un límite técnico temporal del cupo de solicitudes a tramitar por los operadores donantes por cada operador receptor de 50 portabilidades al día. En caso de que la solicitud fuera de tipo múltiple se fijó un cupo por operador donante de 4 solicitudes diarias. Finalmente, si el tipo de numeración era de red inteligente el cupo de solicitudes por operador receptor de 50 diarias, establecido en la ETPF, no varió, ya que la portabilidad de estas numeraciones no requiere el desplazamiento del personal técnico ni del cliente y podían tramitarse con normalidad.

¹⁶ Ver Disposición derogatoria única: *“Quedan derogados el apartado segundo del artículo 16 ter y el artículo 20 del Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19.”*

de 2020, la limitación a la portabilidad establecida en el Real Decreto-ley 8/2020 quedó derogada el día 28 de mayo de 2020. De este modo, a partir del 28 de mayo de 2020 los operadores pudieron volver a realizar aquellas portabilidades fijas que requerían el desplazamiento de un técnico al domicilio del usuario, así como las portabilidades móviles que no podían ser llevadas a cabo por formar parte de un paquete convergente que incluyera también la portabilidad de la línea fija.

En concreto, la AOP empezó a aplicar el procedimiento de retorno al estado anterior a la declaración del estado de alarma, mediante incrementos graduales de los cupos en un periodo de cinco días (del 28 de mayo al 3 de junio), conforme se estableció en el Resuelve Cuarto de la citada Resolución de esta Comisión, de 28 de abril de 2020.

3.- Hechos probados relativos a la práctica realizada por Incotel SA, en calidad de operador donante, sobre las solicitudes de portabilidad de numeración fija (geográfica y 902), asociada generalmente a usuarios empresariales o autónomos, cursadas por Telefónica, Colt y Alai (como operadores receptores)

3.1.- Conducta de Incotel SA con respecto a Telefónica

A través de la información aportada en su escrito de denuncia de 4 de julio de 2019, Telefónica denunció a Incotel SA por denegar sucesivamente, entre el 1 de enero de 2018 y el mes de junio de 2019, las solicitudes de portabilidad de ciento noventa y cinco (195) numeraciones fijas (geográficas y 902), haciendo un uso indebido de las causas de denegación establecidas en la ETPF en calidad de operador donante¹⁷.

De la información recabada durante la tramitación del expediente de actuaciones previas IFP/D TSA/034/19¹⁸ se observó que, de estas 195 numeraciones, veintisiete (27) fueron portadas en la primera solicitud, es decir, sin sufrir ninguna denegación por parte de Incotel SA.

Por ello, se descartaron estas veintisiete (27) numeraciones fijas y se incoó el presente procedimiento a Incotel SA, por la existencia de indicios de la denegación indebida de las solicitudes de portabilidad relativas a ciento sesenta

¹⁷ El código de operador de Incotel SA a efectos de la portabilidad fija es el 822 <http://www.asociacionportabilidad.es/miembros.php>

¹⁸ Copias de facturas de clientes, de contratos y de solicitudes de portabilidad aportadas por Telefónica, tanto escritas como grabadas mediante una entidad verificadora del consentimiento, sobre setenta y siete (77) numeraciones de un listado muestral de sesenta y tres (63), e información de la AOP aportada en un listado Excel sobre el estado de las numeraciones que Telefónica adjuntó en su escrito de 4 de septiembre de 2019. En concreto, Telefónica aportó información acreditativa sobre la portabilidad de 53 numeraciones del citado listado muestral de 63, además de otras 24 numeraciones no incluidas en dicho listado pero que si eran objeto del expediente de actuaciones previas.

y ocho (168) numeraciones, especificándose el detalle en el acuerdo de incoación del presente expediente.

Las causas registradas para no portar estas 168 numeraciones fijas hacia Telefónica en la fecha solicitada por el cliente fueron: *“Falta de correspondencia entre numeración y abonado identificado por su DNI/NIF/CIF”, “Numeración inactiva”, “Tipo de acceso incorrecto”, “Cualquier otra causa que pueda ser acordada voluntariamente entre los operadores” y “Expiración de temporizadores críticos (W)”*.

Durante la instrucción de este procedimiento, se ha analizado el desarrollo de cada uno de los procesos de portabilidad y las causas de denegación utilizadas por Incotel SA, mediante el estudio de las copias de las solicitudes de portabilidad, contratos, facturas e información adicional aportada por Telefónica, en el marco de los expedientes de actuaciones previas IFP/DTSA/034/19 y 043/19 y en el presente procedimiento sancionador, sobre un total de ciento sesenta y seis (166¹⁹) de las 168 numeraciones fijas cuya portabilidad denegada motivó la apertura de este procedimiento, junto con la información aportada por la AOP en sus informes y archivos Excel. De toda esta información, se han acreditado los siguientes hechos:

- En sus dos escritos presentados en los expedientes de actuaciones previas IFP/DTSA/034/19 e IFP/DTSA/043/19, ambos de 7 de octubre de 2019 (folios 201 a 211 y 3555 a 3574), así como en sus escritos de alegaciones de 18 de noviembre de 2020 y 13 de abril de 2021, Incotel SA alegó que, en relación con un total de trece (13) numeraciones de las 166 sobre las que se obtuvieron indicios de su conducta infractora, Telefónica había solicitado su portabilidad sin consentimiento del cliente o bien sobre numeraciones inactivas, es decir, sin servicio y sin que estuvieran atribuidas a clientes, cometiendo una práctica de slamming²⁰ mediante técnicas fraudulentas.

Telefónica ha probado la existencia de las solicitudes de portabilidad de las trece (13²¹) numeraciones debidamente firmadas por los cinco (5) clientes a los que pertenecían dichas numeraciones fijas. De hecho, cabe destacar de esta información que nueve (9) de estas 13 numeraciones pertenecían a un único usuario empresarial [**CONFIDENCIAL TERCEROS EXCEPTO TELEFÓNICA Y LA AOP²²**].

No obstante, se señala que sobre uno (1) de estos 13 números se ha constatado a través de su solicitud de portabilidad que, al grabar los datos

¹⁹ Sobre dos numeraciones, Telefónica no ha presentado acreditación alguna de la voluntad de los clientes de cambiar de operador [**CONFIDENCIAL TERCEROS EXCEPTO TELEFÓNICA Y LA AOP**].

²⁰ Práctica de transferir al usuario sin su consentimiento.

²¹ [**CONFIDENCIAL TERCEROS EXCEPTO TELEFÓNICA Y LA AOP**].

²² En relación con este cliente se ha observado que todas sus numeraciones 900 y 902 (en total 139) se han estado gestionando conjuntamente por tres empresas del Grupo Dialoga (Dialoga, Incotel SA y Opera).

del usuario final vía telefónica, a través de la entidad verificadora del consentimiento, se indicó el número geográfico del usuario cambiado por un dígito ([**CONFIDENCIAL TERCEROS EXCEPTO TELEFÓNICA Y LA AOP**]), por lo que la solicitud fue errónea y la denegación de la portabilidad correcta, mediante el uso por parte de Incotel SA de la causa “*Falta de correspondencia entre numeración y NIF/CIF del abonado*”.

- Sobre la portabilidad de otras dos (2) numeraciones fijas también se ha comprobado que fueron correctamente denegadas por Incotel SA, debido a que Telefónica registró las solicitudes con algún dígito del número cambiado [**CONFIDENCIAL TERCEROS EXCEPTO TELEFÓNICA Y LA AOP**].
- Asimismo, se ha detectado que las solicitudes de portabilidad de ochenta y tres (83) numeraciones que fueron denegadas por Incotel SA mediante el uso de la causa “*Tipo de acceso incorrecto*”, tras ser solicitada por Telefónica o una vez denegadas debidamente por no coincidir el NIF del usuario²³, habrían sido también correctamente paralizadas por esta operadora, ya que Telefónica solicitaba la portabilidad de esta numeración como si dependieran de un acceso múltiple (03) y no individual (01)²⁴, a diferencia de lo que los usuarios indicaban en su solicitud. La mayoría de estas solicitudes denegadas una vez por esta causa, tras ser corregidas por Telefónica, Incotel SA procedía a portarlas.
- Sobre el resto de las ochenta (80) numeraciones fijas de las 166 analizadas Telefónica ha acreditado que los usuarios solicitaron la portabilidad de sus líneas y que estas fueron correctamente tramitadas en port@net²⁵, no existiendo motivos para la denegación de las portabilidades.

Teniendo en cuenta estos hechos y a la vista de la citada información mencionada en los anteriores puntos, se acredita que Telefónica denunció un número considerable de solicitudes que fueron correctamente denegadas por Incotel SA (relativas a 86 numeraciones). No obstante, también se ha acreditado que, entre enero de 2018 y junio de 2019, ochenta (80) numeraciones pertenecientes a cincuenta y tres (53) clientes, en su mayoría empresariales o autónomos, fueron correctamente tramitadas por Telefónica y denegadas indebidamente por Incotel SA, mediante el uso no justificado de diferentes causas de denegación establecidas en la ETPF o por dejar expirar los temporizadores críticos (W).

²³ Como por ejemplo ocurrió con las numeraciones [**CONFIDENCIAL TERCEROS EXCEPTO TELEFÓNICA Y LA AOP**]

²⁴ Según lo dispuesto en la ETPF las numeraciones fijas pueden estar vinculadas a determinados tipos de acceso identificados por unos códigos según estén asociadas a una línea individual (01), a líneas digitales, de banda ancha o a múltiples numeraciones asociadas a varios accesos iguales configurados en grupo (03) o se traten de números de inteligencia de red (04).

²⁵ Interfaz de la plataforma técnica para la gestión centralizada de los procesos de portabilidad fija gestionada por la ER.

En concreto, Incotel SA llegó a denegar indebidamente entre una y diecinueve veces las solicitudes de portabilidad que Telefónica sucesivamente le cursaba tras cada denegación o expiración de los temporizadores, incluso utilizando la causa de denegación “*Otras causas acordadas por operadores*”. Según confirmó Telefónica en su escrito de 4 de diciembre de 2019, de contestación a un requerimiento de información realizado en la IFP/DTSA/034/19, “*no tiene ningún acuerdo con las empresas indicadas para denegaciones distintas a las recogidas en la ETPF*”.

Sirvan de ejemplo las sucesivas denegaciones de las solicitudes de portabilidad cursadas entre los meses de marzo y mayo de 2019 de la numeración **[CONFIDENCIAL TERCEROS EXCEPTO TELEFÓNICA Y LA AOP]**²⁶, principalmente utilizando la causa de denegación “*Falta de correspondencia entre numeración y NIF/CIF del abonado*”, a pesar de que tanto la numeración como el NIF del usuario eran correctos, tal y como se ha comprobado de la copia de la solicitud de portabilidad aportada por Telefónica en su escrito de 11 de enero de 2021, y dejando expirar el tiempo para valorar la solicitud (W). De hecho, Incotel SA aceptó portar esta numeración, con el NIF del usuario que registró Telefónica desde la primera solicitud de 5 de marzo, el 29 de mayo de 2019, esto es, con un retraso de casi tres meses.

Incotel SA denegaba las solicitudes de portabilidad varias veces hasta que aceptaba portar las numeraciones a Telefónica o hasta que esta operadora dejaba de solicitar su portabilidad por que el cliente desistía del cambio de operador o incluso decidía dar de baja su numeración, como Telefónica alegó que ocurrió con el usuario **[CONFIDENCIAL TERCEROS EXCEPTO TELEFÓNICA Y LA AOP]** en sus escritos de 4 de julio de 2019 y 15 de enero de 2020 y la propia Incotel SA confirmó en su escrito de 7 de octubre de 2019.

Finalmente, Incotel SA no leía las incidencias que en los meses diciembre de 2018 y marzo y noviembre de 2019 Telefónica le envió a través del SGI²⁷, en relación con algunas de las solicitudes de portabilidad denegadas²⁸, con la finalidad de que las cursara o justificara debidamente su causa de denegación. Telefónica aportó acreditación sobre este punto a través del Anexo II adjunto a su escrito de 15 de enero de 2020, en el marco del expediente de actuaciones previas IFP/DTSA/034/19 (folio 307).

3.2.- Conducta de Incotel SA con respecto a Colt

El 4 de diciembre de 2019 Colt planteó un conflicto de portabilidad contra Incotel SA y otras cinco empresas de su grupo empresarial por denegar reiteradamente, en calidad de operadores donantes, las solicitudes de portabilidad de un cliente.

²⁶ Una conducta similar tuvo Incotel SA con algunas de las diecisiete (17) numeraciones del cliente **[CONFIDENCIAL TERCEROS EXCEPTO TELEFÓNICA Y LA AOP]**.

²⁷ Sistema de Gestión de Incidencias de las ER.

²⁸ Relativas a las numeraciones **[CONFIDENCIAL TERCEROS EXCEPTO TELEFÓNICA Y LA AOP]**.

En concreto, Colt acusaba a Incotel SA de retrasar la portabilidad de ocho (8) numeraciones fijas (geográfica y 902) de las ciento sesenta y nueve (169) pendientes de portar del cliente empresarial **[CONFIDENCIAL TERCEROS EXCEPTO COLT Y LA AOP]**, sin que mediara una causa justificada (folios 1554 a 1647).

El 17 de diciembre de 2019 esta Comisión inició el procedimiento de conflicto solicitado por Colt (CFT/DTSA/155/19) (folios 1696 a 1748). En el marco de este procedimiento, el 20 de diciembre de 2019 Colt amplió el objeto de su denuncia contra Incotel SA, acusándole de denegar indebidamente y de forma reiterada la portabilidad de tres (3) de las nueve (9) numeraciones fijas de otro usuario **[CONFIDENCIAL TERCEROS EXCEPTO COLT Y LA AOP]**²⁹ (folios 1757 a 1777).

De la información (i) que consta en el citado procedimiento de conflicto, como los informes de la AOP sobre el estado de las once (11) numeraciones gestionadas por Incotel SA, los correos electrónicos e incidencias a través del SGI de port@net enviadas por Colt a Incotel SA y a otras empresas de su grupo empresarial, (ii) aportada por Colt en su escrito de 28 de diciembre de 2020, en el marco del procedimiento sancionador SNC/DTSA/051/20, como las copias de las solicitudes de portabilidad de los dos referidos usuarios, así como (iii) recabada durante la instrucción de este procedimiento a través de la AOP (escrito de 9 de febrero de 2021), se han acreditado los siguientes hechos:

- Sobre las 8 numeraciones fijas del usuario **[CONFIDENCIAL TERCEROS EXCEPTO COLT Y LA AOP]**:
 - Como muestra la información aportada por la AOP, se constata que, entre el 21 de octubre y el 19 de diciembre de 2019, Colt estuvo cursando en diferentes días y de forma secuencial las solicitudes de portabilidad de las numeraciones fijas del usuario titular de estas, según eran denegadas por Incotel SA, a pesar de que, como Colt puso en conocimiento del Grupo Dialoga, a través de varios correos electrónicos de 6 y 8 de noviembre de 2019, la voluntad de este usuario era la de portar todas las numeraciones a la vez (folio 1637).
 - En concreto, de dicha información se comprueba que Colt, ante la imposibilidad de portar todas las numeraciones del cliente a la vez debido a las denegaciones de Incotel SA y de las otras cinco operadoras del grupo empresarial que gestionaban las otras 161 numeraciones, en diciembre de 2019 y febrero de 2020 canceló como operador receptor, entre una y dos veces, las solicitudes relativas a cuatro numeraciones del usuario³⁰.

²⁹ Las otras seis (6) numeraciones de este mismo usuario estaban siendo gestionadas por Dialoga (5) y Opera (1).

³⁰ **[CONFIDENCIAL TERCEROS EXCEPTO COLT Y LA AOP]**.

- De esta información también se evidencia que Incotel SA, entre los meses de octubre y diciembre de 2019 y hasta febrero y marzo de 2020, según la numeración fija sobre la que Colt solicitaba su portabilidad, denegó las citadas solicitudes de forma indebida y sucesiva (entre dos y siete veces), utilizando diferentes causas, principalmente, por “*Expiración de temporizadores críticos detectada por la ER*”, por la “*Falta de validación por parte del operador revendedor*”, del que no hay pruebas o indicios de que existiera, “*Falta de correspondencia entre numeración y NIF/CIF del abonado*”, a pesar de que tanto la numeración como el NIF del usuario eran correctos y las portabilidades acabaron aceptándose con los mismos datos como se indica más adelante, y por “*Otras causas acordadas por operadores*”.

Sobre esta última causa de denegación, Colt negó la existencia de un acuerdo con Incotel SA sobre el uso de otras causas distintas a las previstas en la ETPF, en sus escritos de 4 y 20 de diciembre de 2019 (folios 1554 a 1647 y 1757 a 1777). Además, Incotel SA tampoco pudo acreditar que hubiera acordado con Colt el uso de causas de denegación adicionales a las reguladas, tal y como se señala en la Resolución de 8 de octubre de 2020, que resolvió dicho conflicto de portabilidad.

- Dada la citada conducta indebida de Incotel SA y en virtud de la solicitud de Colt de medidas provisionales manifestada en su escrito de 4 de diciembre de 2019, esta Comisión aprobó en el marco del procedimiento de conflicto la Resolución de 4 de febrero de 2020, por la que se obligó a Incotel SA y al resto de empresas de su grupo a que, en calidad de operadores donantes, garantizaran el ejercicio del derecho de los abonados del servicio telefónico fijo disponible al público al cambio de operador con conservación de la numeración a Colt, en el plazo máximo de cinco días a partir del día siguiente al de la notificación de la citada resolución (folios 2006 a 2051).
- Esta Resolución se puso a disposición de Incotel SA el 6 de febrero de 2020, sin que esta operadora accediera a su contenido en el plazo de diez días naturales establecido en el artículo 43.2 de la LPAC, por lo que, tal y como dispone el artículo 41.5 de la LPAC, se consideró rechazada la notificación y efectuado el trámite de la notificación de la referida Resolución de 4 de febrero de 2020.

El día 19 de febrero de 2020 -esto es, trece días después la puesta a disposición de la Resolución-, Incotel SA presentó un escrito en el que alegó que había recogido la notificación de la Resolución de referencia el 17 de febrero de 2020 (folios 2138 a 2143).

Incotel SA, así como el resto de empresas de su grupo, no ejecutaron la medida provisional dictada por esta Comisión en el plazo establecido, lo que motivó que el 10 de septiembre de 2020 esta Comisión incoase el

procedimiento sancionador ya citado en los Antecedentes de Hecho, por incumplir la referida Resolución de medidas provisionales (SNC/DTSA/051/20).

Colt confirmó la no ejecución de la medida provisional, en sus escritos de 16 de marzo y 29 de julio de 2020 (folios 2168 a 2176 y 2499 a 2509) y lo mismo se desprende de la información aportada por la AOP. De acuerdo con los datos que constan en port@net, Incotel SA aceptó portar a Colt el 10 y el 18 de febrero de 2020 dos (2) números de **[CONFIDENCIAL TERCEROS EXCEPTO COLT Y LA AOP]**.

Las portabilidades de las otras seis (6) numeraciones continuaron denegándose o dejándose expirar, por no valorarlas en el tiempo establecido, a pesar de que Colt estuvo solicitando la portabilidad de las numeraciones en días secuenciales a lo largo de los meses de febrero y marzo de 2020. El 2 de octubre de 2020 Incotel SA aceptó finalmente portar esas 6 numeraciones fijas del cliente hacia Colt. Esto es, las portabilidades se aceptaron una vez incoado el procedimiento sancionador SNC/DTSA/051/20 y prácticamente un año después de que Colt intentara, por primera vez, portar las ocho numeraciones a la vez de modo secuencial (entre los meses de octubre y diciembre de 2019) -junto con las restantes numeraciones del mismo cliente, no analizadas en la presente resolución-.

– **Sobre las 3 numeraciones fijas del usuario [CONFIDENCIAL TERCEROS EXCEPTO COLT Y LA AOP]:**

- Como muestra la información aportada por la AOP, el 22 y 24 de abril de 2019 Colt cursó las solicitudes de portabilidad de tres (3) numeraciones fijas de este usuario, pero su tramitación se paralizó porque Incotel SA no procedió a validarlas en el tiempo establecido, siendo denegadas por la ER por expiración de uno de los temporizadores críticos.

En virtud de la información obrante en el expediente, Colt volvió a solicitar la portabilidad de estas líneas otras siete y once veces más según la numeración, entre los meses de abril y julio de 2019, siendo denegadas por la práctica de Incotel SA de dejarlas expirar o mediante el uso injustificado de las causas “*Falta de correspondencia entre numeración y NIF/CIF del abonado*”, a pesar de que tanto la numeración como el NIF del usuario eran correctos, y por “*Otras causas acordadas por operadores*”, cuando, como ya se ha indicado, Colt negó la existencia de este tipo de acuerdo.

En el mes de mayo de 2019, Colt canceló las solicitudes de portabilidad relativas a dos de las tres numeraciones³¹, al igual que hizo después con

³¹ **[CONFIDENCIAL TERCEROS EXCEPTO COLT Y LA AOP]**.

las numeraciones del otro cliente, ante la imposibilidad de portar a la vez estas 3 numeraciones junto con el resto de las 6 numeraciones de este usuario gestionadas por Dialoga y Opera.

- Debido a las denegaciones sucesivas de las solicitudes de portabilidad de las 3 numeraciones fijas por parte de Incotel SA hasta julio de 2019, Colt dejó de tramitar nuevas solicitudes hasta la aprobación de la mencionada medida provisional establecida en la Resolución de 4 de febrero de 2020. El 2 de marzo de 2020, Colt volvió a solicitar a Incotel SA la portabilidad de las 3 numeraciones fijas de este usuario. Sin embargo, esta operadora solo aceptó portar una de ellas el 3 de marzo; las otras dos numeraciones sufrieron otras dos denegaciones más en marzo y agosto de 2020, hasta que el 23 de octubre de 2020 Incotel SA aceptó las solicitudes de portabilidad cursadas por Colt el 22 de octubre de 2020.

Estos hechos expuestos prueban que, entre octubre de 2019 y octubre de 2020, Incotel SA denegó las solicitudes de portabilidad cursadas por Colt a través de port@net, sobre 11 numeraciones pertenecientes a dos (2) usuarios empresariales, mediante el uso reiterado y no justificado de diferentes causas de denegación establecidas en la ETPF o por dejar expirar los temporizadores críticos (W).

Finalmente, se señala que, del informe de la AOP aportado por Colt junto a su escrito de 13 de enero de 2020, también se desprende que en el mes de mayo Colt abrió incidencias en el SGI de port@net en relación con las portabilidades de dos de las numeraciones del usuario que estaban siendo indebidamente denegadas, que a fecha del informe de la AOP (26 de noviembre de 2019) continuaban abiertas y sin leer por parte de Incotel SA.

3.3.- Conducta de Incotel SA con respecto a Alai

Con fecha 30 de abril de 2020, Alai interpuso un conflicto de portabilidad frente a Incotel SA y otras cuatro empresas de su grupo empresarial³², en relación con la denegación de las solicitudes de portabilidad de las siguientes cinco (5) numeraciones fijas de un total de veinte (20) pertenecientes a un usuario empresarial³³ **[CONFIDENCIAL TERCEROS EXCEPTO ALAI Y LA AOP]** (folios 2699 a 2792).

Dicho conflicto se tramitó con el número de referencia (CFT/DTSA/075/20). Tras analizar toda la información recabada durante la instrucción de este expediente, se prueban los siguientes hechos:

- El 17 de marzo de 2020 Alai comenzó a solicitar a Incotel SA la portabilidad de estas cinco numeraciones fijas objeto de conflicto posterior, de conformidad con lo solicitado expresamente por el

³² Dialoga, Opera, Contacta e IGB

³³ **[CONFIDENCIAL TERCEROS EXCEPTO ALAI Y LA AOP]**.

mencionado usuario empresarial el 18 de diciembre de 2019, tal y como acreditó Alai, mediante sendos Anexos 1 de sus escritos de 30 de abril y 10 de septiembre de 2020 (folios 2716 a 2738 y 3176-3177), y se constata en el informe de la AOP aportado en su escrito, de 2 de julio de 2020, de contestación a un requerimiento de información (folios 3073 a 3095).

- De dicho informe de la AOP, así como de los Anexos II y IX aportados junto el escrito de Alai, de 30 de abril de 2020 (folios 2739 y 2776 a 2792), se desprende que, efectivamente, entre el 17 de marzo de 2019 y el 7 de mayo de 2020, esta operadora solicitó la portabilidad de las citadas cinco numeraciones; sin embargo, todas las solicitudes fueron sucesivamente denegadas por Incotel SA unas catorce (14) veces de media.

En concreto, las causas de denegación utilizadas fueron: *“Falta de correspondencia entre numeración y NIF/CIF del abonado”*, *“Expiración de temporizadores críticos detectada por la ER”* y *“Otras causas acordadas por operadores”*, indicando como observación en esta causa, a partir de 20 de marzo y hasta el 29 de abril de 2020: *“RD 8/2020: COVID19 suspensión portabilidad”*. Además, a partir del 30 de abril y hasta el 7 de mayo de 2020, las portabilidades de Alai quedaban suspendidas por la ER al indicar *“Aviso solicitud puesta en cola por superación de cupo”* y entre el 4 y el 6 de mayo de 2020 también por *“causa 0049 - Fecha VC mensaje ASP distinta de SP”*, motivada por la modificación de la fecha de la ventana de cambio de la solicitud propuesta por el operador receptor por parte de Incotel SA, en calidad de operador donante, al validar la solicitud.

En relación con las denegaciones justificadas por la aplicación del Real Decreto-ley 8/2020, cabe indicar que no correspondía a Incotel SA denegar las portabilidades por aplicación del citado Real Decreto-ley 8/2020, ya que la posibilidad que preveía esta norma de paralizar las portabilidades que no estuvieran en curso correspondía a los operadores receptores, no a los donantes, ya que, como consecuencia del cambio de operador, son aquellos y no estos los que necesitan trasladarse al domicilio del cliente para provisionarle los servicios³⁴.

Alai ya había lanzado las cinco solicitudes de portabilidad con anterioridad a la entrada en vigor de la citada norma y aun así Incotel SA denegó sin

³⁴ Tal y como se indicó en su artículo 20: *“Mientras esté en vigor el estado de alarma, no se realizarán por los proveedores de servicios de comunicaciones electrónicas campañas comerciales extraordinarias de contratación de servicios de comunicaciones electrónicas que requieran la portabilidad de numeración, en la medida que puede incrementar la necesidad de los usuarios de desplazarse físicamente a centros de atención presencial a clientes o de realizar intervenciones físicas en los domicilios de los clientes para mantener la continuidad en los servicios.*

Con este mismo fin, mientras esté en vigor el estado de alarma, se suspenderán todas las operaciones de portabilidad de numeración fija y móvil que no estén en curso, excepto en casos excepcionales de fuerza mayor”.

causa justificada la portabilidad de esas numeraciones fijas de tarifas especiales (902), mediante el uso indebido de la limitación establecida en el Real Decreto-ley 8/2020.

Hasta el 29 de abril de 2020 Incotel SA continuó denegando indebidamente las solicitudes cursadas por Alai por “*Otras causas acordadas por operadoras*”, argumentando dicho motivo, a pesar de que (i) el Real Decreto-ley 11/2020 estableció que solo quedarían suspendidas las operaciones de portabilidad para las que fuera necesaria la presencia de los operadores en los domicilios de los clientes y (ii) mediante Resolución de 5 de abril de 2020, esta Comisión estableció determinadas medidas para seguir garantizando precisamente la portabilidad fija de todas las numeraciones de tarifas especiales, por no requerir ningún tipo de desplazamiento del personal técnico ni del cliente para la activación de los servicios prestados a través de estas, y de aquellas portabilidades de números fijos geográficos que no necesitaran el desplazamiento del técnico al domicilio del cliente; esta resolución fue confirmada por la Resolución de 28 de abril de 2020.

Además, sobre la paralización de las portabilidades por exceso del cupo de solicitudes a tramitar por Incotel SA como operador donante, cabe indicar que la referida Resolución de 28 de abril de 2020, si bien estableció una limitación de los cupos de solicitudes de numeración fija geográfica y múltiple, no limitó los cupos establecidos en la ETPF³⁵ para las numeraciones fijas de tarifas especiales (50 solicitudes diarias por operador donante, aplicándose por la ER la revisión automática de dicho cupo según el mecanismo establecido en la citada especificación)³⁶.

En su escrito de 26 de mayo de 2020 (folios 2844 a 2852), Alai alegó que había tenido conocimiento de que, mientras a ella se le paralizaban las portabilidades por exceso del cupo de Incotel SA como operador donante, la mayor cantidad de portabilidades cursadas por esta operadora, durante el mes de abril de 2020, habrían sido portabilidades “internas”, es decir, portabilidades en las que tanto el operador donante como el operador receptor pertenecen a alguna operadora del Grupo Dialoga.

A través del escrito de contestación a un requerimiento de información de la AOP, de 30 de noviembre de 2020, se acredita que, entre el 1 de enero y el 11 de noviembre de 2020, Incotel SA donó vía portabilidad un total de 4.637 numeraciones fijas, de las que 3.878 fueron intragrupo, es decir, donadas a alguna operadora perteneciente a su grupo empresarial³⁷.

³⁵ Ver apartado 6 de la ETPF, modificado por la Resolución de 28 de noviembre de 2019 (PORT/DTSA/002/16).

³⁶ Esta medida provisional fue confirmada mediante Resolución de 28 de abril de 2020.

³⁷ Este hecho fue manifestado también por Telefónica en su escrito de 11 de enero de 2021.

Además, la AOP acreditó y señaló en dicho escrito que *“Cabe resaltar que más del 50% de las portabilidades ejecutadas durante los meses de abril y mayo fueron realizadas por los 6 operadores del Grupo Dialoga, y ello pese a haber declarado, como se desprende de sus propios emails (ver SNCDTSA06020 - Anexo 3.2.zip), que no estaban capacitados para realizar portabilidades durante el periodo del estado de alarma”*.

Esta información refrenda lo alegado por Alai, sobre la saturación del cupo de solicitudes por parte de Incotel SA mediante la realización de portabilidades internas hacia empresas de su grupo.

Por último, sobre las denegaciones de la ER debido a la modificación de la fecha de la ventana de cambio propuesta por Alai, cabe indicar que conforme establece la ETPF en su apartado 5.1.4, relativo a las *“Interacciones/mensajes en función del proceso: básico o asegurado”* (ver punto 14 del *“PASO 3 – “Validación de las solicitudes por el operador donante”*), el operador donante está obligado a respetar la fecha de la ventana de cambio propuesta por el operador receptor si esta está dentro del plazo máximo permitido (30 días desde que el usuario solicitó la portabilidad).

La ETPF prevé que, solo en el caso que el operador donante provea el acceso mayorista, dicho operador podrá modificar la ventana de cambio del operador receptor y sustituirla por la ventana de cambio asociada al proceso de provisión de acceso, siempre que dicho plazo esté dentro del máximo fijado en la correspondiente oferta. Sin embargo, esta situación no concurría con el cliente de Alai.

- A raíz de estas denegaciones y paralizaciones de la portabilidad, de la información aportada por la AOP se prueba que Alai registró el 15 de abril de 2020 una incidencia en el SGI que envió a Incotel SA, la cual nunca contestó y se dio por finalizada el 22 de mayo de 2020 al confirmar finalmente las solicitudes de portabilidad de las cinco numeraciones 902 de continua referencia.

Además, Alai envió a Incotel SA un burofax y correo electrónico de 6 y 17 de abril de 2020, respectivamente (folios 2745 a 2753 y 2773 a 2775), requiriéndole que tramitara las portabilidades de las líneas del cliente empresarial, no atendiendo Incotel SA sus peticiones. De hecho, sin aportar justificación alguna, el representante legal del Grupo Dialoga comunicó a la AOP, a través de un correo electrónico de 2 de abril de 2020, que Incotel SA no iba a *“poder aceptar portabilidades durante el periodo de emergencia”*, tal y como la AOP acredita en su citado escrito de 30 de noviembre de 2020 (folios 1534 y 2754 a 2771).

- Finalmente, Incotel SA portó las cinco numeraciones 902 del cliente empresarial que quería cambiar de operador hacia Alai con ventana de cambio el 14 de mayo de 2020.

Estos hechos expuestos prueban que, durante el periodo comprendido entre marzo y mayo de 2020, Incotel SA estuvo denegando sin justificación las solicitudes de portabilidad cursadas por Alai sobre cinco (5) numeraciones pertenecientes a un usuario empresarial, mediante el uso indebido de diferentes causas de denegación establecidas en la ETPF e impidiendo su tramitación, por dejar expirar los temporizadores críticos (W), por limitar su cupo de solicitudes de portabilidad mediante la realización de portabilidades intragrupo, por no respetar la fecha de la ventana de cambio propuesta por Alai, y por negarse a aceptar las portabilidades durante el estado de alarma, lo que provocó retrasos en el cambio de operador solicitado por el usuario de casi dos meses. Las portabilidades se dieron una vez se interpuso conflicto de portabilidad ante esta Comisión frente a Incotel SA y los demás operadores afectados, por lo que no puede concluirse que se atendieran voluntariamente.

Además, se ha probado que Incotel SA dejó sin contestar la incidencia interpuesta por Alai en el SGI con la finalidad de que cursara las solicitudes que estaba denegando injustificadamente.

4.- Conclusiones del Hecho Probado

Del análisis de todas las pruebas descritas y, principalmente, de las copias de las solicitudes de portabilidad firmadas por los clientes y de los informes aportados por la AOP, se acredita que, entre enero de 2018 y octubre de 2020, Incotel SA retrasó e impidió la portabilidad de, al menos, noventa y seis (96) numeraciones fijas pertenecientes a cincuenta y seis (56) clientes, en su mayoría empresariales, haciendo un uso injustificado de las causas de denegación reguladas en la ETPF e impidiendo su tramitación al, dejar expirar los tiempos para validar o denegar las solicitudes, saturar los cupos de solicitudes mediante portabilidades intragrupo, negarse a aceptar portabilidades durante el estado de alarma, modificar indebidamente la fecha de la ventana de cambio indicada por Alai y no contestar las incidencias abiertas por los operadores en el SGI para solucionar las citadas denegaciones sucesivas.

En particular, dichas pruebas demuestran que Incotel SA, mediante el uso de dicha práctica durante el periodo indicado, impidió el ejercicio del derecho de los usuarios afectados a cambiar de operador conservando su numeración en las fechas indicadas en sus solicitudes.

Consta en el expediente administrativo un archivo Excel (folio 6035) en el que se enumeran cada uno de los procesos de portabilidad denegados por Dialoga, sobre las ciento ochenta y cinco numeraciones fijas, desglosadas por operador receptor afectado, elaborado en base a la información analizada y los datos acreditados en este Hecho Probado.

A los anteriores Antecedentes y Hechos Probados les son de aplicación los siguientes

FUNDAMENTOS DE DERECHO

I. FUNDAMENTOS JURÍDICOS PROCEDIMENTALES

PRIMERO. - Objeto del procedimiento sancionador y análisis de las alegaciones efectuadas por el inculpado sobre su posible caducidad, la indefensión causada, y la indebida tramitación del expediente e insuficiente individualización de los cargos

De conformidad con el acuerdo de incoación, el objeto del presente procedimiento sancionador consiste en determinar si Incotel ha incumplido la Resolución de 7 de mayo de 2015, de aprobación de las Especificaciones Técnicas de Portabilidad Fija (ETPF).

A continuación, se analizan las alegaciones relativas a la tramitación del procedimiento presentadas por el inculpado en su escrito de fecha 6 de agosto de 2021.

1.1.- Sobre la posible caducidad del expediente

En las páginas 14 a 17 de su escrito de alegaciones de 6 de agosto de 2021, la empresa inculpada señala una posible caducidad del expediente, en aplicación del artículo 25.1.b) LPAC, por considerar que también debería computarse el período de información previa en el plazo máximo de un año para la tramitación del expediente sancionador previsto en el artículo 84.4 LGTel.

Sin embargo, debe recordarse lo señalado por el Tribunal Supremo en el Fundamento Séptimo de la Sentencia nº 1123/2017 de 26 de junio de 2017 (RC 03/2468/2015) relativa a una resolución sancionadora dictada por esta Comisión, que excluye las diligencias o informaciones previas del cómputo de la caducidad en los procedimientos sancionadores:

*En igual sentido, las sentencias de esta sala de 14 de junio de 2013 (recurso 3568/2010) y 30 de septiembre de 2014 (recurso 4327/2011), reiteran que **el día inicial del cómputo del plazo de caducidad es la fecha de incoación del procedimiento sancionador, y que el instituto de la caducidad no es aplicable a la fase preliminar de investigación.***

Y, en este caso concreto, como se desprende del Antecedente de Hecho Sexto, el acuerdo de incoación es de fecha 15 de octubre de 2020, por lo que no cabe apreciar la concurrencia de caducidad del procedimiento.

1.2.- Sobre la imposibilidad de acceder al expediente administrativo con suficiente antelación y posible indefensión

En las páginas 17 a 19 de su escrito de alegaciones de 6 de agosto de 2021 la inculpada alega la imposibilidad de acceder al contenido del expediente con suficiente tiempo, lo que le habría producido una presunta indefensión. Concretamente, en la página 18 del escrito declara que:

(....) la remisión tardía del expediente sancionador, con tan sólo unos días de margen para formular alegaciones, teniendo especialmente en cuenta el volumen y complejidad de la documentación incorporada en dicho expediente, como ya avanzamos, ha generado clara indefensión material a esta parte.

En este sentido, se señala en primer lugar que el acceso al expediente administrativo tuvo lugar el 26 de julio de 2021, mientras que el plazo de alegaciones del trámite de audiencia vencía el 6 de agosto de 2021.

Por un lado, debe indicarse que esta Comisión, ya desde el inicio o incoación del presente procedimiento, ha comunicado a las empresas del Grupo Dialoga que podían consultar el expediente administrativo, a medida que se incorporaba nueva documentación al mismo. Sin embargo, los inculcados en ocasiones no han accedido al contenido de las notificaciones remitidas pese a saber que las habían recibido, siéndoles de aplicación los artículos 43.2 LPAC (rechazo de notificación electrónica transcurridos 10 días naturales desde puesta a disposición) y 41.5 LPAC (la notificación rechazada se considera efectuada). Ello sucedió, por ejemplo, en el caso de la notificación de la resolución de incorporación de la documentación procedente del expediente nº CFT/DTSA/155/19, rechazada por todos los inculcados (folios 1538 a 1553).

Y, por otro lado, la mayor parte de la documentación que obra en el expediente ya era conocida y estaba en posesión de la inculpada y el resto de empresas del Grupo Dialoga en el momento del trámite de audiencia, ya que: (i) una parte importante de la misma ha sido aportada por las mismas *motu proprio* o en respuesta a requerimientos de información; y (ii) otra parte importante procede de otros procedimientos previos en los que la inculpada y el resto de empresas de su Grupo ya son o fueron parte, y tuvieron acceso a los expedientes administrativos de los mismos: nos referimos a los expedientes IFP/DTSA/034/19 (véase Antecedente de Hecho Primero), CFT/DTSA/155/19 y CFT/DTSA/075/20 (véase Antecedente de Hecho Sexto) y parte del SNC/DTSA/051/20 (véase Antecedente de Hecho Octavo).

Por tanto, cabe concluir que en este caso no ha concurrido indefensión material, circunstancia exigida para apreciar indefensión, entre otras, por la Sentencia del Tribunal Supremo nº 1561/2020 de 19 de noviembre de 2020 (RC 03/5465/2019).

1.3.- Sobre la indebida tramitación del procedimiento e insuficiente individualización de los cargos

En las páginas 18 a 20 de su escrito de 6 de agosto de 2021 la inculpada alega una indebida tramitación del procedimiento junto a una insuficiente individualización de los cargos. Así, en la página 20 argumenta que:

Comoquiera que la Propuesta de Resolución, pese a tratar de enmendar impropiamente las carencias del Acuerdo de Incoación, no altera la calificación inicial de los hechos, interesa recordar que la Sociedad no puede incurrir en infracción ni sanción de ninguna clase por acciones u omisiones atribuibles a cualesquiera otras operadoras del GRUPO DIALOGA incluidas en el Acuerdo de Incoación, que, como tales, tienen su propia personalidad.

Al respecto, debe señalarse que, tal y como se desprende de los hechos probados, no solamente la inculpada sino el resto de empresas del mismo Grupo Dialoga participaron en las actuaciones infractoras. Así se desprende de los apartados 3.2 y 3.3 de los hechos probados³⁸. No obstante, en esta resolución únicamente son objeto de análisis y calificación los hechos imputados a la inculpada y no las restantes empresas del Grupo.

También se ha de poner de manifiesto que la tramitación de un sólo procedimiento sancionador para todas las empresas del Grupo Dialoga implicadas en los hechos a sancionar no ha supuesto merma alguna en la individualización tanto de los hechos probados como en la cuantificación de las sanciones, como puede comprobarse tanto en los Hechos Probados como en el Fundamento Material Cuarto relativo a la determinación y cuantificación de la sanción.

En este sentido se recuerda que se hicieron requerimientos de información individualizados a cada operador inculcado, y que una vez finalizada la instrucción del procedimiento se notificó una propuesta de resolución sancionadora individual para cada empresa, con hechos probados, calificación jurídica y determinación de la sanción individualizadas para cada operador; y el procedimiento se resuelve asimismo mediante una resolución individual para cada empresa, todo lo cual facilita la defensa individualizada de cada operador sancionado y la posibilidad de recurrir la resolución en vía judicial. En consecuencia, es evidente que se ha garantizado en todo momento el derecho de defensa de cada operador y por tanto esta alegación sobre la presunta indefensión por falta de individualización suficiente no se ajusta a la realidad.

³⁸ En el apartado 3.2 de los hechos probados consta que: *El 4 de diciembre de 2019 Colt planteó un conflicto de portabilidad contra Opera y otras cinco empresas de su grupo empresarial por denegar reiteradamente, en calidad de operadores donantes, las solicitudes de portabilidad de un cliente . Y en el apartado 3.3 se dice que: Con fecha 30 de abril de 2020, Alai interpuso un conflicto de portabilidad frente a Opera y otras cuatro empresas de su grupo empresarial, en relación con la denegación de las solicitudes de portabilidad de las siguientes dos (2) numeraciones fijas de un total de veinte (20) pertenecientes a un usuario empresarial.*

Por último, debe señalarse nuevamente el hecho de la pertenencia de las empresas imputadas en este procedimiento al mismo Grupo Empresarial Dialoga, en el que los 6 operadores han señalado la misma persona física como representante. Una pertenencia que, como señaló el Tribunal Supremo en el Fundamento Noveno de su Sentencia de 16 de diciembre de 2015 (RC 03/1973/2014)³⁹ supone muchas veces una atribución o distribución de recursos entre las empresas del grupo, y, en este caso, de numeración. De hecho, tal y como se ha expuesto en los Hechos Probados, a los clientes empresariales de Colt y Alai les suministraban numeraciones varias o todas las empresas del Grupo Dialoga, operando de hecho como una sola empresa, así como otros trámites y requerimientos de información a terceros (AOP, Telefónica, etc.), que se realizaron de forma única; todo lo cual justifica la tramitación unificada del procedimiento sancionador hasta la redacción de las propuestas de resolución individualizadas.

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

Las competencias de la CNMC para intervenir resultan de lo dispuesto en la normativa sectorial. Tal y como señala el artículo 6.5 de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (LCNMC), corresponde a la CNMC *“realizar las funciones atribuidas por la Ley 32/2003⁴⁰, de 3 de noviembre, y su normativa de desarrollo”*.

En el ejercicio de sus funciones en el ámbito de la portabilidad numérica, esta Comisión está habilitada para supervisar la actuación de los operadores, entre otras cuestiones, para salvaguardar la protección de un interés general, como es el derecho de los usuarios a cambiar de operador conservando su numeración, previo su consentimiento informado, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 21 y 47 de la Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones (LGTel).

En concreto, el artículo 70.2.f) de la LGTel establece que compete a la CNMC *“fijar las características y condiciones para la conservación de los números en aplicación de los aspectos técnicos y administrativos que mediante real decreto se establezcan para que ésta se lleve a cabo”*.

³⁹ *“En resumen, se admite la transmisión en la responsabilidad sancionadora tanto de filiales a matrices, como a las sucesoras de las entidades infractoras. No se renuncia a la aplicación a las personas jurídicas, de los principios de culpabilidad y responsabilidad personal o personalidad de las sanciones. Por ello, la transmisión se articula sobre las ideas de “unidad económica” (son ilustrativas en este punto las reflexiones contenidas en algunas de las sentencias que hemos citado sobre la atribución de recursos entre las empresas del grupo); “unidad de decisión”, pues la imputación por la infracción se realiza al centro decisorio del que deriva la voluntad y por ello la culpa en la infracción; “vínculos organizativos y económicos” porque implican coordinación en la acción económica y empresarial.”*

⁴⁰ Actualmente Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones.

A tales efectos, el Reglamento sobre mercados de comunicaciones electrónicas, acceso a las redes y numeración, aprobado por el Real Decreto 2296/2004, de 10 de diciembre, establece en su artículo 43 la competencia de esta Comisión para adoptar las soluciones técnicas y administrativas aplicables, cuando sea preciso para dar cumplimiento a lo establecido en la normativa sobre conservación de la numeración en caso de cambio de operador.

En ejercicio de tales competencias, mediante Resolución de 7 de mayo de 2015 se aprobó la ETPF⁴¹, que han de seguir todos los operadores con recursos de numeración geográfica o de tarifas especiales.

Por otro lado, como se ha señalado anteriormente, con motivo de la declaración del estado de alarma y la aprobación de los Reales Decretos-leyes analizados en la presente resolución, el 5 y el 28 de abril de 2020 esta Comisión adoptó dos resoluciones (de medidas provisionales sobre el régimen de portabilidad de la numeración móvil y fija durante el estado de alarma⁴², y de medidas definitivas -PORT/DTSA/001/20-).

De conformidad con el artículo 84 de la LGTel, así como los artículos 6.5 y 29 de la LCNMC, esta Comisión tiene atribuido el ejercicio de la potestad sancionadora. En particular, el artículo 84.2 de la citada Ley establece que la potestad sancionadora corresponderá:

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

En aplicación de los preceptos citados, la CNMC tiene competencia para conocer la conducta de Incotel SA determinada en el hecho probado y resolver sobre el posible incumplimiento de las Resoluciones de 7 de mayo de 2015 y de 5 y 28 de abril de 2020 -artículos 76.12 y 77.27 de la LGTel-.

Atendiendo a lo previsto en los artículos 20.2, 21.2 y 29 de la LCNMC y en los artículos 14.1 y 21 del Estatuto Orgánico de la CNMC, aprobado por el Real Decreto 657/2013, de 30 de agosto, el órgano competente para incoar y resolver el presente procedimiento sancionador es la Sala de Supervisión Regulatoria de la CNMC.

Por otra parte, según lo previsto en el artículo 63 de la LPAC y lo establecido en el apartado 2 del artículo 29 de la LCNMC, *“[p]ara el ejercicio de la potestad sancionadora, se garantizará la debida separación funcional entre la fase*

⁴¹ Ver nota al pie 1.

⁴² El estado de alarma declarado mediante el Real Decreto 463/2020 de 14 de marzo, se prorrogó hasta en seis ocasiones (27 de marzo, 10 de abril, 24 de abril, 8 de mayo, 24 de mayo y 5 de junio de 2020).

instructora, que corresponderá al personal de la dirección correspondiente en virtud de la materia, y la resolutoria, que corresponderá al Consejo”.

De esta manera, la instrucción de los procedimientos sancionadores, de acuerdo con lo previsto en los artículos 25.1.b) de la LCNMC y 18.1 y 21.b) y 22 del Estatuto Orgánico de la CNMC, aprobado mediante Real Decreto 657/2013, de 30 de agosto, corresponde a la Dirección de Telecomunicaciones y del Sector Audiovisual (DTSA), habiendo sido la instructora nombrada a través del acuerdo de incoación del presente expediente -Antecedente Tercero-.

TERCERO.- Sobre la ley aplicable al presente procedimiento

En cuanto a la norma aplicable al procedimiento, resultan de aplicación los artículos 2 y 12 de la LCNMC y 84.4 de la LGTel. En aplicación del referido artículo 2, resulta de aplicación la precitada LPAC y la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (LRJSP).

II FUNDAMENTOS JURÍDICOS MATERIALES

PRIMERO.- Tipificación de los Hechos Probados

El presente procedimiento sancionador se inició ante la posible comisión de una infracción tipificada en el artículo 76.12 de la LGTel, que califica como infracción muy grave el incumplimiento de las resoluciones firmes en vía administrativa adoptadas por la CNMC en el ejercicio de sus funciones en materia de comunicaciones electrónicas, con excepción de las que lleve a cabo en el procedimiento arbitral, previo sometimiento voluntario de las partes.

En particular, tal y como consta en los Fundamentos de Derecho Primero y Segundo del acuerdo de inicio del presente procedimiento sancionador, de 15 de octubre de 2020, el expediente se incoó contra Incotel SA debido a que *“del análisis de la información recabada en el marco de la información previa IFP/DTSA/034/19, se desprenden suficientes indicios de que las seis operadoras del Grupo Dialoga, como operadores donantes, indebidamente, han podido (i) utilizar diferentes causas de denegación sin causa justificada, (ii) dejar expirar el plazo para validar las solicitudes de portabilidad registradas por los operadores receptores Telefónica, Grupalia, Premium Voice y Colt (mensaje W), y (iii) no contestar las incidencias abiertas por estos operadores a través del SGI, presuntamente, para impedir o retrasar a sus clientes el cambio de operador con conservación de su numeración geográfica o de red inteligente (prefijos 900 y 902) hacia los referidos operadores receptores, durante los años 2018, 2019 y 2020, afectando con su posible conducta a una cantidad considerable de numeraciones⁴³ (mayoritariamente de titularidad de empresas o de autónomos).*

(...)

⁴³ “Ver el fichero Excel sobre el listado de posibles numeraciones afectadas, que se anexa a este acuerdo”.

Habida cuenta de lo anterior, la Sala de Supervisión Regulatoria de la CNMC considera que existen indicios suficientemente razonables del posible incumplimiento de la normativa sectorial en materia de portabilidad por parte de Dialoga, Incotel, Opera, Contacta, Incotel SA e IGB, susceptibles de motivar la incoación de un procedimiento sancionador contra estas operadoras, en los términos establecidos por los artículos 55, 58, 59 y 63 de la LPAC. Por ello, a través del presente acuerdo se procede a la incoación de sendos procedimientos sancionadores contra dichos operadores, de conformidad con el artículo 64 de la LPAC”.

El citado artículo 64 de la LPAC establece que en el acuerdo de incoación del procedimiento han de constar los hechos que lo motivan, su posible calificación y las sanciones que pudieran corresponder, “*sin perjuicio de lo que resulte de la instrucción*”.

A continuación, se analiza la regulación en materia de portabilidad a la que está sujeta Incotel SA como prestador del servicio telefónico fijo a través del uso de numeración geográfica y de tarifas especiales, cuando actúa en calidad de operador donante, teniendo en cuenta lo dispuesto en la ETPF, y se valoran las alegaciones presentadas por esta operadora durante la instrucción del procedimiento, sobre la no tipicidad de la conducta por cuyos indicios se ha incoado el presente procedimiento.

1.1 Sobre el incumplimiento de la Resolución de 7 de mayo de 2015, sobre la modificación de la ETPF

La conservación de la numeración o portabilidad es un derecho esencial de los abonados al servicio telefónico disponible al público, siendo responsabilidad de los operadores el sostenimiento de los sistemas que lo permiten.

El artículo 21 de la LGTel establece que los operadores garantizarán, de conformidad con lo establecido en el artículo 47⁴⁴, que los abonados con números del plan nacional de numeración telefónica puedan conservar, previa solicitud, los números que les hayan sido asignados, con independencia del operador que preste el servicio, con el objeto de dotar de garantías y seguridad jurídica a los procesos de portabilidad iniciados por los usuarios ante un cambio de operador.

En uso de esta habilitación competencial otorgada en el artículo 43.1 del Reglamento de mercados, acceso y numeración, la CNMC dictó la Resolución de 7 de mayo de 2015, por la que se aprobó la ETPF. Esta resolución fue modificada posteriormente mediante Resoluciones de 28 de noviembre de 2019

⁴⁴ En concreto, el citado artículo 47 de esta Ley reconoce en su apartado 1.c) el derecho del usuario a cambiar de operador, con conservación de los números del plan nacional de numeración telefónica en los supuestos en que así se contemple, en el plazo máximo de un día laborable.

(PORT/DTSA/002/16) y 19 de noviembre de 2020 (PORT/DTSA/002/20), que fijaron el 30 de noviembre de 2020 como fecha máxima para que los operadores tuvieran operativos los cambios aprobados en ambas resoluciones. Sin embargo, algunas modificaciones que se aprobaron en la Resolución de 28 de noviembre de 2019, como los límites máximos de los cupos diarios de solicitudes, se acometieron con anterioridad a dicha fecha máxima⁴⁵, por lo que la regulación de los cupos de la Resolución de 28 de noviembre de 2019 es de aplicación a los hechos objeto de análisis en este procedimiento (que se producen durante los meses que estuvo declarado el estado de alarma en 2020).

La ETPF describe los procesos y roles adoptados por los actores intervinientes en los procesos de portabilidad, y una serie de secuencias de interacción que se ejecutan mediante el envío de mensajes intercambiados entre ellos a través de la ER, con el mínimo impacto posible en la calidad del servicio que recibe el cliente. En concreto, la ETPF recoge los intercambios de mensajería, los plazos y condiciones en que deben ser realizados los procesos de portabilidad, las causas de denegación de las solicitudes y el proceso de gestión de las incidencias que puedan surgir en los procedimientos.

El procedimiento administrativo de la portabilidad fija se desarrolla en los siguientes pasos, siendo los más relevantes a los efectos de este procedimiento los pasos 1 y 3:

Paso 0 (previo)	Preparación del acceso físico
Paso 1	Envío del fichero SP a la ER El operador receptor genera en la ER un mensaje SP por cada solicitud de portabilidad recibida. Se indicará la fecha y hora de inicio de la ventana de cambio ⁴⁶ .
Paso 2	Procesamiento de ficheros SP por la ER La ER procesa los ficheros SP depositados cada día por los operadores en sus buzones, a partir de las 21:00h. La ER comprobará la correcta estructura de los ficheros y validará cada solicitud incluida en los mismos. Como parte de la verificación que la ER debe realizar sobre el contenido de los SP, se deberá validar que el campo “Fecha y hora de inicio de la ventana deseada” esté dentro del plazo mínimo y máximo para portar, es decir, <u>siendo el mínimo plazo por defecto de un día en el proceso básico y dos días en el proceso asegurado, con respecto al envío de la solicitud por parte del usuario, y el máximo 30 días.</u>
Paso 3	Validación de las solicitudes por el operador donante El operador donante recogerá los ficheros SP disponibles en su buzón a partir de las 07:00h y realizará las correspondientes validaciones de las solicitudes. Las denegaciones han de ajustarse a unas causas tasadas.

⁴⁵ Tal y como comunicó la AOP a esta Comisión a través de un correo de 26 de febrero de 2020 (ver Antecedente de Hecho Décimo Quinto).

⁴⁶ Es el plazo de tiempo determinado por la fecha, hora de inicio y su duración, dentro del cual los operadores del dominio de encaminamiento de portabilidad habrán de hacer las necesarias actuaciones en planta, así como en predios del abonado si fuera preciso. Durante este periodo no será posible garantizar al usuario el correcto funcionamiento del servicio.

Paso 4	Generación del fichero de confirmaciones CP En este paso la ER procesa los ficheros de respuestas de los operadores y genera los correspondientes ficheros de confirmaciones.
Paso 5	Generación del fichero de portabilidades no cancelables La ER genera un fichero con las portabilidades no cancelables, en el que se incluyan todas las solicitudes confirmadas no canceladas que deben realizarse en las ventanas de cambio del día siguiente a su publicación.
Paso 6	Ejecución de la portabilidad en la ventana de cambio Los operadores realizarán las modificaciones y cambios en sus bases de datos para actualizar los encaminamientos hacia los números portados, en las ventanas de cambio especificadas. En el caso del proceso básico la ventana de cambio por defecto empezará a las 08:00h de la mañana, salvo que el usuario haya especificado otra distinta. En el caso del proceso asegurado las ventanas de cambio se distribuyen a lo largo del día.

El apartado 13 de la ETPF recoge los requisitos mínimos que ha de cumplir la solicitud de portabilidad del abonado, que envía el operador receptor al operador donante, y que origina la puesta en marcha del procedimiento administrativo previsto.

Con el fin de conservar el número, la solicitud por parte del abonado de alta en el nuevo operador incluye una petición a éste para tramitar su baja en el operador actual. A tal fin, dicha petición debe ser efectuada por el abonado, mediante cualquier medio que permita tener constancia de la misma, comunicando su deseo de causar baja y de conservar su numeración. Con respecto a la solicitud, la ETPF prevé que:

“Es el operador receptor el responsable de que dicha solicitud sea perfectamente válida. Dicha solicitud servirá como garantía de la decisión inequívoca del abonado de cambiar de operador conservando su numeración, para ello el abonado deberá quedar perfectamente identificado de manera que no existan dudas respecto del objetivo último de dicha solicitud. Asimismo, el operador receptor directamente o mediante algún agente intermediario deberá asegurarse de la identidad del abonado para evitar que se pueda cursar una solicitud sin la autorización expresa del propio abonado que ha contratado el servicio previamente con el operador donante”.

En concreto, la solicitud de portabilidad de **abonados empresariales** debe contener al menos la siguiente información:

- Denominación de la entidad abonada
- Domicilio
- CIF (actual NIF)
- Nombre del representante
- Números individuales y/o rangos de numeración
- Tipo de acceso
- Operador Receptor
- Operador Donante
- Horario para el cambio preferido por el abonado

- Consentimiento expreso del abonado a portar toda la numeración del grupo de salto asociado a los números indicados
- Lugar / Fecha / Confirmación del representante / Sello de la Entidad o DNI y cargo del representante.

Asimismo, la referida Especificación Técnica señala que, para facilitar la validación del abonado por parte del operador donante, “[s]e recomienda presentar los datos que constaban en la última factura correspondiente con el operador donante”.

Están previstas también las interacciones directas entre los operadores y con el abonado:

- a) Un abonado de un operador (donante) solicita el alta del servicio a otro operador (receptor), incluyendo un requerimiento específico de conservación de la numeración de abonado.
- b) El operador receptor efectuará las oportunas verificaciones sobre la validez de la solicitud y planificará las actuaciones a realizar por él mismo o en cooperación con el operador donante. En el caso de que la solicitud de portabilidad sea relativa a un operador revendedor receptor, la solicitud será gestionada por su correspondiente operador receptor.
- c) Durante el plazo de seis meses a contar desde la activación del servicio al cliente, el operador donante (o revendedor donante) podrá exigir las copias originales al operador receptor (o revendedor receptor), de hasta un porcentaje del 5% de las solicitudes de portabilidad que reciba, en el caso de que existan dudas justificadas sobre la acreditación del consentimiento del cliente

El apartado 5.1.5 de la Especificación técnica recoge como causas de denegación de la solicitud de cambio, por el operador donante, las siguientes:

- *Por causas justificadas de fuerza mayor (huelgas, catástrofes naturales, etc.).*
- *Numeración inactiva.*
- *Falta de correspondencia entre numeración y abonado identificado por su DNI/NIF/CIF⁴⁷.*
- *Falta de correspondencia entre numeración y administrativo/identificador del proceso mayorista⁴⁸.*
- *Tipo de acceso incorrecto.*
- *Falta de validación por parte del operador revendedor.*

⁴⁷ “El operador donante no podrá denegar una solicitud por el hecho de que el operador receptor no le haya proporcionado toda la numeración asociada, si al menos se incluye el número de cabecera y el operador receptor ha indicado que dispone del consentimiento expreso del abonado a portar toda la numeración asociada. Ver capítulo relacionado con los cupos y tipología de las solicitudes de portabilidad”

⁴⁸ Sólo aplicable en caso de solicitudes de portabilidad asociadas a solicitudes de desagregación de bucle.

- *Cualquier otra causa que pueda ser acordada voluntariamente entre los operadores, dentro del marco legal”.*

Los operadores sólo pueden rechazar las solicitudes de portabilidad por las causas expresamente tasadas en el anterior apartado. De conformidad con las mismas, no es posible esgrimir una causa tasada para amparar una causa no recogida en la Especificación técnica o utilizar una causa de denegación para fines distintos a los establecidos. Por lo tanto, el uso indebido de las causas de denegación supone una infracción del apartado 5.1.5 de la ETPF.

Asimismo, la ETPF regula las causas que pueden provocar errores durante el proceso de portabilidad que, cuando lo detecta la ER, generan la denegación de la solicitud. Entre estos errores se encuentra aquel en el que el operador donante no pone a disposición de la ER el fichero de respuestas (validación o denegación de las solicitudes de portabilidad) en el plazo establecido⁴⁹, es decir, que se detecta la expiración de un temporizador crítico del proceso de portabilidad. Además, la ER puede detectar que no coincide la fecha propuesta para realizar el cambio de operador, que indica el usuario y registra el operador receptor, con la fecha de la ventana de cambio que se establece tras la validación de la solicitud por parte del operador donante.

En ambos casos la ER mandará mensajes W a los operadores intervinientes en el proceso, indicando el error detectado (apartados 5.1.6 y 12.8 de la ETPF).

También la ER puede paralizar las solicitudes si comprueba que se ha superado el cupo diario de solicitudes fijado a los operadores donantes según el tipo de portabilidad solicitada (apartados 5.1.4 y 12.2 de la ETPF).

Respecto al plazo del proceso de portabilidad, se contempla en términos generales el plazo de un día hábil, con alguna excepción⁵⁰.

Pues bien, en el caso presente se ha determinado (Hecho Probado Único) que, entre enero de 2018 y octubre de 2020, Incotel SA retrasó e impidió la portabilidad de, al menos, noventa seis (96) numeraciones fijas pertenecientes a cincuenta y seis (56) clientes, en su mayoría empresariales, haciendo un uso injustificado de las causas de denegación reguladas en las ETPF, dejando expirar los tiempos para validar o denegar las solicitudes, saturando los cupos de solicitudes mediante portabilidades intragrupo, modificando indebidamente la fecha de la ventana de cambio indicada por Alai y no contestando las incidencias abiertas por los operadores en el SGI para solucionar las citadas denegaciones sucesivas.

⁴⁹ Por regla general medio día -proceso básico- o un día hábil, este último solo en caso de que un operador revendedor donante tenga que validar la solicitud de portabilidad fija –proceso asegurado- (ver apartado 5.1.1 de la ETPF).

⁵⁰ Por ejemplo, si el usuario solicita que la portabilidad se haga efectiva en un plazo diferido de máximo 30 días naturales contados a partir de la fecha de solicitud.

En particular, como se ha probado, debido a dicha conducta Incotel SA no respetó el derecho de los usuarios empresariales afectados a cambiar de operador en la fecha indicada en sus solicitudes de portabilidad, provocando un incremento de las cargas administrativas los operadores receptores y la pérdida de posibles clientes, por el desistimiento de estos a seguir solicitando la portabilidad de sus líneas debido al retraso acumulado para cambiar de operador.

Esta conducta de Incotel SA supone un incumplimiento muy grave de la Resolución, de 7 de mayo de 2015, de modificación de la especificación técnica de los procedimientos administrativos para la conservación de numeración fija en caso de cambio de operador.

1.2 Sobre el incumplimiento de las Resoluciones, de 5 y 28 de abril de 2020, de adopción de determinadas medidas sobre el régimen de portabilidad de la numeración durante el periodo de estado de alarma declarado por el Real Decreto 463/2020

Como ya se ha indicado al inicio del Hecho Probado Único y en el Fundamento Jurídico Procedimental Segundo, el 5 de abril de 2020 la CNMC adoptó mediante Resolución una medida provisional en relación con el régimen de la portabilidad durante el estado de alarma, regulando el proceso de incremento de los cupos de tramitación de las solicitudes de portabilidad móvil y estableciendo los cupos limitados para la portabilidad fija.

Dicha medida se dictó porque mediante los ya citados Reales Decretos-leyes 8/2020 y 11/2020 se limitó la posibilidad de atender solicitudes de portabilidad, permitiendo solo aquellas para cuya provisión no fuera necesaria la presencia ni de los operadores involucrados o sus agentes ni del usuario (artículo 20).

En concreto, la Resolución de 5 de abril de 2020 dispuso que la *“modificación del artículo 20 permitiría realizar y cursar con normalidad:*

- (i) aquellas portabilidades móviles que puedan ejecutarse sin necesidad de que el cliente se desplace o pueda ser actualizada over-the-air,*
- (ii) todas las portabilidades fijas de numeraciones de tarifas especiales, y*
- (iii) aquellas portabilidades de números fijos geográficos que no necesiten desplazamiento del técnico al domicilio del cliente”.*

Asimismo, se señaló que *“las solicitudes de portabilidad que se cursan a través de las plataformas de portabilidad centralizadas -Nodo Central en móvil y Entidad de Referencia en fija- no incluyen información que permita distinguir si es necesario el desplazamiento del cliente o del técnico al domicilio del cliente. Por consiguiente, no existe un mecanismo o procedimiento en las especificaciones*

de portabilidad que posibilite discernir si las portabilidades requieren de desplazamiento o no”.

Además, esta resolución dispuso también la medida provisional de adoptar durante la declaración del estado de alarma en relación con la portabilidad fija, consistente en establecer un límite técnico transitorio en el cupo de solicitudes a cursar por operador receptor de 50 portabilidades al día, habida cuenta de que, en la mayoría de los casos, es necesario el desplazamiento de personal al domicilio del abonado.

Conforme a lo establecido en el Resuelve Cuarto de dicha Resolución, estas medidas fueron eficaces desde el día siguiente al de su notificación, siendo realizado dicho acto el mismo 5 de abril de 2020.

El 28 de abril de 2020 la CNMC aprobó la Resolución por la que dichas medidas provisionales se convirtieron en definitivas mientras durase el estado de alarma (hasta el 21 de junio de 2020), con algunos matices. En concreto, respecto a los cupos de solicitudes a tramitar en la portabilidad fija, se determinó lo siguiente:

“se entiende justificado establecer un límite técnico temporal en dicho cupo por operador receptor de 50 portabilidades al día, durante el periodo de vigencia de las limitaciones en el ámbito de la portabilidad que se han decretado durante el estado de alarma, al amparo del Real Decreto-ley 8/2020, modificado por el Real Decreto-ley 11/2020.

*Asimismo, dado que las portabilidades de tipo múltiple están vinculadas generalmente a cambios de operador de empresas, y frecuentemente implicando portabilidades de múltiples sedes, se entiende que la casi totalidad de estas portabilidades requerirá de modificaciones en los accesos del cliente empresarial y, por tanto, de desplazamiento de personal a la sede del cliente. En consecuencia, se entiende justificado **establecer un cupo por operador donante de 4 solicitudes diarias, durante el periodo de vigencia de las limitaciones en el ámbito de la portabilidad que se han decretado durante el estado de alarma, con independencia del valor que cada operador tuviera atribuido con anterioridad.***

*Por último, con respecto a los cupos aplicables a las portabilidades de numeración de red inteligente, dado que esta tipología no requiere de desplazamiento del personal técnico ni del cliente, todas las portabilidades de numeración de red inteligente pueden ser realizadas con normalidad. Por tanto, se deberá **restablecer el cupo mínimo establecido en la especificación, de 50 solicitudes diarias por operador donante, aplicándose la revisión automática de dicho cupo según lo establecido en la misma especificación**”.*

En el Hecho Probado Único se ha determinado que Incotel SA empezó a denegar las solicitudes de portabilidad cursadas por Alai relativas a 5 numeraciones 902, alegando injustificadamente la causa de denegación “Otras causas acordadas por operadores”, e indicando como motivo “RD 8/2020: COVID19 suspensión portabilidad”, entre el 20 de marzo y el 29 de abril de 2020. Además, se ha acreditado que la ER también denegaba las solicitudes de portabilidad de Alai,

indicando “*Aviso solicitud puesta en cola por superación de cupo*”, entre el 30 de abril y el 14 de mayo de 2020, debido a que Incotel SA saturaba su cupo mediante portabilidades internas a empresas de su grupo empresarial.

Esta situación se produjo porque, sin acreditación alguna sobre sus motivos y de forma generalizada, Incotel SA indicó a la AOP, en un correo electrónico de 2 de abril de 2020, que no iba a “*poder aceptar portabilidades durante el periodo de emergencia*”.

A la vista de estos hechos y teniendo en cuenta los cupos establecidos en la ETPF y la regulación excepcional de la portabilidad fija establecida de forma transitoria durante el estado de alarma, se concluye que la conducta descrita de Incotel SA ha supuesto el incumplimiento de las citadas Resoluciones de 7 de mayo de 2015 (ETPF), y de 5 y 28 de abril de 2020, en relación con las portabilidades analizadas de Alai.

1.3 Alegaciones de Incotel SA sobre la tipicidad de su conducta infractora

A través de sus escritos de 18 de noviembre de 2020 y de 22 de marzo y 13 de abril de 2021, Incotel SA niega los hechos por los que se le incoó el presente procedimiento administrativo sancionador, al considerar que no ha incurrido en ninguna de las presuntas actuaciones infractoras que se le imputan, por lo que solicita el archivo del expediente. Además, esta operadora alega que “[A] lo largo del acuerdo de incoación, como en las actuaciones previas, se hace referencia general a presuntos incumplimientos de los seis (6) operadores denunciados, pero sin referencia individualizada de los presuntos hechos infractores de cada uno de los operadores”.

Esta operadora también considera que el artículo 76.12 de la LGTel “*se remite de forma genérica a los resoluciones firmes en vía administrativa, sin indicación de que tipo de resoluciones, ni su contenido, ni los elementos esenciales de la conducta infractora que se pretende sancionar, más allá de la genérica e imprecisa remisión al incumplimiento de resoluciones administrativas firmes, dándose por ello una infracción del principio de tipicidad y de reserva de ley, no siendo posible sancionar a mi representada por un incumplimiento de la Resolución de la CNMC de 7 de mayo de 2015 por la que se aprobó la ETPF*”. Dichas manifestaciones son reiteradas en las páginas 27 a 41 del escrito de la operadora de 6 de agosto de 2021. Concretamente, sobre la posible vulneración del principio de legalidad y la falta de tipicidad del incumplimiento de Especificaciones Técnicas de Portabilidad Fija aprobadas por esta Comisión, las Sentencias de la Audiencia Nacional de 1 de diciembre de 2017, (recurso nº PO 08/571/2016) y de 20 de abril de 2018 (recurso nº PO 08/574/2016) han admitido expresamente la tipicidad de esta modalidad infractora:

(...) En cuanto a la falta de tipicidad, como ya señaló la Administración, la diferencia de redacción entre la LGTel del 2003 y la del 2014 en este concreto extremo no es sino la inclusión de la referencia a que las decisiones de la Comisión

*correspondiente, antes CMT ahora CNMC han de ser "firmes", y tal inclusión **no comporta en modo alguno la exclusión de cualquier incumplimiento de ETPM pues dichas Especificaciones Técnicas de Portabilidad Móvil son resoluciones administrativas firmes.***

En consideración y respuesta a las manifestaciones de Incotel SA, se indica que los elementos de juicio de la presunta conducta infractora cometida por esta operadora y el resto de operadoras de su grupo empresarial fueron señalados en el acuerdo de incoación del presente procedimiento, al que se adjuntó una tabla elaborada en base a la información recabada durante el periodo de información previa, en la que se relacionaba a cada operadora con la numeración afectada por su supuesta infracción cometida. Además, parte de los indicios señalados en dicho acuerdo ya habían sido expuestos en los procedimientos de conflicto en los que habían sido parte cada una de las operadoras del Grupo Dialoga, que se incorporaron al expediente de actuaciones previas y que se citaron en los antecedentes del referido acuerdo de incoación. El acuerdo de incoación, en consecuencia, cumplió con las indicaciones legales contenidas en el artículo 64 de la LPAC, que obliga a la Administración a determinar los hechos que motivan la incoación del procedimiento, su posible calificación y las sanciones que pudieran corresponder, *"sin perjuicio de lo que resulte de la instrucción"*.

La determinación exacta de la conducta por la que se incoó este procedimiento a Incotel SA se ha concretado en el Hecho Probado Único y a lo largo de lo dispuesto en el presente Fundamento Jurídico Material de esta resolución.

Además, se señala que la jurisprudencia⁵¹ del Tribunal Supremo establece que el menoscabo de la *"auctoritas"* de esta Comisión (bien jurídico lesionado mediante la conducta infractora de referencia) se consuma *"por el simple hecho de no ejecutar sus mandatos, sin que se requiera un dolo específico dirigido a ello ni la existencia de efectos perjudiciales a terceros (...)"*. Ello debido a *"**la importancia del fiel y puntual cumplimiento de las resoluciones de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones para el buen funcionamiento del sector de las telecomunicaciones, sometido como ya se ha indicado antes a una situación de extraordinaria movilidad, lo que otorga una especial gravedad a la deliberada inexecución u obstaculización de dichas resoluciones** [...]"* (la negrita es nuestra).

Incotel SA como prestadora del servicio telefónico fijo desde marzo de 2004⁵², que actúa como operador donante y receptor en materia de portabilidad fija y ha de cumplir su obligación de garantizar la conservación de los números de los abonados, conforme establece la LGTel y su normativa de desarrollo⁵³, es

⁵¹ Ver Sentencias de fecha 10 de diciembre de 2006 (RJ 2007\166 -no se dispone del núm. del recurso-), 14 de diciembre de 2007 (núm. 1341/2005) y 21 de octubre de 2014 (núm. 2319/2011).

⁵² Según consta en el Registro de Operadores que gestiona esta Comisión (RO 2004/512).

⁵³ Ver letra c) del artículo 20 del Reglamento sobre las condiciones para la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas, el servicio universal y la protección de los usuarios, aprobado por el Real Decreto 424/2005, de 15 de abril.

perfectamente conocedora de la existencia de cada una de las resoluciones infringidas a través de su conducta y de la importancia que tiene su cumplimiento para garantizar no solo el derecho de los usuarios a cambiar de operador con conservación de su numeración, sino también para fomentar la competencia.

Es por ello que, a efectos de la tipicidad de la conducta, esta operadora no puede alegar el desconocimiento de que su actuación fuera contraria a dichas resoluciones y que su incumplimiento no suponga la comisión de la infracción prevista en el artículo 76.12 de la LGTel. Como Incotel SA conoce, el artículo 76.12 de la LGTel se integra por el contenido de las resoluciones que este organismo dicta, y siendo estas claras y precisas, no puede sostenerse la existencia de un tipo penal en blanco, como alega dicha operadora. Por consiguiente, no se considera procedente el archivo del presente expediente solicitado por la operadora inculpada.

1.4 Conclusión

Una vez analizada la conducta infractora llevada a cabo por Incotel SA, acreditada a través de los antecedentes y el Hecho Probado Único y concretada en el presente fundamento jurídico material, se concluye que entre enero de 2018 y octubre de 2020 Incotel SA ha incumplido las referidas Resoluciones de 7 de mayo de 2015, modificada parcialmente por la Resolución de 28 de noviembre de 2019, y de 5 y 28 de abril de 2020.

Estos incumplimientos han sido cometidos por esta operadora como consecuencia de haber estado (i) denegando de forma injustificada y reiterada las solicitudes de portabilidad de, al menos, 96 numeraciones fijas, provocando su denegación o paralización por la ER y (ii) no contestando las incidencias abiertas por los operadores en el SGI para solucionar las denegaciones sucesivas, todo ello con el objetivo de impedir o retrasar que los clientes titulares de esas numeraciones cambiaran de operador.

Esta conducta infractora se encuentra tipificada en el artículo 76.12 de la LGTel.

SEGUNDO. - Culpabilidad en la comisión de la infracción

De conformidad con la jurisprudencia recaída en materia de Derecho Administrativo Sancionador⁵⁴, actualmente no se reconoce la responsabilidad objetiva en la comisión de una infracción, sino que se exige el elemento de la culpabilidad, lo que supone que la conducta antijurídica sea imputable a un sujeto pasivo responsable de dicha conducta (esto es, que exista un nexo psicológico entre el hecho y el sujeto).

Así se interpreta la expresión recogida por el legislador español cuando, al regular la potestad sancionadora de la Administración en el artículo 28 de la

⁵⁴ Por todas, la STS de 22 de noviembre de 2004 (RJ 2005\20).

LRJSP, establece que *“sólo podrán ser sancionados por hechos constitutivos de infracción administrativa las personas físicas y jurídicas que resulten responsables de los mismos aun a título de simple inobservancia.”*

Como se desprende del precepto anterior, en el cumplimiento de las resoluciones dictadas por este organismo, ha de ponerse aquella diligencia que resulte exigible en función de la propia naturaleza de éstas y de las circunstancias de las personas, el tiempo y el lugar. Actúa culposamente quien evita la diligencia debida en la observancia de la norma (STS citada de 22 de noviembre de 2004) y dolosamente quien quiere realizar el tipo de infracción. En la normativa sectorial de comunicaciones electrónicas podemos encontrar ambos supuestos.

Incotel SA alegó, en sus escritos de 18 de noviembre de 2020 y 22 de marzo y 13 de abril de 2021, que había constatado *“la recepción de un gran volumen de solicitudes de portabilidad de TELEFÓNICA como operador receptor enviadas a INCOTEL SERVICIOS como operador donante respecto a numeración asignada originariamente a mi representada que, no obstante, nunca ha sido atribuida a ningún usuario”. (...) “dicha práctica irregular ha sido empleada por TELEFONICA con varias finalidades ilícitas, entre ellas la de generar la apariencia de un volumen de solicitudes de portabilidad que finalmente son rechazadas o no aceptadas por INCOTEL SERVICIOS, generando con ello una situación de aparente rechazo injustificado de solicitudes de portabilidad, situación que es precisamente utilizada por TELEFONICA para interponer escrito de denuncia frente a INCOTEL SERVICIOS y otros operadores en julio de 2019”.*

Además, Incotel SA añade que *“lo mismo que se manifiesta en relación a TELEFONICA ocurre con los operadores COLT, (...)”.*

Por ello, esta operadora entiende que no pueden analizarse las actuaciones presuntamente infractoras que se la atribuyen sin que, al mismo tiempo y en el mismo expediente, se analice, valore y tomen en consideración las actuaciones y prácticas irregulares de estos operadores.

Según se indica en el Hecho Probado Único, salvo en determinadas excepciones, Telefónica y el resto de operadores afectados por la conducta infractora de Incotel SA han acreditado la solicitud de portabilidad firmada por los clientes que, como consecuencia de dicha infracción, vieron vulnerado su derecho a cambiar de operador conforme establece la normativa reguladora.

Por otro lado, si Incotel SA tenía la certeza de que los operadores estaban presentando solicitudes de portabilidad ficticias, de numeraciones inactivas o sin disponer del consentimiento del cliente, podría haberlo indicado como causa de denegación. Sin embargo, solo con respecto a la portabilidad de un cliente, denunciada por Telefónica, se señaló la existencia de la causa *“Numeración Inactiva”*. Respecto de dicha numeración, esta operadora ha acreditado la solicitud de portabilidad firmada por el usuario.

Asimismo, la ETPF permite al operador donante, una vez activado el servicio al cliente, exigir al operador receptor las copias originales de hasta un porcentaje del 5% de las solicitudes de portabilidad que reciba, en el caso de que existan dudas justificadas sobre la acreditación del consentimiento del cliente o se produzcan reclamaciones por parte de este (apartado 5.1.2).

El 19 de diciembre de 2019 esta Comisión requirió a Telefónica en el marco del expediente de actuaciones previas IFP/D TSA/034/19 (folios 250 a 257) que informara sobre si esta petición se había producido. En su escrito de contestación de 15 de enero de 2020 (folios 280 a 308) esta operadora alegó que *“No se solicitaron por parte del Grupo Dialoga copias de originales en ningún momento”*.

Por lo que se concluye que Incotel SA optó voluntariamente por denegar o provocar la paralización de las solicitudes de portabilidad de los clientes de forma reiterada, en contra de lo dispuesto por esta Comisión a través de sus resoluciones reguladoras de la portabilidad fija, en vez de hacer uso de los derechos que le reconoce la ETPF si tenía dudas sobre su consentimiento.

Es más, como se ha constatado en el Hecho Probado Único, a pesar de las reclamaciones e incidencias que le enviaron los operadores afectados por su conducta infractora, para que dejara de denegar o provocar el retraso de la tramitación de las solicitudes de portabilidad de sus clientes, e, incluso, una vez dictada por esta Comisión la Resolución de medidas provisionales, el 4 de febrero de 2020, por la que se le obligaba a portar en 10 días las numeraciones solicitadas por Colt, Incotel SA continuó con su conducta infractora hasta el mes de octubre de 2020, tal y como se ha probado.

Por tanto, se demuestra que Incotel SA fue consciente de las infracciones que estaba cometiendo en todo momento, concurriendo efectivamente el elemento de culpabilidad negado por la operadora en las páginas 21 a 27 de su escrito de alegaciones de 6 de agosto de 2021.

En conclusión, a la luz de todos los actos de instrucción llevados a cabo, se determina que la conducta tipificada como infracción muy grave es imputable a Incotel SA a título de dolo, al concurrir el elemento de culpabilidad.

En materia de incumplimiento de las disposiciones y especificaciones sobre portabilidad y culpabilidad de la empresa incumplidora, la Sentencia de la Audiencia Nacional de 04 de octubre de 2018 (recurso 563/2016) declara en su Fundamento Quinto que:

Tampoco puede aceptarse una pretendida falta de culpabilidad, pues resulta insostenible que una empresa de la enjundia de la ahora recurrente pueda desplegar su actividad en un mercado que le es propio sin pleno conocimiento y conciencia de las obligaciones o limitaciones regulatorias que le incumben. Nada empece a atribuir intencionalidad a la promotora, en ámbito administrativo sancionador en el que se puede responder a título de dolo o culpa,

ex artículo 28 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público.

La anterior conclusión no se ve afectada por la existencia de circunstancia alguna de exención o exclusión de la responsabilidad de la empresa investigada.

TERCERO.- Consideración de los hechos analizados como infracción continuada

El artículo 83.2 de la LGTel establece que las infracciones muy graves prescriben a los tres años, las graves a los dos años y las leves al año. Asimismo, se dispone que el plazo de prescripción de las infracciones comienza a computarse desde el día en que se hubieran cometido. Interrumpirá la prescripción la iniciación, con conocimiento del interesado, del procedimiento sancionador. No obstante, en el supuesto de infracción continuada, la fecha inicial del cómputo será aquella en que deje de realizarse la actividad infractora o la del último acto con que la infracción se consume.

Por su parte, el artículo 29 de la LRJSP establece que “[S]erá sancionable, como infracción continuada, la realización de una pluralidad de acciones u omisiones que infrinjan el mismo o semejantes preceptos administrativos, en ejecución de un plan preconcebido o aprovechando idéntica ocasión”.

Puesto que a lo largo de la presente resolución se ha probado y tipificado que durante el periodo comprendido entre enero de 2018 y octubre de 2020, Incotel SA habría realizado diversas prácticas que han dado lugar al incumplimiento sucesivo de lo dispuesto en diversas resoluciones dictadas por esta Comisión para regular la portabilidad fija, vulnerando su obligación de garantizar el derecho de los usuarios afectados por dichas conductas a la conservación de la numeración, cabe analizar si la conducta infractora de Incotel SA podría calificarse como continuada.

La interpretación de las condiciones requeridas para apreciar la concurrencia de una infracción continuada la ha realizado el Tribunal Supremo en diversas ocasiones, entre otras en la Sentencia de 30 de noviembre de 2004⁵⁵, con el siguiente tenor literal (núm. 6573/2001):

“Para apreciar la infracción continuada en el ámbito del Derecho administrativo sancionador, que constituye una transposición de los contornos jurídicos de esta institución referidos en el artículo 74 del Código Penal, se exige que concurren con carácter general los siguientes requisitos:

a) La ejecución de una pluralidad de actos por el mismo sujeto responsable, próximos en el tiempo, que obedezcan a una práctica homogénea en el modus

⁵⁵ Sentencia a la que se remiten otras sentencias posteriores del Tribunal Supremo como, entre otras, la Sentencia de 28 junio 2013 (núm. 1947/2010).

operandi por la utilización de medidas, instrumentos o técnicas de actuación similares.

b) La actuación del responsable con dolo unitario, en ejecución de un plan previamente concebido que se refleja en todas las acciones plurales que se ejecutan o con dolo continuado, que se proyecta en cada uno de los actos ejecutados al renovarse la voluntad infractora al presentarse una ocasión idéntica a la precedente.

c) La unidad del precepto legal vulnerado de modo que el bien jurídico lesionado sea coincidente, de igual o semejante naturaleza.”

En relación con esta última condición, el Tribunal Supremo señaló que la acción continuada se produce cuando “se fragmenta en la realización por sus empleados (de la sociedad sancionada) de una pluralidad de actos conducentes a evitar el cumplimiento (...)” de las normas aplicables (y que en el caso de autos se refería a la Circular 1/1999, de 4 de noviembre, de esta Comisión, en materia de preselección).

Aplicando los criterios a las circunstancias del presente caso, se concluye que concurre una infracción continuada entre enero de 2018 y octubre de 2020 en relación con las conductas seguidas por Incotel SA, por los siguientes motivos:

- En primer lugar, ha existido una pluralidad de actos próximos en el tiempo que se concretan en una serie de acciones homogéneas llevadas a cabo entre enero de 2018 y octubre de 2020 por parte de Incotel SA, consistentes en denegar o paralizar de forma reiterada e injustificada la tramitación de las solicitudes de portabilidad de, al menos, noventa y seis (96) numeraciones fijas que le cursaron diversos operadores receptores, haciendo un uso indebido de las causas de denegación, dejando expirar los tiempos para validar o denegar la solicitud, saturando su cupo de solicitudes diarias mediante portabilidades intragrupo, modificando indebidamente la fecha de la ventana de cambio indicada por Alai o no contestando las incidencias que algunos operadores afectados le grababan en el SGI con motivo de las denegaciones que estaban sufriendo sus solicitudes, como se ha acreditado en el Hecho Probado Único.
- En segundo lugar, se ha demostrado que ha existido una actuación dolosa por parte de Incotel SA. Tal y como se ha indicado, esta operadora era consciente de la conducta que estaba realizando. Sin embargo, justifica su actuación en la supuesta conducta -que no ha sido acreditada- de que los operadores afectados por su infracción solicitaban portabilidades de forma masiva. Asimismo, esta operadora era conocedora de la preocupación de los operadores afectados por la denegación continuada de las solicitudes y el retraso acumulado para ejecutar el cambio de operador de las numeraciones de los clientes. No obstante, Incotel SA continuó con su conducta infractora, incluso con posterioridad a la Resolución de esta Comisión, de 4 de febrero de 2020, de medidas provisionales, que obligó a

esta operadora a portar las numeraciones fijas de dos clientes hacia el operador Colt.

- En tercer lugar, existe unidad del precepto legal vulnerado que es el artículo 76.12 de la LGTel, por el incumplimiento de las Resoluciones de 7 de mayo de 2015, modificada parcialmente por la Resolución de 28 de noviembre de 2019, y de 5 y 28 de abril de 2020, todas dictadas por esta Comisión en el ejercicio de sus funciones en materia de comunicaciones electrónicas y firmes en vía administrativa.

A esta conclusión coadyuvan también los resultados sobre las conductas seguidas por las otras cinco empresas del grupo empresarial Dialoga, que se analizan en propuestas de resolución separadas en este mismo expediente sancionador.

La aplicación de la figura de la infracción continuada a las infracciones de las especificaciones en materia de portabilidad ha sido admitida, entre otras, en la Sentencia de la Audiencia Nacional 87/2015, de 25 de mayo de 2015 (recurso 26/2014), en cuyo Fundamento Segundo se indica que:

*Sobre los hechos que han dado lugar a la sanción, la resolución de la CMT de 30 de julio de 2013, luego confirmada en reposición por la CNMC, recoge un extenso y razonado "factum" (folios 4 a 12), en el que se describe en detalle la conducta depurada, **poniendo de relieve la acción continuada que justificó el expediente y subsiguiente sanción** (...).*

CUARTO. – Determinación y cuantificación de la sanción

4.1.- Límite legal de la cuantía de la sanción

La LGTel establece en su artículo 80 las reglas para fijar la cuantía máxima de las sanciones que pueden imponerse por las infracciones que prevé. Además, el artículo 79 de la LGTel fija una cuantía máxima en caso de que no pueda cuantificarse la sanción con arreglo al beneficio económico obtenido por el infractor.

En el presente caso, la conducta antijurídica cometida por Incotel SA consiste en el incumplimiento de las referidas Resoluciones de 7 de mayo de 2015 y de 5 y 28 de abril de 2020 -tipo infractor contenido en el artículo 76.12 de la LGTel-.

De conformidad con el artículo 79.1.a) del mismo texto legal, la sanción que puede ser impuesta por la comisión de una infracción administrativa calificada como muy grave es la siguiente:

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

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

Por consiguiente, siguiendo lo dispuesto en la normativa citada sobre el límite legal de la sanción a imponer por la comisión de la infracción continuada, se tendrá en cuenta el límite máximo que fija la LGTel para las infracciones muy graves, por incumplir las resoluciones firmes en vía administrativa dictadas por esta Comisión, que es (i) el quíntuplo del beneficio obtenido como consecuencia de la comisión de la infracción o, si no puede determinarse el beneficio, (ii) veinte millones (20.000.000) de euros.

Por este motivo, y en primer lugar, ha de determinarse si es posible cuantificar el beneficio bruto obtenido por la comisión de la infracción cometida. A este respecto, se señala que no ha sido posible determinar el beneficio directo obtenido por Incotel SA por la comisión de la conducta infractora que se le imputa, debido a que se desconocen todos los posibles clientes que ha retenido y las facturaciones de servicios que haya podido continuar cobrando a cada uno de los clientes mientras retrasaba la tramitación de sus solicitudes de portabilidad, las cuales podían variar considerablemente dependiendo del cliente y del tipo de servicio prestado por Incotel SA a estos⁵⁶ a través de las numeraciones fijas afectadas (telefónico disponible al público, de fax, para call centers, de tarificación adicional,...), a la vista de varias copias de facturas aportadas por algunos de los operadores receptores afectados.

Por ello, a los efectos del cálculo de la sanción a imponer a esta operadora no podrá tomarse como criterio el beneficio bruto obtenido por la comisión de la infracción que se le imputa. En consecuencia, la sanción máxima que se podrá imponer a la entidad asciende a veinte millones (20.000.000) de euros, no existiendo límite para el establecimiento de la cuantía mínima de las sanciones.

4.2.- Aplicación de los criterios legales de graduación de las sanciones

En este epígrafe se procede a analizar qué criterios de graduación de la sanción han de tenerse en consideración, de conformidad con el artículo 80 de la LGTel y el artículo 29.3 de la LRJSP.

El artículo 80.1 de la LGTel establece que la cuantía de la sanción que se imponga se graduará teniendo en cuenta lo siguiente:

⁵⁶Dependiendo del servicio prestado por Incotel SA, estas facturaciones mensuales podían variar y ser, por ejemplo, de 258 euros/mes, como acreditó Telefónica respecto de un cliente en su escrito de 31 de marzo de 2020.

“a) La gravedad de las infracciones cometidas anteriormente por el sujeto al que se sanciona.

b) La repercusión social de las infracciones.

c) El beneficio que haya reportado al infractor el hecho objeto de la infracción.

d) El daño causado y su reparación.

e) El cumplimiento voluntario de las medidas cautelares que, en su caso, se impongan en el procedimiento sancionador.

f) La negativa u obstrucción al acceso a las instalaciones o a facilitar la información o documentación requerida.

g) El cese de la actividad infractora, previamente o durante la tramitación del expediente sancionador”.

Según el artículo 80.2 de la LGTel,

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

Por su parte, el artículo 29.3 de la LRJSP señala que:

“En la determinación normativa del régimen sancionador, así como en la imposición de sanciones por las Administraciones Públicas se deberá observar la debida idoneidad y necesidad de la sanción a imponer y su adecuación a la gravedad del hecho constitutivo de la infracción. La graduación de la sanción considerará especialmente los siguientes criterios:

a) El grado de culpabilidad o la existencia de intencionalidad.

b) La continuidad o persistencia en la conducta infractora.

c) La naturaleza de los perjuicios causados.

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

De los criterios anteriores, se considera que no concurre ningún criterio de graduación atenuante de la sanción a imponer, pero sí concurren los siguientes criterios agravantes:

1. Intencionalidad (art.29.3.a) LRJSP: de lo revelado en Hecho Probado Único y en el Fundamento Jurídico Material Primero (Tipificación) se acredita que Incotel SA tuvo una especial intencionalidad en cometer la infracción continuada que se le imputa, con el objeto de impedir o retrasar el cambio de operador de sus clientes, a la vista del periodo imputado, los diversos usuarios y operadores receptores afectados y las reiteradas reclamaciones e incidencias que estos operadores le enviaron por distintas vías sin que Incotel SA las contestara o solucionara.

2. Naturaleza de los perjuicios causados (art.29.3.c) LRJSP: el incumplimiento continuado de las resoluciones indicadas ha ocasionado perjuicios a:

- (i) los usuarios finales, por vulnerar la voluntad de estos a cambiar de operador en la fecha elegida e impedirles beneficiarse de las condiciones técnicas y económicas de prestación de los servicios contratadas a los nuevos operadores (Telefónica, Colt y Alai).
- (ii) los citados operadores, por los costes incurridos en la gestión de cada una de las solicitudes de portabilidad que sucesivamente denegaba o paralizaba Incotel SA a través de su conducta infractora y la pérdida de ingresos por los servicios que podrían haber prestado a los clientes que vieron retrasada su portabilidad o que desistieron del cambio de operador debido los retrasos acumulados. Así lo alegó y acreditó Colt en su escrito de 28 de diciembre de 2020 y se analiza en las Resoluciones que finalizaron los conflictos analizados en el Hecho Probado Único.

4.3 Cuantificación de la sanción

En aras de respetar el principio de proporcionalidad en la imposición de la sanción, se ha de tener en cuenta la situación económica de la entidad imputada (artículo 80.2 de la LGTel). A tales efectos, este artículo dispone que cabría considerar el patrimonio y sus ingresos, y, en caso de que sea persona física -lo que no sucede en este supuesto-, sus cargas familiares y sus circunstancias personales.

En atención al citado artículo 80.2 de la LGTel, en este procedimiento se considerará la situación económica de Incotel SA. Para su valoración se han tomado en cuenta los datos que constan en esta Comisión, sobre los ingresos brutos de explotación relativos al ejercicio 2018 declarados para el cálculo del importe de la Tasa General de Operadores a satisfacer⁵⁷, y los recabados a través de la base de datos de Registradores de España en relación con las cuentas depositadas en el Registro Mercantil de Bizkaia relativas al ejercicio 2019 (folios 5463 a 5467 y 5373 a 5412), no habiendo aportado Incotel SA ningún otro dato sobre este punto tras habérselo requerido.

En concreto, los ingresos brutos de explotación obtenidos por esta operadora por la prestación del servicio telefónico fijo en el año 2018 fueron de **[CONFIDENCIAL TERCEROS]**.

Además, las cifras de negocio netas obtenidas por Incotel SA durante 2018 y 2019 fueron de **[CONFIDENCIAL TERCEROS]**, siendo su patrimonio neto en 2019 de **[CONFIDENCIAL TERCEROS]**.

Para determinar la cuantía de la sanción hay que tener en cuenta los límites legales y los criterios concurrentes anteriormente citados para graduar la

⁵⁷ No se dispone de los datos de la TGO de los ejercicios siguientes por no haber sido aún requeridos a los operadores.

sanción, además de lo dispuesto en el artículo 29.2 de la LRJSP, según el cual *“el establecimiento de sanciones pecuniarias deberá prever que la comisión de las infracciones tipificadas no resulte más beneficioso para el infractor que el cumplimiento de las normas infringidas”*. Por ello y en atención a lo dispuesto en el apartado anterior, en primer término ha de procurarse determinarse el beneficio obtenido por la comisión de la infracción.

En este contexto, *“la Administración debe guardar la debida proporcionalidad entre la sanción impuesta, la infracción cometida y las circunstancias de toda índole que en ella concurren”* (Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 20 de febrero de 1998; rec. núm. 03/4007/1995). Y este principio de proporcionalidad se entiende cumplido cuando *“las facultades reconocidas a la Administración para determinar la cuantía de la sanción concretada en la multa de cien mil pesetas, habían sido desarrolladas, en ponderación de los datos obrantes en el expediente, dentro de los límites permisibles y en perfecta congruencia y proporcionalidad con la infracción cometida”* (Sentencia de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo de 28 de mayo de 1991).

La aplicación de estos criterios otorga a esta Comisión un cierto grado de flexibilidad a la hora de fijar la cuantía máxima aplicable en cada caso, respetando así el principio de proporcionalidad y disuasión⁵⁸.

Al hilo de lo anterior, tal y como establece el artículo 29.4 de la LRJSP, cuando lo justifique la debida adecuación entre la sanción que deban aplicarse con la gravedad del hecho constitutivo de la infracción y las circunstancias concurrentes, el órgano competente para resolver podrá imponer la sanción en su grado mínimo.

A la vista de las anteriores consideraciones, de los criterios de graduación de la sanción determinados y de la situación económica de Incotel SA, se tendrán en cuenta los siguientes hechos para la individualización de la sanción a imponer:

- Se imputa a Incotel SA la comisión de una infracción tipificada como muy grave de forma continuada, dado el periodo de tiempo que ha durado la conducta sancionable.
- Esta infracción ha sido cometida a título de dolo.
- Nos encontramos ante una infracción continuada.
- No ha sido posible determinar el beneficio bruto obtenido por Incotel SA por la comisión de la infracción cometida. Por tanto, la cifra de 20 millones de euros fijada por el artículo 79.1.a) de la LGTel, es la que ha de ser tomada como límite máximo de la sanción a imponer.

⁵⁸ Al respecto cabe citar la STS de 8 de octubre de 2001 (núm. 60/1995).

- Se ha apreciado la concurrencia de dos criterios agravantes de la conducta en la graduación de la sanción a imponer a Incotel SA por la comisión de la infracción imputada: la especial intencionalidad y la naturaleza de los perjuicios ocasionados a los usuarios y operadores afectados.
- En cuanto a la situación económica de Incotel SA, que se tendrá en cuenta a la hora de fijar la sanción, se ha determinado que esta operadora obtuvo en 2018 unos ingresos brutos de explotación por los servicios de telefonía fija de **[CONFIDENCIAL TERCEROS]**. Además, las cifras de negocio netas obtenidas por Incotel SA durante 2018 y 2019 fueron de **[CONFIDENCIAL TERCEROS]**.
- Asimismo, conforme al principio de proporcionalidad enunciado en el artículo 29.2 de la LRJSP, el establecimiento de la sanción debe prever que la comisión de la infracción no resulte más beneficiosa para el infractor que el cumplimiento de la norma infringida.

Analizadas las circunstancias concurrentes antes expuestas, esta Sala considera que en la sanción propuesta por el órgano instructor en el presente expediente el carácter continuado de la infracción ya se ha tenido en cuenta en la cuantificación inicial junto a otros elementos de la conducta tipificada que inciden en este aspecto. Por ello, se considera procedente reducir la sanción en este punto.

En atención a todo lo anterior, al principio de proporcionalidad que debe presidir la actividad sancionadora de la Administración y a los criterios de graduación establecidos en el artículo 29.3 de la LRJSP y en el artículo 80.1 de la LGTel, se considera que procede imponer a Incotel SA una sanción de **sesenta y cuatro mil euros (64.000,00 €)**, por el incumplimiento de las Resoluciones de 7 de mayo de 2015 y de 5 y 28 de abril de 2020.

Por otro lado, frente a la presunta desproporción e incorrecta graduación de la sanción alegada por la imputada en las páginas 41 a 51 de su escrito de alegaciones de 6 de agosto de 2021, y sin perjuicio de la corrección antes efectuada, hay que indicar que, en el presente procedimiento sancionador a los 6 operadores del Grupo Dialoga, a los 2 operadores con mayores ingresos brutos en el ejercicio 2018 y mayor volumen de cifra de negocios en 2019 (Dialoga y Opera), se les han impuesto las sanciones más altas, y también se han tenido en cuenta el volumen de infracciones. Por tanto, cabe responder que en el presente procedimiento se ha respetado el principio de proporcionalidad en la graduación de las sanciones de cada uno de los operadores sancionados.

Y en el supuesto concreto de Incotel SA, se ha considerado especialmente el elevado número de líneas fijas y clientes empresariales afectados por la infracción (96 líneas fijas de 56 clientes empresariales), número únicamente

superado por otra empresa del Grupo (Dialoga, con 185 líneas fijas de 20 clientes empresariales afectados)

En este sentido, debe recordarse que la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 1445/2018 de 1 de octubre de 2018 (RC 03/2599/2016) consideró el importe de los ingresos brutos obtenidos en el ejercicio para calificar la menor o mayor gravedad de la conducta del operador.

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

RESUELVE

PRIMERO.- Declarar responsable directo a Incotel Servicios Avanzados, S.A. de la comisión de una infracción continuada muy grave tipificada en el artículo 76.12 de la Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones, por haber incumplido las Resoluciones de la Sala de Supervisión Regulatoria, de 7 de mayo de 2015 y de 5 y 28 de abril de 2020, que aprobaron la especificación técnica de los procedimientos administrativos para la conservación de la numeración geográfica y de servicios de tarifas especiales y de numeración personal en caso de cambio de operador y el régimen de la portabilidad durante el estado de alarma.

SEGUNDO.- Imponer a Incotel Servicios Avanzados, S.A. una sanción por importe de **sesenta y cuatro mil euros (64.000,00 €)** por la anterior conducta.

Comuníquese esta Resolución a la Dirección de Telecomunicaciones y del Sector Audiovisual y notifíquese al interesado. haciéndole saber que pone fin a la vía administrativa y que contra ella podrá interponer directamente recurso contencioso-administrativo ante la Audiencia Nacional en el plazo de dos meses a partir del día siguiente al de su notificación.

VOTO PARTICULAR que emite el Consejero Xabier Ormaetxea Garai en el procedimiento sancionador SNC/DTSA/060/20 incoado a las empresas del Grupo DIALOGA (Dialoga, Opera, Incotel S.A. Incotel, IGB y Contacta) por **EL PRESUNTO INCUMPLIMIENTO DE LA RESOLUCIÓN DE 7 DE MAYO DE 2015 DE APROBACIÓN DE LA ESPECIFICACIÓN TÉCNICA DE PORTABILIDAD FIJA**, aprobada por la Sala de Supervisión Regulatoria de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia en su sesión de 7 de octubre de 2021.

El Consejero que suscribe reitera su voto negativo al acuerdo citado y en consecuencia con el mismo presenta este voto particular para que conste adjunto a la resolución, en base a las siguientes consideraciones:

- **PRIMERA: Discrepancia con el método de cálculo utilizado.**

El artículo 79.1.a) de la LGTel expresa con claridad que la sanción que puede ser impuesta por la comisión de una infracción administrativa calificada como muy grave es la siguiente:

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

Por tanto, en primer lugar, el expediente ha de determinar si es posible cuantificar el beneficio bruto obtenido por la comisión de la infracción cometida.

A este respecto, se señala que no ha sido posible determinar el beneficio directo obtenido por Dialoga por la comisión de la conducta infractora que se le imputa debido a que se desconocen todos los posibles clientes que ha retenido y las facturaciones de servicios que haya podido continuar cobrando a cada uno de los clientes mientras retrasaba la tramitación de sus solicitudes de portabilidad.

El Consejero que suscribe el presente voto particular discrepa de la apreciación de que es imposible el cálculo de dicho beneficio ya que en las alegaciones de la infractora se han incluido 5 documentos del programa informático Excel en los que se detallan los números de teléfono que no fueron portados en el plazo correcto, el tiempo en que dichos números fueron retenidos hasta realizarse la portabilidad y la facturación de cada uno de estos números de teléfono.

Dichas hojas Excel pormenorizadas no se han hecho constar en el texto de la resolución sancionadora ni se ha desvirtuado su veracidad, por lo que si no se ha atacado su veracidad no puede obviarse su presentación ni darse por inexistentes o inválidas.

En consecuencia, con el contenido de las mismas, este Consejero propuso la aplicación de las siguientes sanciones:

CONTACTA:	1.082'97	Cuádruplo:	4.331'88
IGB:	947'18	Cuádruplo:	3.788'72
INCOTEL:	491'34	Cuádruplo:	1.965'36
INCOTEL Servicios:	9.926'50	Cuádruplo:	39.706
OPERA:	4.277'58	Cuádruplo:	17.110'32
DIALOGA:	19.967'08	Cuádruplo:	79.868'32

Para la base de dichos importes no se ha tenido en cuenta el beneficio bruto obtenido sino el total de la facturación de cada número durante el tiempo en el que el mismo fue retenido y no se procedió a su portabilidad.

- **SEGUNDA: Sanción desproporcionada.**

Según el artículo 80.2 de la LGTel:

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

La sanción impuesta es desproporcionada y supone un porcentaje muy elevado de los beneficios anuales de las empresas sancionadas. Su aplicación causaría daños muy graves a la situación económica de las mismas. El importe total de las mismas, aun habiendo sido rebajado por la Sala de Supervisión Regulatoria de la propuesta inicial desde 1.062.000.- € hasta la finalmente impuesta de 717.500.- €, sigue siendo un importe muy alto en proporción a la situación financiera y patrimonial de las empresas sancionadas, lo que podría poner en peligro su continuidad empresarial.

En Madrid, a 11 de octubre de 2021