

RESOLUCIÓN SOBRE LA SOLICITUD DE MEDIDAS PROVISIONALES DE PROCONO EN EL CONFLICTO DE ACCESO Y PORTABILIDAD PLANTEADO FRENTE A ORANGE POR EL RETRASO EN EL INICIO DE LA MIGRACIÓN DE OPERADOR DE ACCESO MAYORISTA

(CFT/DTSA/298/24)

SALA DE SUPERVISIÓN REGULATORIA

Presidenta

D.^a Pilar Sánchez Núñez

Consejeros

D. Josep Maria Salas Prat

D. Carlos Aguilar Paredes

Secretario

D. Miguel Bordiu García-Ovies

En Madrid, a 12 de diciembre de 2024

De acuerdo con la función establecida en el artículo 6.4 de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la CNMC, la Sala de la Supervisión Regulatoria resuelve:

I. ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. Escrito de interposición de conflicto por parte de Procono

Con fecha 10 de octubre de 2024 tuvo entrada en el registro de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) un escrito de Procono S.A. (en adelante, Procono) mediante el cual plantea un conflicto, en calidad de operador móvil virtual (OMV completo), contra Orange Espagne S.A.U. (en adelante, Orange, su actual operador mayorista de acceso móvil –host–) por su presunta responsabilidad en el retraso en el inicio de la migración de las líneas móviles de sus clientes (en adelante, migración) hacia Vodafone España S.A.U. (en adelante, Vodafone) en calidad de nuevo operador de acceso móvil.

En concreto, Procono solicita a la CNMC que: i) se pida a la Asociación de Operadores para la Portabilidad Móvil (AOPM) prueba de que se facilitó a Orange, el 29 de mayo de 2024, toda la información necesaria para que pudiera llevar a cabo la configuración del nuevo código de operador bajo la red de Vodafone en el Nodo Central de portabilidad móvil, ii) se determine si los retrasos en la migración son atribuibles a Orange y, en su caso, se incoe el correspondiente expediente sancionador, iii) se determine si los precios que pretende aplicar Orange por la extensión de plazo del contrato mayorista de acceso móvil a partir del 1 de enero de 2025 son abusivos y iv) se investigue si la fuga de clientes de Procono a Orange desde el mes de julio de 2024 ha podido ser resultado de alguna práctica desleal.

En su escrito, Procono solicita asimismo la adopción de varias medidas provisionales, consistentes en:

1. Obligar a Orange a tener sus redes y sistemas debidamente habilitados el día 15 de octubre de 2024, para el correcto encaminamiento de las llamadas de manera que la migración se pueda iniciar ese día.
2. Obligar a Orange al mantenimiento de las condiciones económicas vigentes en el contrato hasta que Procono finalice la migración, y a la facturación por los servicios efectivamente prestados a los clientes que no hayan podido migrar el 15 de octubre de 2024, y no en base a una facturación mínima mensual.
3. Determinar que Orange es la responsable de asumir el coste de **[CONFIDENCIAL TERCEROS]** euros presupuestado y asociado a los trabajos de configuración necesarios para el correcto encaminamiento de las llamadas durante el proceso de migración.

4. Acordar el cese de las actuaciones que pudiera estar ejecutando Orange o sus distribuidores en cuanto a captación de clientes de forma supuestamente desleal.

Por último, Procono también pide que se imponga a Orange multas coercitivas de 15.000 euros diarios en caso de que no cumpla con la fecha del 15 de octubre de 2024 para poder comenzar la migración.

Segundo. Comunicación de inicio del procedimiento y requerimiento de información

Mediante sendos escritos de la Directora de Telecomunicaciones y del Sector Audiovisual (DTSA) de la CNMC de fecha 23 de octubre de 2024, se comunicó a los interesados, Procono y Orange, el inicio del presente procedimiento administrativo para la resolución del conflicto de acceso y portabilidad planteado por Procono, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 4 y 21.4 párrafo segundo, de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPAC). A través de dicho acto, se dio traslado a Orange del escrito presentado por Procono.

Asimismo, se requirió a las partes interesadas y a la AOPM determinada información necesaria para la resolución del procedimiento, al amparo de lo dispuesto en el artículo 73.1 y 75 de la LPAC.

Tercero. Contestación a los requerimientos de información de la AOPM, Procono y Orange

Con fechas 31 de octubre y 15 y 22 de noviembre de 2024 tuvieron entrada en el registro de esta Comisión los escritos de contestación a los requerimientos de información de la AOPM, Procono y Orange, respectivamente¹.

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

¹ El 4 y 6 de noviembre de 2024 Orange y Procono solicitaron la ampliación del plazo inicial de 10 días otorgado a ambas para responder los requerimientos, lo que se les concedió por 5 días adicionales.

II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS PROCEDIMENTALES

Primero. Habilitación competencial

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 CNMC (LCNMC), este organismo “*supervisará y controlará el correcto funcionamiento de los mercados de comunicaciones electrónicas*”, *correspondiéndole a estos efectos “realizar las funciones atribuidas por la [Ley General de Telecomunicaciones], y su normativa de desarrollo.”*

Los artículos 28 y 100.2.j) de la Ley 11/2022, de 28 de junio, General de Telecomunicaciones (LGTel) otorgan a la CNMC la competencia para resolver los conflictos que se susciten, a petición de cualquiera de las partes interesadas, en relación con las obligaciones existentes en virtud de dicha ley y su normativa de desarrollo entre operadores, entre operadores y otras entidades que se beneficien de las obligaciones de acceso e interconexión o entre operadores y proveedores de recursos asociados, sin perjuicio de que puedan adoptarse medidas provisionales hasta el momento en que se dicte la resolución definitiva.

Entre las obligaciones establecidas en la LGTel, que han de cumplir los operadores, el artículo 33 establece que “*Los operadores garantizarán, de conformidad con lo establecido en el artículo 65.1.e) y en el artículo 70, que los usuarios finales con números del plan nacional de numeración puedan conservar, previa solicitud, los números que les hayan sido asignados, con independencia del operador que preste el servicio. Mediante real decreto se fijarán los supuestos a los que sea de aplicación la conservación de números, así como los aspectos técnicos y administrativos necesarios para que esta se lleve a cabo. En aplicación de este real decreto y su normativa de desarrollo, la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia podrá fijar, mediante circular, características y condiciones para la conservación de los números*”.

En la actualidad, se encuentra en vigor el Reglamento sobre mercados de comunicaciones electrónicas, acceso a las redes y numeración, aprobado por el Real Decreto 2296/2004, de 10 de diciembre (Reglamento de Mercados²), que

² De acuerdo con la Disposición transitoria primera de la LGTel que dispone que “*Las normas reglamentarias en materia de telecomunicaciones vigentes con anterioridad a la entrada en vigor*

regula el derecho a la conservación de la numeración en sus artículos 42 a 46. En su artículo 43, y en línea con lo indicado en el artículo 33 de la LGTel, dispone que “[c]uando sea preciso para dar cumplimiento a la normativa vigente sobre conservación de números, la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones establecerá y hará públicas las soluciones técnicas y administrativas aplicables”. En ejercicio de esta competencia, la CNMC acordó la Resolución, de 4 de mayo de 2017, por la que se modificó la Especificación Técnica de Portabilidad Móvil (ETPM)³.

Asimismo, los artículos 6.4 y 12.1.a) de la LCNMC, disponen que esta Comisión es competente para la resolución de conflictos entre operadores en materia de obligaciones de interconexión y acceso.

Por consiguiente, atendiendo a los preceptos anteriores y a lo previsto en los artículos 20.1 y 21.2 de la LCNMC, y en virtud del artículo 14.1.b) del Estatuto Orgánico de la CNMC, aprobado por el Real Decreto 657/2013, de 30 de agosto, el órgano competente para resolver el presente procedimiento es la Sala de Supervisión Regulatoria de la CNMC.

Por último, este procedimiento, en lo no previsto por la LCNMC y la LGTel, se regirá por lo establecido en la LPAC.

Segundo. Habilitación legal para la adopción de medidas provisionales

La facultad de dictar medidas provisionales está recogida en el artículo 28.2 de la LGTel, así como en el artículo 56 de la LPAC, norma por la cual se rige esta Comisión en el ejercicio de las funciones públicas que la LCNMC y la LGTel le atribuyen para la resolución del procedimiento de referencia.

Así, de conformidad con el artículo 56.1 de la LPAC, la CNMC puede adoptar medidas provisionales en los siguientes términos:

de la presente ley o dictadas en desarrollo de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones o de la Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones, continuarán vigentes en lo que no se opongan a esta ley, hasta que se apruebe su normativa de desarrollo”.

³ PORT/DTSA/001/16 Resolución por la que se modifican las especificaciones técnicas de los procedimientos administrativos para la conservación de numeración móvil en caso de cambio de operador.

Especificación Técnica de los Procedimientos Administrativos para la Conservación de Numeración Móvil en caso de Cambio de Operador (Portabilidad Móvil). Modelo Centralizado.

<https://www.cnmc.es/ambitos-de-actuacion/telecomunicaciones/portabilidad>

“Iniciado el procedimiento, el órgano administrativo competente para resolver, podrá adoptar, de oficio o a instancia de parte y de forma motivada, las medidas provisionales que estime oportunas para asegurar la eficacia de la resolución que pudiera recaer, si existiesen elementos de juicio suficientes para ello, de acuerdo con los principios de proporcionalidad, efectividad y menor onerosidad”.

Conforme a esa misma disposición, el órgano administrativo competente para dictar las mencionadas medidas provisionales es la Sala de Supervisión Regulatoria de la CNMC, en virtud de lo dispuesto en el artículo 8.2.e), en relación con el artículo 14, del Estatuto Orgánico de la CNMC.

III. FUNDAMENTOS JURÍDICOS MATERIALES

Primero. Medidas provisionales solicitadas por Procono

El objeto de la presente resolución es el análisis de la solicitud de medidas provisionales formulada por Procono.

Según consta en el Registro de operadores de la CNMC, desde 1 junio de 2016 Procono actúa en el mercado como operador móvil virtual (OMV) completo, es decir, dispone de elementos de red troncal pero necesita apoyarse en una red de acceso móvil de un operador de red móvil, que actúa como su anfitrión o *host*. En su escrito de interposición del conflicto, este operador alega y acredita que el 1 de abril de 2017 suscribió un contrato de acceso móvil con Orange, que fue modificado en fechas 25 de marzo de 2019 y 12 de noviembre de 2020, finalizando su vigencia el 31 de marzo de 2024.

No obstante lo anterior, la cláusula 19 del citado contrato de acceso móvil contempla un plazo adicional de **[CONFIDENCIAL PARA TERCEROS]** desde el fin de su vigencia, para que Procono pueda efectuar las actuaciones necesarias para la migración de operador *host*. Por tanto, Procono disponía hasta el 30 de septiembre de 2024 para realizar la migración de sus líneas móviles hacia Vodafone, de modo que pasaran a estar soportadas por su nuevo operador *host*, con quien había suscrito un contrato mayorista de acceso a su red móvil.

Procono acredita que el 16 de junio de 2024 comunicó a Orange su decisión de cambiar de operador *host* (Vodafone). Procono considera que a partir de esta fecha o, a lo sumo desde el 11 de julio de 2024 (fecha de la reunión del Grupo Técnico de la AOPM en la que Procono comunicó el inicio de la migración, previsto el 2 de septiembre de 2024), Orange dispuso de tiempo suficiente para adaptar sus sistemas de cara al inicio de la migración.

Sin embargo, según alega Procono en su escrito de 6 de noviembre, hasta el 25 de octubre Orange no tuvo adaptados sus sistemas para permitir la migración. De haberse iniciado la migración con anterioridad, las llamadas con origen Orange y destino Procono no habrían podido encaminarse correctamente debido a la configuración de la red de Orange.

Ello obligó a Procono a reprogramar el inicio de la migración al 22 de octubre de 2024, tal y como la AOPM ha expuesto y se ha comprobado a través de la consulta al Nodo Central mediante la interfaz de supervisión de esta Comisión.

Además, Procono y Orange firmaron una adenda del contrato de acceso, con el objeto de ampliar el plazo de resolución de dicho contrato, desde el 30 de septiembre hasta el 31 de diciembre de 2024, sin variar los precios mayoristas, tal y como acredita Orange en su escrito de 22 de noviembre, a través de la copia de varios correos y burofaxes intercambiados con Procono entre el 9 de julio y el 19 de septiembre de 2024.

Dada la situación descrita, Procono solicitó a la CNMC la adopción de las siguientes medidas provisionales, que se detallan en el antecedente primero, consistentes en: 1) obligar a Orange a efectuar los cambios técnicos el 15 de octubre de 2024, 2) mantener las condiciones económicas hasta el final de la migración, 3) determinar que Orange debe asumir los 85.000 euros asociados a las adaptaciones técnicas e 4) instar a Orange a cesar en las supuestas prácticas desleales de captación de clientes.

Segundo. Requisitos necesarios para la adopción de medidas provisionales

De conformidad con el artículo 56.1 de la LPAC, el órgano competente para resolver el procedimiento podrá adoptar las medidas provisionales que estime oportunas cuando ello sea necesario para *“asegurar la eficacia de la resolución que pudiera recaer, si existiesen elementos de juicio suficientes para ello, de acuerdo con los principios de proporcionalidad, efectividad y menor onerosidad”*. Según el apartado 4 del mismo precepto, *“no se podrán adoptar medidas provisionales que puedan causar perjuicio de difícil o imposible reparación a los interesados o que impliquen violación de derechos amparados por las leyes”*.

La doctrina y jurisprudencia han sistematizado los presupuestos necesarios para obtener la tutela provisional. Tales requisitos son los siguientes:

- La existencia de apariencia de buen derecho (*“fumus boni iuris”*) o de elementos de juicio suficientes para adoptar la medida.

- Previsión razonable de la necesidad y urgencia de la medida (“*periculum in mora*”) para asegurar la eficacia de la resolución que pudiera recaer.
- La inexistencia de perjuicios de difícil o imposible reparación para los interesados o de efectos que impliquen violación de derechos amparados por las leyes.
- Es necesario que la medida a adoptar sea proporcional e idónea en la ponderación que hace la Administración entre el interés público que trata de satisfacer la actuación administrativa y los posibles perjuicios que se irroguen a los afectados por la misma.

Se examina a continuación la concurrencia de los requisitos anteriores, en relación con las medidas provisionales planteadas por Procono.

Tercero. Valoración de la concurrencia de los requisitos en el presente expediente

A. Fumus boni iuris

En relación con la **apariencia de buen derecho** (verosimilitud o apariencia de que el Derecho asiste al eventual beneficiario de la medida), de los datos aportados por Procono y Orange en sus escritos de 6 y 22 de noviembre de 2024, se confirma que con fecha 24 de octubre (o la madrugada de 25 de octubre según Procono) Orange ya habría finalizado las adaptaciones necesarias para que Procono pudiera iniciar la migración.

Tras la reprogramación de la migración, la fecha prevista máxima de finalización es el 31 de diciembre de 2024, fecha máxima en la que finaliza también la vigencia de la última adenda del contrato de acceso mayorista pactado con Orange en septiembre de 2024.

Desde el 25 de octubre de 2024 Procono ha ejecutado algunas migraciones de prueba, y la intención manifestada por este operador era iniciar las migraciones de manera masiva a partir del 18 de noviembre de 2024. Según datos extraídos del Nodo Central de portabilidad, el número de migraciones que constan en fecha 3 de diciembre de 2024 asciende a 7.819 números.

A la vista de estos datos, se considera que ha decaído el objeto de la medida provisional solicitada por Procono relacionada con instar a Orange a permitir el

inicio de la migración, y, por ende, la solicitud de imposición de multas coercitivas en caso de que Orange no lo permitiera.

Asimismo, tampoco parece justificado que aborde esta resolución de medidas provisionales los precios pactados por Procono con Orange que regirán a partir del 1 de enero de 2025, que serían solo de aplicación en caso de que haya líneas de Procono aún sin migrar en dicha fecha. Ello habida cuenta de que la migración está prevista que no se extienda más allá del 31 de diciembre de 2024 según informó Procono a la AOPM, como se desprende del Acta del Grupo Técnico de 20 de septiembre de 2024, aportada por Orange en su escrito de 22 de noviembre; es decir, la migración finalizará antes de la aplicación de los nuevos precios.

Asimismo, tampoco procede analizar en esta resolución la medida provisional solicitada por Procono sobre que Orange debe asumir los **[CONFIDENCIAL PARA TERCEROS]** euros asociados a las adaptaciones técnicas que ha tenido que realizar para permitir la migración, ya que Procono ya ha pagado esa cantidad a Orange, como reconoce en su escrito de 6 de noviembre.

El pronunciamiento sobre estas dos cuestiones (precios mayoristas a aplicar a partir del 1 de enero de 2025 y la repercusión del importe asociado por Orange a las adaptaciones técnicas) se llevará a cabo en el seno del conflicto, ya que de otro modo se adelantaría al momento actual las consecuencias sobre las dos cuestiones principales que son objeto del conflicto.

Finalmente, tampoco hay suficiente apariencia de buen derecho en relación con la pretensión de Procono de que la CNMC inste a Orange a cesar las actuaciones que pudiera estar ejecutando Orange o sus distribuidores en cuanto a captación de clientes de forma desleal, ya que Procono no ha aportado suficientes elementos de juicio que sustenten su petición. De los datos reportados por la AOPM tampoco se observan indicios de que exista tal práctica por parte de Orange⁴.

⁴ De los datos aportados por la AOPM se observa que las importaciones de Orange procedentes de clientes de Procono durante el periodo de julio a agosto de 2024 fueron de 1.579 números, un 113% superior a las importaciones del mismo periodo del año anterior (1.397 números), bastante inferior a la media del conjunto de operadores (164%). Es decir, el mayor flujo de clientes de Procono a otros operadores no parece tener como destino preferido Orange, sino otros operadores.

B. Periculum in mora

En relación con la **necesidad y urgencia de la medida**, Procono ya ha empezado a migrar líneas de sus clientes, por lo que los presuntos problemas técnicos de Orange que motivaron su solicitud de medidas provisionales han sido resueltos. Por consiguiente, no existen razones de necesidad y urgencia que justifiquen la adopción de las medidas provisionales solicitadas por Procono.

En cuanto a la repercusión del coste de **[CONFIDENCIAL PARA TERCEROS]** euros a Orange, al haber sido ya abonados por Procono y no tratarse de un importe elevado no existe la urgencia de tomar una decisión que adelantaría la decisión definitiva, sin realizar el análisis completo pertinente sobre dichos costes, dejando sin sentido la tramitación del expediente.

Tampoco existe la necesidad urgente de mantener las condiciones económicas del contrato vigente hasta el final de la migración, ya que las nuevas condiciones no se empezarían a aplicar hasta el 1 de enero de 2025 y solo si existen aún líneas sin migrar a 31 de diciembre de 2024; lo que Procono parece que no prevé que ocurra, ya que ha fijado esta fecha como tope para finalizar la migración.

C. Proporcionalidad de la medida

Por último, con respecto al principio de **proporcionalidad**, dado que: (i) Procono ya ha empezado la migración y se espera que finalice el 31 de diciembre de 2024, (ii) los nuevos precios mayoristas pueden que no se lleguen a aplicar a partir el 1 de enero de 2025, y (iii) Procono ya ha pagado a Orange los 85.000 euros por las adaptaciones técnicas necesarias para la migración, se considera que en el caso de adoptar las medidas provisionales solicitadas por Procono, se adelantaría la decisión definitiva, sin razones justificadas, dejando sin sentido la tramitación del conflicto, y pudiendo ocasionar perjuicios a la contraparte. Por ello las medidas provisionales solicitadas no cumplen el requisito de proporcionalidad con respecto al objeto perseguido.

Dado lo que antecede, se concluye que, no existen en la presente fase del procedimiento elementos de juicio suficientes que permitan, de acuerdo con lo establecido en el artículo 56.1 de la LPAC, la adopción de las medidas provisionales solicitadas.

En atención a lo recogido en los antecedentes y fundamentos jurídicos, la Sala de Supervisión Regulatoria de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia

RESUELVE

ÚNICO.- Desestimar la solicitud de medidas provisionales formulada por Procono, S.A. en el seno del procedimiento de referencia.

Comuníquese esta Resolución a la Dirección de Telecomunicaciones y del Sector Audiovisual y notifíquese a Procono S.A. y Orange Espagne S.A.U., haciéndoles saber que la misma pone fin a la vía administrativa y que pueden interponer contra ella recurso contencioso-administrativo ante la Audiencia Nacional, en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente al de su notificación.