

**RESOLUCIÓN DEL PROCEDIMIENTO SANCIONADOR INCOADO AL
CONSEJO DE COLEGIOS FARMACÉUTICOS DE CATALUÑA POR EL
PRESUNTO INCUMPLIMIENTO DE SUS OBLIGACIONES EN MATERIA DE
NUMERACIÓN Y PORTABILIDAD MÓVIL****SNC/DTSA/021/15/ CCFC NUMERACIÓN Y PORTABILIDAD****SALA DE SUPERVISIÓN REGULATORIA****Presidenta**D^a. María Fernández Pérez**Consejeros**

D. Eduardo García Matilla

D^a Clotilde de la Higuera González

D. Diego Rodríguez Rodríguez

D^a Idoia Zenarrutzabeitia Beldarraín**Secretario de la Sala**

D. Miguel Sánchez Blanco, Vicesecretario del Consejo

En Madrid, a 8 de septiembre de 2016

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 acuerda lo siguiente:

ANTECEDENTES DE HECHO**Primero.- Periodo de información previa (expediente MTZ 2013/1710)**

Con fecha 18 de septiembre de 2013 se inició un periodo de información previa (folios 3 a 6 del expediente administrativo) al objeto de investigar los hechos comunicados a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones (en adelante, CMT) por la Asociación de Operadores para la Portabilidad Móvil (en adelante, AOPM¹), sobre el un operador que, al parecer, se promocionaba

¹ La AOPM es la asociación de operadores móviles que gestiona la Entidad de Referencia de portabilidad móvil, cuyo fin principal es el establecimiento, gestión y supervisión del mecanismo destinado a intermediar en las interacciones que se establezcan entre los operadores para llevar a cabo todos aquellos procesos asociados a la conservación de los números (Nodo

como un operador móvil virtual (OMV) capaz de ofrecer una serie de tarifas diferenciadas a sus usuarios pero que, sin embargo, no formaba parte de dicha asociación, no contribuía a los costes del Nodo Central de portabilidad numérica² y no podía facilitar por sus propios medios la portabilidad numérica a sus usuarios de acuerdo con los procedimientos establecidos en las Especificaciones Técnicas de Portabilidad Móvil³ (expediente MTZ 2013/1710).

En el seno de dicho expediente, ese operador puso de manifiesto la relación mayorista que mantenía con Telefónica Móviles España, S.A.U. (en adelante, TME) para la prestación de sus servicios (folios 7 a 10). Por ello, con fecha 4 de junio de 2014, se requirió a TME la identificación de aquellas entidades con las que había suscrito contratos que permitieran la reventa del servicio móvil a usuarios finales (folios 19 a 25).

Mediante escritos de TME, de 2 de julio y 19 de diciembre de 2014, 3 de febrero y 6 de abril de 2015, esta operadora contestó a los diversos requerimientos de información formulados por la Directora de Telecomunicaciones y del Sector Audiovisual (en adelante, DTSA) de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (en adelante, CNMC) e identificó, entre otras entidades, al *Consell de Col·legis Farmacèutics de Catalunya* (en adelante, CCFC) como uno de sus revendedores del servicio telefónico móvil (folios 54 a 56) y aportó copia del acuerdo suscrito entre ambas entidades, de fecha 1 de julio de 2012 (folios 57 a 98).

Con fecha 10 de abril de 2015, la DTSA requirió al CCFC información sobre: (i) los servicios que revende de TME, (ii) la fecha de inicio de la prestación de los servicios de reventa, (iii) la cantidad de líneas móviles gestionadas, (iv) la copia del contrato mayorista firmado con TME, (v) al menos tres contratos suscritos con los usuarios finales, (vi) los motivos por los que no se encuentra asociado a la AOPM, (vii) el detalle de cómo se desarrolla el proceso de portabilidad de sus números y su interacción con el Nodo Central de portabilidad numérica y (viii) la cantidad total de numeración importada y exportada y las fechas del primer número importado y primer número exportado (folios 99 a 102).

Con fecha 24 de abril de 2015 el CCFC contestó al requerimiento de información formulado por esta Comisión (folios 103 a 336).

Central).

http://www.aopm.es/root/archivos/contenidos/0/2/2/71153_AOPM_PresentacionAOPM.pdf

² Sistema centralizado gestionado por la Entidad de Referencia, que actúa como agente intermediario de comunicación entre los operadores, encargado de registrar en una base de datos las solicitudes de portabilidad, las incidencias que se registren durante los procesos de portabilidad y las transacciones de numeración entre operadores.

³ Resolución de la CMT por la que se aprueba la Especificación Técnica de los Procedimientos Administrativos para la Conservación de Numeración Móvil en caso de cambio de operador, de 7 de julio de 2011 (DT 2009/1660).

Segundo.- Incoación del procedimiento sancionador

El 17 de septiembre de 2015 la Sala de Supervisión Regulatoria de la CNMC aprobó el acuerdo de incoación del presente procedimiento sancionador (SNC/DTSA/021/15) contra el CCFC, como presunto responsable directo de:

- (i) una infracción administrativa leve, tipificada en el artículo 78.8 de la Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones (en adelante, LGTel 2014), consistente en la explotación de redes o la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas sin cumplir los requisitos exigibles para realizar tales actividades, establecidos en esta Ley y su normativa de desarrollo, distintos de los previstos en los artículos 6.1 y 6.2, en materia de numeración; y
- (ii) una infracción administrativa muy grave, tipificada en el artículo 76.12 de la LGTel 2014, por el incumplimiento de la Resolución de la CMT, de 7 de julio de 2011, que aprobó las Especificaciones Técnicas de Portabilidad Móvil.

En dicho acuerdo se otorgó a la entidad imputada el plazo de un mes, contado a partir del día siguiente al de la fecha de su notificación, para presentar las alegaciones y los medios de prueba que estimara convenientes a la defensa de sus intereses. Asimismo, se acordó incorporar al presente expediente la documentación relevante para la instrucción del procedimiento sancionador, recabada en el marco de las diligencias previas MTZ 2013/1710.

El citado acuerdo de apertura del procedimiento sancionador fue comunicado a la instructora del expediente con fecha 18 de septiembre de 2015 (folio 370). Asimismo, el 23 de septiembre de 2015 se notificó el precitado acuerdo al CCFC, según se constata en el acuse de recibo (folios 371 a 373).

Tercero.- Escrito de alegaciones del CCFC

Con fecha 6 de noviembre de 2015 el CCFC presentó su escrito de alegaciones sobre el acuerdo de incoación del presente procedimiento sancionador, en el que solicitaba el archivo del procedimiento sancionador de referencia (folios 398 a 609).

Cuarto.- Requerimientos de información y otros actos de instrucción

Al amparo del artículo 16.2 del Reglamento del procedimiento para el ejercicio de la Potestad Sancionadora, aprobado por Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto (en adelante, Reglamento del Procedimiento Sancionador), se llevaron a cabo actos de instrucción necesarios para el examen de los hechos, consistentes en realizar consultas al Registro Mercantil, al Registro de Operadores de redes y servicios de comunicaciones electrónicas y a la página

web del CCFC (<http://www.ccfc.cat/>) entre los meses de enero y marzo de 2016. Las comprobaciones han sido incorporadas al expediente administrativo (folios 610 a 650).

Asimismo, al objeto de examinar y valorar los datos puestos de manifiesto por el CCFC, la instructora del expediente requirió a TME y al CCFC, el 21 y 22 de abril de 2016, respectivamente, la aportación de información adicional (folios 651 a 654). Mediante escritos, de 5 y 6 de mayo de 2016, TME y el CCFC remitieron sendas contestaciones a los citados requerimientos de información (folios 657 a 669).

Quinto.- Propuesta de resolución.

Con fecha 14 de junio de 2016 se dictó la propuesta de resolución por parte de la instructora del procedimiento (folios 683 a 704) en la que se proponía archivar el expediente sancionador.

El CCFC manifestó su conformidad en su escrito de fecha 23 de junio de 2016 (folios 713 y 714)

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

Por medio de un escrito de fecha 7 de julio de 2016 (folio 715), el Instructor 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 numerado, en los términos previstos en el artículo 19.3 del Reglamento del Procedimiento Sancionador.

HECHOS PROBADOS

De acuerdo con las actuaciones practicadas durante la instrucción del expediente cabe considerar probados los hechos siguientes:

PRIMERO.- El CCFC no ha estado haciendo uso, en nombre y por cuenta propia, de recursos públicos de numeración móvil de TME

En el período de información previa del que trae causa el presente procedimiento sancionador (expediente MTZ 2013/1710), se identificó al CCFC como una de las entidades que había suscrito un contrato con TME para la reventa de productos y servicios de comunicaciones electrónicas móviles de esta última entidad, detectándose indicios de que el CCFC podría haber estado asignando numeración móvil de TME a sus colegiados, desde el inicio de la prestación de los servicios -con sus primeras altas de líneas móviles en fecha

11 de octubre de 2011- hasta la actualidad, sin contar con la correspondiente autorización de la CNMC para disponer de numeración subasignada de TME.

Sin embargo, analizados en el presente procedimiento sancionador los contratos minoristas, firmados con los clientes finales (colegiados y titulares de las oficinas de farmacia) aportados por el CCFC junto a sus escritos de fechas 24 de abril y 6 de noviembre de 2015, se evidencia que frente a éstos el responsable de la prestación de los servicios era TME, para el servicio telefónico móvil, y Telefónica de España, S.A.U. (en adelante, Telefónica), para los servicios de telefonía fija.

A este respecto, en los referidos contratos se señala, como objeto de la relación contractual, que *“la regulación de la prestación de servicios comerciales y de atención personal a la oficina de farmacia por parte del CCFC de los servicios de comunicaciones de voz fija, comunicaciones móviles de voz y datos, y comunicaciones de acceso a internet mediante ADSL, dentro de la cartera de servicios denominada TicFarma (Servicios TicFarma). Estos servicios serán proporcionados por las empresas Telefónica de España SAU y/o Telefónica Móviles España SAU”* (cláusula primera de los contratos).

De la misma manera, en la cláusula décima de los contratos con los usuarios finales, en relación con la *“Responsabilidad de la prestación de los servicios a las Oficinas de Farmacia”*, se indica que eran Telefónica y TME los responsables de *“garantizar al CCFC el detalle, suministro, prestación y eficacia de todos los productos y servicios contratados. Por tanto, el CCFC trasladará a la Oficina de Farmacia los productos y servicios prestados por aquellas empresas”*. En la misma cláusula se establece que el rol del CCFC en la prestación de los servicios por parte de TME y del resto de las empresas del grupo Telefónica estaría limitado a los servicios comerciales y de atención personal (folios 251, 260, 266, 274, 286, 298 y 573).

En su escrito de alegaciones, de 6 de noviembre de 2015, el CCFC manifiesta que *“los servicios que presta el Consell son meramente de gestión y de atención personalizada, y en ningún caso lleva a cabo la prestación de servicios de telecomunicaciones en nombre propio que requieran de un bloque de numeración asignado o subasignado”*.

Según el CCFC, no debería ser considerado un operador prestador de servicios de comunicaciones electrónicas, ya que no revende el servicio telefónico al público (en adelante, STDP), pues sólo agrega la demanda de sus colegiados a los efectos de obtener descuentos y mejores precios en los servicios de TME con un pequeño margen para cubrir los costes operativos del servicio. Además, el CCFC señala que en ningún caso compite en el mercado de comunicaciones electrónicas con finalidad concurrencial, por no tratarse de una actividad comprendida en su objeto social.

Finalmente, esta corporación añade que la simple *refacturación* del servicio telefónico móvil y de asistencia y asesoramiento en la relación con TME, que es lo que ofrece a sus colegiados, no es una reventa del STDP.

Tales manifestaciones del CCFC han podido ser confirmadas a través de la siguiente documentación:

- De los Estatutos del CCFC: El CCFC es una Corporación de Derecho Público que representa a los cuatro Colegios oficiales de farmacéuticos de Cataluña⁴, cuya función es la gestión de los intereses públicos vinculados al ejercicio de la profesión farmacéutica (la colegiación para los farmacéuticos es obligatoria) y la defensa de los intereses profesionales de los colegiados, circunscribiéndose el ámbito de actividad al colectivo que representa.
- De los pliegos de la licitación para la contratación agregada de los servicios de telecomunicaciones para las oficinas de farmacia de Cataluña:⁵ En el concurso licitado se establecía que los servicios de telecomunicaciones se ofrecerían con carácter exclusivo al colectivo integrado por los 10.000 trabajadores de las 3.031 oficinas de farmacia de toda Cataluña y a los 3.400 colegiados farmacéuticos (la estimación de potenciales clientes se situaba en 5.500 líneas móviles) siendo las tarifas y condiciones resultantes de la licitación de aplicación directa al colectivo y circunscribiéndose el papel del CCFC *“a centralizar las peticiones a los operadores adjudicatarios”* (Cláusula 2.2 de los Pliegos). Igualmente, en dichos pliegos se preveía una relación de pago directa entre el operador adjudicatario y cada una de las oficinas de farmacia, Colegios y el propio CCFC (Cláusula 5.6 de los Pliegos).

Simultáneamente, en relación con los procesos de portabilidad, en la cláusula 5.7 de los citados pliegos se señalaba como obligación del operador adjudicatario *“la realización de todas las tareas necesarias [...] sin que este proceso represente ningún tipo de dedicación por parte del personal del CCFC ni de las oficinas de farmacia”*.

- De las negociaciones con TME y del anexo del contrato mayorista de servicios a integradores: Tras la adjudicación a TME del contrato para la provisión de servicios de telefonía móvil al colectivo farmacéutico, el CCFC solicitó la provisión del servicio móvil, a través de un contrato corporativo multi-CIF, mediante el que los usuarios finales tuvieran relación directa con TME. Esta propuesta fue rechazada por la operadora alegando razones técnicas y de segmentación interna de los clientes

⁴ Artículo 1 de los Estatutos del CCFC aprobados por Resolución de 17 de julio de 2000 (DOGC núm. 3189- 24/07/2000)

⁵ *“Plec de requeriments per a la contractació agregada del serveis de telecomunicacions de les oficines de farmacia de Catalunya”* del mes de abril de 2010, adjudicado en octubre 2010.

según su facturación, tal y como se ha podido comprobar de los correos electrónicos intercambiados con el CCFC que obran en el expediente (folios 513 y 515).

Por ello y por exigencia de TME - según lo manifestado por el CCFC en el apartado 98 de su escrito de alegaciones al inicio del presente procedimiento- (folio 418), como consecuencia de haber suscrito un contrato mayorista de reventa del servicio telefónico móvil, el CCFC procedió a notificar al Registro de Operadores, en fecha 10 de junio de 2011, el inicio de la actividad consistente en la *“Reventa del servicio de telefonía móvil contratado con TME, al colectivo farmacéutico español, al que presta servicio con carácter exclusivo la sociedad”*.

Sin perjuicio de lo anterior, el CCFC manifiesta que la operativa de su relación con TME es la de un contrato de empresa, lo que se ha podido comprobar en el Plan de tarifas que figura anexo al referido contrato, denominado *“Contrato corporativo tarifa única”*, en el que al CCFC se le denomina *“cliente corporativo”* (folios 216 a 223 y 542 a 549).

Dicho lo anterior, procede poner de manifiesto que del análisis de los contratos minoristas y del resto de documentación aportada en el marco del presente procedimiento sancionador se desprende que el CCFC no realiza una reventa del servicio de telefonía móvil ya que, a pesar de que refactura a sus colegiados y oficinas de farmacia los servicios móviles de TME, esta entidad no es la responsable frente a los usuarios finales de la prestación y de la calidad del servicio de telefonía móvil, al escalar las solicitudes e incidencias directamente a TME. Los abonados conocen, a través de los citados contratos minoristas, este procedimiento y la responsabilidad de TME

Por lo que se refiere a la asignación de recursos públicos de numeración, de las alegaciones y de la documentación aportada por el CCFC, en fecha 6 de noviembre de 2015, se ha podido comprobar que esta asociación corporativa no lleva a cabo la prestación a terceros de servicios de comunicaciones electrónicas en nombre propio, que requieran de bloques o conjuntos de numeración para tramitar altas nuevas de líneas móviles, puesto que el CCFC envía las solicitudes de nueva numeración móvil solicitadas por los clientes así como las incidencias del servicio directamente a TME para su provisión y tramitación, siendo informados los colegiados y farmacéuticos afiliados de que el prestador de los servicios de telecomunicaciones es TME. Ello se desprende del análisis del clausulado de los siguientes documentos, que son puestos a disposición de los clientes finales durante el proceso de contratación de los servicios de telecomunicaciones: *“Oferta y descripción comercial de los servicios”*, *“Acuerdo de Adhesión”*, formularios de *“Solicitud de Alta-Adhesión”* y de *“Solicitud de Modificación”* de servicios, y del logo *“Movistar”* que figura en los terminales móviles, que figuran en el catálogo de productos disponibles para los colegiados.

Asimismo, de las consultas realizadas al Registro Mercantil⁶ (folios 610 a 613), al Registro de esta Comisión (folios 614 a 618) y a las páginas web⁷ del CCFC, así como del análisis de las contestaciones de TME a los requerimientos de información sobre subasignación a revendedores de bloques de numeración incorporadas al presente expediente sancionador y de las Memorias Anuales sobre las actividades del CCFC, correspondientes a los años 2011 a 2014, (folios 619 a 649), se ha comprobado que el CCFC presta servicios de gestión administrativa o “ventanilla única” a un colectivo cerrado y predeterminado de usuarios finales (oficinas de farmacia, miembros de los colegios farmacéuticos en Cataluña y sus familiares directos) a los que ofrece, entre otros servicios, descuentos en productos y servicios de comunicaciones móviles de TME, no desarrollando una actividad mercantil en la que se haya detectado la utilización de recursos de numeración para su asignación directa a usuarios finales.

A modo de ejemplo, en la Memoria Anual 2012 de las actividades del CCFC se indica que éste “canaliza” todas las peticiones y todas las incidencias que las oficinas de farmacia puedan tener en relación con los servicios de telecomunicaciones contratados con TME, “refactura” los costes asociados y hace un “seguimiento semanal de la provisión de los servicios” prestados por TME a las oficinas de farmacia de Cataluña. Estas manifestaciones evidencian que el CCFC no es el responsable último de la tramitación de nuevas líneas (y asignación de numeración).⁸

Por consiguiente, de la información analizada durante la instrucción del procedimiento sancionador no ha quedado acreditado que el CCFC disponga de numeración móvil propia (procedente de TME) o que haya subasignado numeración de TME a usuarios finales en la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas.

SEGUNDO.- Desde el 11 de octubre de 2011 hasta la actualidad, el CCFC no ha estado gestionando el proceso de cambio de operador con conservación de la numeración de sus clientes, en calidad de operador donante

Según consta en la documentación aportada y en los documentos incorporados durante la instrucción del expediente, las solicitudes de portabilidad a terceros

⁶ En el Registro Mercantil el CCFC consta inscrito como corporación de derecho público que integra los cuatro colegios farmacéuticos de Cataluña cuya clasificación nacional de actividad económica (CNAE) se corresponde con la de “actividades de organizaciones empresariales y patronales”, no constando como actividad secundaria la comercialización de productos o servicios sino actividades de gestión administrativa.

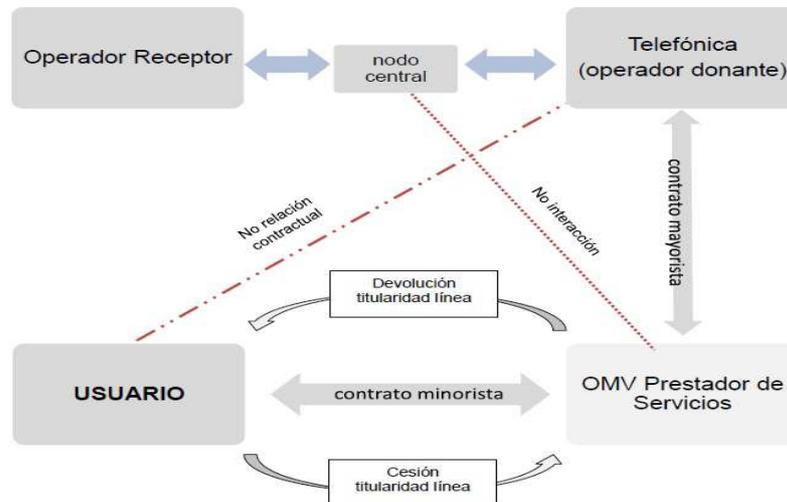
⁷ <http://www.cfc.cat>, <http://www.ticfarma.cat>.

⁸ En la Memoria 2012 del CCFC (págs. 62-64) se señala que “la ODS (Oficina de Seguimiento) de TicFarma, dentro de Telefónica [...] sería el punto de contacto entre el CGO del CCFC, para la gestión de los servicios TicFarma. El hecho de tener un único punto de entrada a Telefónica, con muchos recursos humanos dedicados a gestionar estas entradas, derivará en un mejor tiempo de respuesta ante nuevas altas y ante incidencias en los servicios”.

operadores de los clientes del CCFC se han llevado a cabo mediante el siguiente procedimiento:

1. Al contratar los servicios de comunicaciones electrónicas que ofrece el CCFC a sus colegiados y oficinas de farmacia, los clientes (usuarios finales) deben ceder la titularidad de sus líneas al CCFC y remitir el documento *“Cesión derechos línea telefónica”* junto al *“Acuerdo de adhesión a los servicios TicFarma”* (folios 245 a 295).
2. Cuando los clientes deciden causar baja de los servicios TicFarma, previamente al cambio de operador, deben solicitar al CCFC la devolución de la titularidad de sus líneas telefónicas (cambiar el NIF del CCFC por el NIF/DNI/NIE/Pasaporte del cliente) a través del formulario *“Solicitud de modificación”* (folios 304 a 329).
3. Una vez tramitado el cambio de titularidad de la línea, ésta pasa a figurar a nombre del cliente final en los sistemas de TME y el usuario puede solicitar la portabilidad al operador receptor.
4. En la solicitud de portabilidad (exportación) hacia un tercer operador, el cliente ha de indicar al operador receptor que quien le presta el servicio móvil es TME, a pesar de no tener ningún vínculo contractual directo con esa operadora, ya que el contrato de prestación de los servicios móviles lo habría firmado únicamente con el CCFC.
5. A pesar de ser el CCFC la entidad que suscribe el contrato con el usuario, esta asociación corporativa no interviene en ninguna fase del proceso de portabilidad, ya que es TME quien acepta o rechaza las solicitudes de portabilidad en rol de operador donante.

El hecho de que los usuarios cedan al CCFC la titularidad de la línea, limita la posibilidad de que éstos soliciten ante el operador receptor la portabilidad en el momento que deseen. Antes deben “recuperar” la titularidad de la línea y, por tanto, la numeración asociada a dicha línea, dado que si el usuario intenta portarse acudiendo directamente al operador receptor, sin comunicar a éstos (CCFC y TME) su intención de cambiar de operador, dicha solicitud podría ser rechazada al no coincidir el NIF del cliente con el NIF del CCFC, como se describe gráficamente a continuación:



En el caso de que los usuarios finales decidiesen cambiar de operador, si el CCFC actuara realmente como Operador Móvil Virtual Prestador del Servicio o revendedor, debería intervenir en el proceso de portabilidad en calidad de operador donante, pudiendo interactuar con el Nodo Central, mientras que si se considerara a TME como el verdadero prestador del servicio, en este supuesto la operadora debería tener una relación contractual con el cliente y, por tanto, conocer la identidad del usuario final (no sólo el NIF del CCFC, en calidad de refacturador de los servicios, sino también el NIF del abonado). Como ya se ha indicado en el procedimiento analizado, el CCFC no interviene en la gestión de la portabilidad de sus clientes, en rol de operador donante.

Adicionalmente, cabe indicar que, a pesar del actual procedimiento de gestión de la portabilidad de los clientes del CCFC por parte de TME, como operador que interactúa con el Nodo Central en rol de “operador donante”, el mismo no dispone de toda la información necesaria para actuar en dicho rol, ya que desconoce los datos de los usuarios finales a los que representa en el proceso de portabilidad. Así lo manifiesta la propia TME, en su contestación al requerimiento de información, de fecha 22 de abril de 2016, formulado en fase de instrucción: *“los usuarios finales no son conocidos por TME, apareciendo las líneas a nombre del colegio correspondiente”* (folio 658).

Por tanto, de conformidad con los datos que obran en el expediente, se ha podido probar que las solicitudes de portabilidad a otro operador por parte de los usuarios finales del CCFC no son tramitadas por esta entidad, sino por TME. Asimismo, el proceso establecido para tramitar dichas solicitudes no garantiza el derecho de los abonados a dirigirse directamente al operador receptor sin ningún tipo de requisito o premisa previa.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

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

Las competencias de la CNMC para instruir el presente procedimiento 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 (en adelante, Ley de la CNMC) corresponde a esta Comisión “realizar las funciones atribuidas por la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, y su normativa de desarrollo”, entre las que se encuentra “el ejercicio de la potestad sancionadora en los términos previstos por esta ley [LGTel]”, artículo 29.1.

Esta remisión a la LGTel 2003 ha de entenderse efectuada a la LGTel 2014, que derogó la anterior ley y que entró en vigor el día 11 de mayo de 2014.

1.1.- Competencia en materia de numeración

La posible infracción en materia de numeración consistiría en la prestación de servicios de reventa de telefonía móvil por parte de CCFC, sin la autorización de subasignación de la numeración correspondiente.

Concretamente, en el artículo 53.t) de la LGTel 2003 se establecía como infracción muy grave la explotación de redes o la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas sin cumplir los requisitos exigibles para realizar tales actividades, correspondiendo la competencia sancionadora a la CMT, en virtud de lo dispuesto en los artículos 48.3.j) y 58 de la misma ley.

Por otro lado, de conformidad con la LGTel 2014, el artículo 78.8 contempla como infracción leve “[l]a explotación de redes o la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas sin cumplir los requisitos exigibles para realizar tales actividades establecidos en esta Ley y su normativa de desarrollo distintos de los previstos en los artículos 6.1 y 6.2”.

Además de tipificar dicha infracción como leve (ya no como muy grave), la LGTel 2014 señala en el artículo 84 que la competencia sancionadora, en relación con la infracción contemplada en el artículo 78.8, corresponde al Secretario de Estado de Telecomunicaciones y para la Sociedad de la Información:

“La competencia sancionadora corresponderá:

1. Al Secretario de Estado de Telecomunicaciones y para la Sociedad de la Información, para la imposición de sanciones no contempladas en los siguientes apartados.

2. 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.”

Ahora bien, de conformidad con lo dispuesto en la Disposición transitoria décima de la LGTel 2014, hasta que el Ministerio de Industria, Energía y Turismo (en adelante, MIEyT) no asuma las competencias efectivas en materia de numeración y sancionadoras en ese ámbito, estas facultades se seguirán ejerciendo transitoriamente por la CNMC.

1.2.- Competencia en materia de portabilidad

La presunta infracción en materia de portabilidad consistiría en el incumplimiento de las Especificaciones Técnicas de Portabilidad Móvil. Concretamente, el CCFC no habría estado gestionando los cambios de operador con conservación de la numeración de sus abonados, en calidad de operador donante, ya que, junto a TME, estas dos operadoras habrían establecido un procedimiento para gestionar la portabilidad de sus usuarios finales ajeno al regulado en las Especificaciones Técnicas de Portabilidad Móvil.

De acuerdo con el artículo 53.r) de la LGTel 2003 constituye una infracción muy grave *“el incumplimiento de las resoluciones adoptadas por la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones en el ejercicio de sus funciones en materia de comunicaciones electrónicas”*.

Por su parte, el artículo 76.12 de la actual LGTel contempla como infracción muy grave *“el incumplimiento de las resoluciones firmes en vía administrativa o de las medidas cautelares a que se refiere el artículo 82 de esta Ley dictadas por la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia en el ejercicio de sus funciones en materia de comunicaciones electrónicas”*, correspondiendo la competencia sancionadora de este tipo de infracción a la CNMC, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 84.2 de la LGTel 2014 -citado anteriormente-, (antiguos artículos 48.4.j) y 50.7 de la LGTel de 2003), al igual que hacen los artículos 6.5 y 29 de la Ley de la CNMC.

En aplicación de los preceptos citados, la CNMC tiene competencia para conocer sobre las conductas mencionadas anteriormente y resolver sobre el incumplimiento de la normativa sectorial en materia de portabilidad.

Al estar vigentes la LGTel 2003 y la LGTel 2014 en el momento de realización de los hechos probados, habrá de atenderse a lo dispuesto en el artículo 128.1 de la LRJPAC, que establece el principio de aplicar la disposición vigente en el momento de la infracción. Por otra parte, los artículos 9.3 de la Constitución y 128.2 de la LRJPAC recogen una excepción a este principio general al señalar

que: *“Las disposiciones sancionadoras producirán efecto retroactivo en cuanto favorezcan al presunto infractor”.*

1.3.- Procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora

Por último, el procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora se rige por lo establecido en la Ley 3/2013 y en la LGTel de 2014, así como, en lo no previsto en las normas anteriores, por la LRJPAC, así como por el Reglamento del Procedimiento para el Ejercicio de la Potestad Sancionadora, aprobado por el Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto (en adelante, Reglamento del Procedimiento Sancionador).

Atendiendo a lo previsto en el artículo 10.2 del Reglamento del Procedimiento Sancionador y en los artículos 21.2 de la LCNMC y 14.1.b) del Estatuto Orgánico de la CNMC, aprobado por el Real Decreto 657/2013, de 30 de agosto (en adelante, EOCNMC), el órgano competente para incoar y resolver el presente procedimiento sancionador es la Sala de Supervisión Regulatoria de la CNMC.

Por otra parte, según el artículo 29.2 de la LCNMC, *“[p]ara el ejercicio de la potestad sancionadora, se garantizará la debida separación funcional entre la fase instructora, que corresponderá al personal de la dirección correspondiente en virtud de la materia, y la resolutoria, que corresponderá al Consejo”.* En consecuencia, la instrucción de los procedimientos sancionadores corresponde a la Dirección de Telecomunicaciones y del Sector Audiovisual, de acuerdo con lo previsto en los artículos 25.1.b) de la LCNMC y 18.1 y 21.b) y 22 del EOCNMC.

SEGUNDO.- Objeto del procedimiento sancionador

El objeto del presente procedimiento sancionador consiste en determinar si el Consejo de Colegios Farmacéuticos de Cataluña ha estado incumpliendo sus obligaciones en materia de numeración y portabilidad móvil.

TERCERO.- Tipificación de los hechos probados

3.1.- No se ha acreditado que el CCFC gestione recursos públicos de numeración subasignados por TME para tramitar altas de líneas móviles de sus usuarios finales, como OMV PS

El régimen legal aplicable a la subasignación de recursos públicos de numeración ha sido desarrollado en el artículo 49 del Reglamento de Numeración, que dispone:

“Los operadores que presten servicios de comunicaciones electrónicas pero no se encuentren en los supuestos señalados en el artículo anterior podrán utilizar

las subasignaciones que les faciliten los titulares de las asignaciones, en las condiciones previstas en el artículo 59.b, previa autorización de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones. [...]

A estos efectos, el concepto de subasignación incluye cualquier forma de encomienda de la gestión o comercialización de los números”.

En similares términos se pronuncia el artículo 59.c) del Reglamento de Numeración, al señalar que el operador titular de numeración, previa autorización de la Comisión, podrá efectuar subasignaciones siempre que el uso que se vaya a hacer de los recursos haya sido el especificado en la solicitud.

De la lectura de ambos artículos se desprende que, en virtud del artículo 49 del Reglamento de Numeración, los operadores que presten servicios de comunicaciones electrónicas, pero que no puedan ser asignatarios por no ser operadores de redes telefónicas públicas o prestadores del STDP⁹ podrán utilizar las subasignaciones que les faciliten los titulares de las asignaciones, en las condiciones previstas en el artículo 59.b)¹⁰ del Reglamento, previa autorización de la Comisión.

En el presente caso, como se ha señalado anteriormente en el Hecho Probado Primero, el CCFC no actúa como el verdadero prestador del servicio. En concreto, según se refleja en la cláusula primera de los contratos minoristas que suscribe el CCFC con sus clientes: *“los servicios de comunicaciones de voz fija, comunicaciones móviles de voz y datos, y comunicaciones de acceso a internet mediante ADSL, dentro de la cartera de servicios denominada TicFarma (Servicios TicFarma). Estos servicios serán proporcionados por las empresas Telefónica de España SAU y/o Telefónica Móviles España SAU”.*

La anterior conclusión se desprende del análisis de la relación contractual entre TME y el CCFC, de las contestaciones a los requerimientos de información formulados y de las consultas a la web de CCFC en las que se evidencia que esa entidad no proporciona numeración a sus clientes en nombre propio, sino que lo hace en nombre de TME y tras escalar las solicitudes de alta de líneas y números a TME, como operador prestador del STDP móvil.

Por consiguiente, no existiendo pruebas sobre la utilización en nombre propio por el CCFC de bloques o sub-bloques o conjuntos de numeración subasignados por TME, se considera que no concurre el elemento de la tipicidad, ya que no puede concluirse que el CCFC haya incurrido en infracción de los artículos 53.t) de la LGTel 2003 y 78.8 de la LGTel 2014 por uso

⁹ Véase el artículo 48 del Reglamento de Numeración.

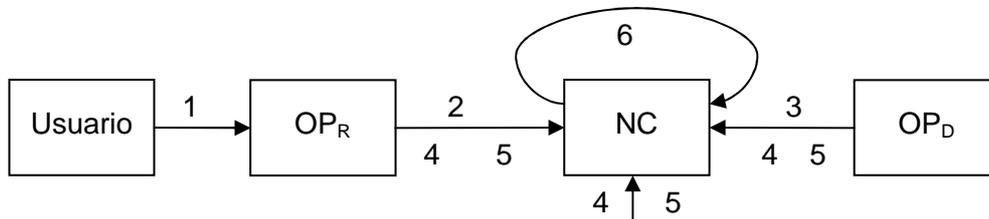
¹⁰ Artículo 59 b) del Reglamento de Numeración: *“Los recursos asignados deberán utilizarse para el fin especificado en la solicitud por el titular de la asignación, salvo que la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones autorice expresamente una modificación, de conformidad con lo establecido en el artículo 62”.*

indebido de numeración al no haber obtenido de la Comisión la autorización preceptiva de subasignación, de conformidad con lo expuesto en los artículos 49 y 59.c) del Reglamento de Numeración.

3.2.- Para la gestión de la portabilidad de los clientes del CCFC se utiliza un procedimiento que no cumple lo dispuesto en las Especificaciones Técnicas de Portabilidad Móvil establecidas en las Resoluciones de la CMT de fechas 22 de octubre de 2009 y 7 de julio de 2011, sobre los procedimientos administrativos para la conservación de numeración en caso de cambio de operador en redes móviles

En el Hecho Probado Segundo, se ha acreditado que, desde el 11 de octubre del 2011, el CCFC no ha estado gestionando las solicitudes de portabilidad de sus clientes, en calidad de operador donante (OMV PS). Ello porque se habría estado utilizando un procedimiento ajeno al establecido en las Especificaciones Técnicas de Portabilidad Móvil aprobadas mediante Resolución de la CMT, al ser TME quien actúa como operador donante de las portabilidades de los clientes del CCFC.

Así, el procedimiento a seguir en la tramitación de altas de portabilidad según lo previsto en el apartado 7.2.1 de las Especificaciones Técnicas de Portabilidad Móvil en vigor sería el siguiente:



1. El usuario solicita el alta de portabilidad con el operador receptor.
2. El operador receptor, en el mismo ½ día hábil en el que se formaliza la solicitud de alta de portabilidad por parte del abonado, se conecta al nodo central y realiza la grabación de la citada solicitud.
3. El operador donante deberá confirmar o rechazar la solicitud de alta de portabilidad en el nodo central dentro del ½ día hábil siguiente al ½ día hábil en que el operador receptor ha procedido a grabar la solicitud.
4. Lectura de la confirmación/rechazo de la solicitud por el operador receptor.
5. Lectura del fichero de movimientos no cancelables por todos los operadores de red, al objeto de poder ejecutar las tareas para asegurar el encaminamiento de las llamadas.

6. Cambio de estado de la solicitud a “portada” en el nodo central al comienzo del ½ día hábil siguiente a la ventana de cambio.

La conservación de numeración por cambio de operador es un derecho de los abonados que requiere únicamente la petición de portabilidad por parte de éstos. Los operadores están obligados a garantizar el ejercicio de ese derecho de conservación de la numeración en el plazo indicado y de conformidad con lo dispuesto en la normativa que lo regula.

El artículo 47.1 c) de la LGTel, reconoce el derecho de los usuarios finales 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.

Los OMV PS no poseen los recursos de red necesarios que les permitan encaminar las llamadas y utilizan la numeración asignada al operador de red con el que hayan llegado a un acuerdo de acceso, mediante la figura de la subasignación. A través de dicha subasignación, los OMV PS tienen la responsabilidad frente al abonado de asegurar administrativamente el derecho a la conservación de numeración en caso de cambio de operador. Así lo establece el apartado 5.1 de las Especificaciones Técnicas de Portabilidad que prescribe lo siguiente: *“aunque el prestador de servicio no puede encargarse de la ejecución técnica de la portabilidad, ya que ésta sólo puede ser asegurada por el operador de red con el que haya llegado a un acuerdo, tiene la responsabilidad de gestionar administrativamente la portabilidad de los usuarios”*.

Además, todos los operadores que prestan directamente (o revenden) el STDP móvil tienen la responsabilidad y la obligación de conectarse al nodo central para la tramitación de todos los procesos administrativos de portabilidad de numeración, con independencia del rol del operador en el proceso y de la interfaz empleada para realizar la conexión (apartado 7.1.2 de las Especificaciones Técnicas de Portabilidad Móvil).

Por tanto, es responsabilidad de los operadores que prestan el servicio telefónico disponible al público, incluidos los OMV PS a través de las subasignaciones de numeración móvil, garantizar el derecho de los abonados al cambio de operador con conservación de la numeración o portabilidad, en los plazos y condiciones contemplados en las Especificaciones Técnicas de Portabilidad Móvil aprobadas por Resolución de esta Comisión.

El apartado 5.2 de las Especificaciones Técnicas de Portabilidad Móvil establece que *“la entrega de la solicitud firmada por el abonado al operador receptor (u otra forma equivalente de acreditación del consentimiento del abonado a la portabilidad, siempre que se realice de acuerdo con la legislación vigente) será el evento que desencadene el proceso administrativo entre*

operadores para la gestión de la información necesaria y que finalizará con la portabilidad efectiva de la numeración, salvo caso de Cancelación o Denegación de la misma”.

Pues bien, de conformidad con lo expuesto en el Hecho Probado Segundo, el procedimiento seguido por el CCFC y TME para garantizar la portabilidad de los clientes del primero no cumple los criterios definidos en las Especificaciones Técnicas de Portabilidad Móvil, al no garantizar el derecho de los abonados a dirigirse directamente al operador receptor para asegurar la conservación de numeración en caso de cambio de operador, y por no permitir a todas las entidades responsables de la portabilidad la ejecución administrativa de la misma, ya que en el presente caso es TME y no el CCFC quien actúa como operador donante de la numeración de los clientes del CCFC que solicitan el cambio de operador.

Además, el hecho de que los clientes finales otorguen su consentimiento para el cambio de titularidad de sus líneas móviles en favor del CCFC, al objeto de poder acogerse al plan de precios negociado con TME, en modo alguno debería implicar su renuncia –además, no informada- a que la portabilidad de su numeración se pueda realizar sin más requisitos que la solicitud de alta de portabilidad presentada directamente ante el operador receptor (apartado 7.2.1.2 de las Especificaciones Técnicas de Portabilidad Móvil).

En consecuencia, de la instrucción del procedimiento sancionador ha quedado acreditada la comisión, por parte del CCFC, en cuanto operador inscrito en el Registro de operadores de la CNMC como prestador de servicios de comunicaciones electrónicas, de una infracción administrativa muy grave, prevista tanto en el artículo 53.r) de la LGTel 2003 como en el artículo 76.12 de la LGTel 2014, por incumplimiento de las Resoluciones de la CMT de 22 de octubre de 2009 y 7 de julio de 2011, que aprobaron las Especificaciones Técnicas de Portabilidad Móvil.

CUARTO.- Análisis de la responsabilidad del CCFC en la comisión de la infracción

Durante la instrucción del expediente ha quedado acreditado el incumplimiento de las Resoluciones de la CMT de 22 de octubre de 2009 y 7 de julio de 2011, que aprobaron las Especificaciones Técnicas de Portabilidad Móvil, en lo que respecta a los apartados 5.1 (responsabilidad en la gestión administrativa de la portabilidad), 5.2 (inicio del proceso de portabilidad mediante solicitud al operador receptor), 7.1.2 (obligación de conexión al nodo central para la tramitación de la portabilidad) y 7.2.1.2 (procedimiento altas de portabilidad).

Concretamente, en la gestión de la portabilidad de los clientes del CCFC se utiliza un procedimiento que no cumple los referidos parámetros establecidos. En relación con dicho incumplimiento, tipificado en el artículo 76.12 de la LGTel

2014, se hace necesario precisar si el CCFC es responsable de la comisión de los hechos antijurídicos determinados.

En primer lugar, conviene partir de la base de que los procesos establecidos en las Especificaciones Técnicas de Portabilidad Móvil tienen como objeto garantizar el derecho de los abonados¹¹ al servicio telefónico disponible al público de conservación de su numeración telefónica en los procesos de cambio de operador. La portabilidad es una responsabilidad de los operadores que prestan este servicio o lo revenden garantizar dicho derecho¹².

Tal y como se ha indicado en el Hecho Probado Primero, el CCFC consta inscrito en el Registro de Operadores como Operador Móvil Virtual Prestador de Servicios desde el 31 de agosto de 2011. Sin embargo, el CCFC sostiene en sus alegaciones que su actividad no encajaría en las definiciones de “*red de comunicaciones electrónicas*” y “*servicio de comunicaciones electrónicas*” contenidas en el Anexo II de la LGTel 2014 y que en puridad no tiene la condición de operador prestador de servicios de comunicaciones electrónicas.

Al respecto, el apartado 32 del Anexo II de la LGTel, define el concepto de “*red pública de comunicaciones*” como “*la red de comunicaciones electrónicas que se utiliza, en su totalidad o principalmente, para la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas disponibles para el público y que soporta la transferencia de señales entre puntos de terminación de la red*”. Es decir, para poder calificar una red de comunicaciones como una red pública es necesario que el servicio que se soporta sobre la misma sea un servicio de comunicaciones electrónicas y que, además, esté disponible al público en general.

Igualmente, el Anexo II de la citada LGTel, en su apartado 35, define el servicio de comunicaciones electrónicas como el “*prestado por lo general a cambio de una remuneración que consiste, en su totalidad o principalmente, en el transporte de señales a través de redes de comunicaciones electrónicas, con inclusión de los servicios de telecomunicaciones y servicios de transmisión en las redes utilizadas para la radiodifusión...*”

De las anteriores definiciones, así como del contenido material de la actividad desarrollada -analizada en detalle en los Hechos Probados de esta resolución-, se desprende que el CCFC no debe ser considerado prestador de servicios de

¹¹ Según el apartado 4 de las Especificaciones Técnicas, se entiende por abonado móvil la “*persona física o jurídica que ha suscrito un contrato de prestación de servicios telefónicos con un determinado operador móvil o utiliza los servicios de un operador móvil mediante la modalidad de prepago o similar*”.

¹² Según el apartado 4 de las Especificaciones Técnicas de Portabilidad Móvil, el operador donante de la portabilidad es el “*operador que presta el servicio telefónico móvil disponible al público a un abonado en modalidad de contrato o prepago o similar, antes del inicio del proceso de portabilidad*”.

comunicaciones electrónicas en relación con la actividad examinada en el presente expediente, en atención a los siguientes indicadores:

- En los contratos minoristas firmados con los abonados se indica que el proveedor del servicio es TME.
- En el catálogo de terminales y tarifas de servicios móviles las ofertas y precios indicados son los de “*Movistar empresas*”.
- El servicio de comunicaciones móviles es accesorio a la actividad principal del CCFC.
- Los servicios de telecomunicaciones no se ofrecen al público en general. Los destinatarios del servicio son únicamente las personas físicas o jurídicas que tengan una relación laboral o familiar directa con las farmacias o con alguno de los colegios de farmacéuticos de Cataluña. La facturación se realiza a las farmacias (no a los usuarios, personas físicas), por lo que se trataría de un grupo reducido de usuarios finales y el servicio no estaría disponible al público en general.

Si bien es cierto que el CCFC es quien contrata con los abonados y les ofrece atención comercial, esta entidad no hace una reventa del servicio telefónico móvil ya que no gestiona las altas nuevas, no reconfigura el servicio telefónico prestado por TME como su operador mayorista –es decir, no altera las condiciones de prestación del servicio de comunicaciones electrónicas-, no asume el servicio telefónico como propio en el contrato con los usuarios finales ni atiende incidencias, ya que las escala directamente a TME y los abonados son conscientes en todo momento de que su proveedor es TME y no el CCFC.

Por tanto, a pesar de que los abonados no tienen vinculación contractual directa con TME (sólo con el CCFC) a los efectos de la gestión de la numeración, de la tramitación de las portabilidades, de las garantías de la calidad del servicio, de las ofertas de precios y terminales, y de la resolución de incidencias, quien desempeña esas funciones en exclusividad es TME, por lo que es indudable que el prestador del servicio es TME y no el CCFC.

En consecuencia, de conformidad con lo anterior, el papel que el CCFC desempeñaría, dada su relación comercial con los usuarios finales y el hecho de que es TME el prestador del servicio de comunicaciones electrónicas, vendría a ser el de un *agregador de demanda* o comercializador. Por tanto, no le es imputable a CCFC la responsabilidad por la conducta analizada al no tener la condición de operador prestador del servicio. Al carecer de dicha condición, no le es exigible el cumplimiento de los requisitos que han de cumplir los operadores y prestadores del servicio telefónico disponible al público en materia de portabilidad móvil, concretamente, los establecidos en las

resoluciones que aprobaron las Especificaciones Técnicas de Portabilidad Móvil.

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

RESUELVE

ÚNICO.- Archivar el procedimiento sancionador incoado al Consejo de Colegios Farmacéuticos de Cataluña por el presunto incumplimiento de sus obligaciones en materia de numeración y portabilidad móvil.

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 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.