



JORGE SÁNCHEZ VICENTE, Secretario del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, en uso de las competencias que le otorga el artículo 40 del Reglamento de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, aprobado por Real Decreto 1994/1996, de 6 de septiembre,

CERTIFICA

Que en la Sesión número 23/13 del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, celebrada el día 14 de junio de 2013, se ha adoptado el siguiente

ACUERDO

Por el cual se aprueba la

RESOLUCIÓN SOBRE EL ANÁLISIS DEL PROCESO DE CANCELACIÓN EN LA PORTABILIDAD MÓVIL

(MTZ 2012/1487)

I ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- El 5 de julio 2012 tuvo entrada en el Registro de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones (en adelante, Comisión) un escrito de France Telecom España, S.A.U. (en adelante, Orange), mediante el que solicita la eliminación del proceso de cancelación de las especificaciones técnicas de portabilidad en redes móviles y, de manera subsidiaria, la inclusión de la prohibición expresa y taxativa de la utilización de la información procedente del Nodo Central de portabilidad para fines comerciales.

Segundo.- El 30 de julio de 2012, mediante escrito del Secretario de esta Comisión, se dio inicio al presente procedimiento con el objetivo de analizar las cuestiones planteadas por Orange. Dada la posible existencia de una pluralidad indeterminada de personas interesadas en el expediente se procedió, de acuerdo con lo establecido en los artículos 59 (apartados 5 y 6) y 60.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante, LRJPAC), a publicar en el Boletín Oficial del Estado el acto de inicio del expediente¹.

Tercero.- Con fecha 10 de agosto de 2012 tuvieron entrada en el Registro de la Comisión sendos escritos de Vodafone España S.A.U. (en adelante, Vodafone) y de Telefónica Móviles España S.A.U. (en adelante, Movistar) mediante los que realizan una serie de alegaciones en relación con las propuestas de Orange.

Las alegaciones de Vodafone se centran en argumentar de forma contraria a la postura manifestada por Orange sobre: (i) la necesidad de que exista un proceso de cancelación de solicitudes de portabilidad; (ii) la falta de competencia que a juicio de Vodafone tiene esta Comisión para prohibir las prácticas de retención de clientes; y (iii) las distintas manifestaciones de Orange que han motivado la apertura del presente expediente.

Por su parte, las alegaciones de Movistar versan principalmente sobre: (i) la falta de razonabilidad para iniciar en este momento un expediente para analizar las cuestiones planteadas por Orange; (ii) la necesidad de que, contrariamente a la postura de Orange,

¹ Boletín Oficial del Estado, nº 192 de 11 de agosto de 2012, páginas 38772 a 38772.



exista un proceso de cancelación; (iii) la posibilidad de que los operadores realicen prácticas comerciales de retención de clientes; (iv) la necesidad de homogeneizar los procedimientos de portabilidad fija y móvil; y (v) su respuesta a las distintas alegaciones de Orange.

Cuarto.- Con fecha 13 de agosto de 2012 tuvo entrada en el Registro de la Comisión un escrito de Más Móvil Telecom 3.0, S.A (en adelante, Másmovil). A través de dicho escrito esta operadora viene a reforzar el planteamiento presentado por Orange, al ser coincidentes sus posturas en relación con los inconvenientes de permitir la retención de clientes a través del proceso de cancelación de la portabilidad numérica.

Quinto.- Con fecha 17 de agosto de 2012 tuvo entrada en el Registro de la Comisión un escrito de R y Telecomunicaciones Galicia. S.A (en adelante, R) mediante el que manifiesta una serie de alegaciones. En concreto, R vienen a reforzar el planteamiento presentado por Orange, al ser coincidentes las peticiones planteadas por ambos operadores.

Sexto.- El 22 de agosto de 2012 tuvo entrada en el Registro de la Comisión un escrito de KPN Spain S.L.U. (en adelante, KPN) por el que muestra su acuerdo con la petición realizada por Orange al solicitar que se prohíba taxativamente al operador donante contactar con el abonado que haya solicitado la portabilidad, por cualquier medio y/o causa, hasta tanto no haya finalizado dicho procedimiento de cambio de operador. En su defecto y con carácter subsidiario, KPN solicita que se prohíba de manera expresa a los operadores donantes: (i) utilizar para fines comerciales la información aportada por el operador receptor en los procesos de portabilidad hasta tanto no haya finalizado dicho proceso; (ii) poner en práctica cualesquiera acciones tendentes a la retención de los abonados que soliciten la portabilidad de sus números hasta la finalización del proceso de portabilidad; y (iii) discriminar positivamente en términos de precios a los abonados que han comunicado su intención de cambiar de operador conservando su número móvil.

Séptimo.- Con fecha 24 de agosto de 2012 tuvo entrada en el Registro de la Comisión un nuevo escrito de alegaciones de Orange aportando información adicional sobre las prácticas de retención de clientes llevadas a cabo por los operadores, así como sobre las incidencias existentes vinculadas al proceso de portabilidad, las cuales, a juicio de Orange, agravan la experiencia de cliente y obstaculizan que exista un proceso de portabilidad ágil.

Octavo.- Con fecha 27 de agosto de 2012 tuvo entrada en el Registro de la Comisión un escrito de Xfera Móviles S.A. (en adelante, Yoigo) mediante el que realiza una serie de alegaciones coincidentes con la petición realizada por Orange. Yoigo considera que, a su juicio, se debería proceder a la eliminación de la cancelación o al menos a la prohibición clara y taxativa de que el operador donante se ponga en contacto con el cliente en un plazo de tiempo desde que se solicita la portabilidad, permitiendo de esta manera el cumplimiento en la práctica de la eliminación de la cancelación por el operador donante.

Noveno.- Mediante sendos escritos de fecha 31 de agosto de 2012, Telecable de Asturias, S.A. (en adelante, Telecable) y Jazztel Telecom, S.A.U. (en adelante, Jazztel) presentaron sus correspondientes alegaciones. Telecable reitera la postura ya manifestada en el marco del expediente RO211/2161 consistente en defender la necesidad de eliminar el proceso de cancelación de la portabilidad. Por el contrario, Jazztel no se posiciona en contra del proceso de cancelación sino que considera que debería permitirse siempre que no se produjeran prácticas irregulares tales como, por ejemplo, el envío de mensajes a los clientes indicándoles que deben ponerse en contacto urgentemente con el operador donante si desean continuar el proceso de portabilidad.

Décimo.- Con fecha 19 de septiembre de 2012 tuvo entrada en el Registro de la Comisión un escrito de la Asociación Española de Nuevos Operadores Móviles (en adelante, AENOM). En su escrito AENOM se alinea con la petición realizada por Orange solicitando



que se establezca la prohibición de la cancelación de portabilidad y, en caso de no ser así, de establecer la obligación para los operadores con poder significativo en el mercado de utilizar la información del Nodo Central exclusivamente para completar los procesos de portabilidad.

Undécimo.- Con fecha 26 de septiembre de 2012 tuvieron entrada en el Registro de la Comisión sendos escritos de la Unión de Consumidores de la Comunidad Valenciana (en adelante, UCV), la Asociación pro Derechos Civiles, Económicos y Sociales (en adelante ADECES), la Unión de Consumidores de Andalucía (en adelante, UCA) y la Asociación de Internautas. Todas ellas coinciden en solicitar que no se prohíban las cancelaciones de las solicitudes de portabilidad ni las contraofertas dirigidas a los clientes.

Duodécimo.- Con fecha 27 de septiembre de 2012 tuvo entrada en el Registro de la Comisión un escrito de la Unión de Consumidores de Catalunya (en adelante, UCC) mediante el que muestra su total conformidad con la postura manifestada por el resto de asociaciones de consumidores y usuarios.

Decimotercero.- Con fecha 28 de septiembre de 2012 la Unión de Consumidores de Euskadi (en adelante, UCE) y la Unión de Consumidores de Galicia (en adelante, UCG) presentaron sendos escritos en los que, tal como hacen el resto de asociaciones de consumidores, solicitan que no se prohíba el proceso de cancelación de las solicitudes de portabilidad ni las contraofertas dirigidas a los clientes.

Decimocuarto.- Con fecha 3 de diciembre de 2012, Movistar, Vodafone, Orange y Yoigo, acordaron un Código de buenas prácticas en materia de portabilidad móvil mediante el que se fijan una serie de prácticas consensuadas relativas a la recuperación de clientes y a la tramitación de las peticiones de cancelación de la portabilidad móvil.

Decimoquinto.- Mediante escrito de fecha 19 de marzo de 2013, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 84 de la LRJPAC, se procedió a comunicar a los interesados, la apertura del trámite de audiencia previo a la resolución definitiva del expediente así como el Informe elaborado por los Servicios de esta Comisión.

El informe concluye en desatender a las peticiones realizadas por Orange, indicándose asimismo que la herramienta para solventar las posibles prácticas irregulares que se han puesto de relieve en el presente expediente relacionadas con la retención de clientes y la tramitación de la cancelación de la solicitud, se debería articular mediante un conjunto de normas voluntarias de autoregulación sobre estas prácticas, tal como ya contempla el código de buenas prácticas ya suscrito por Movistar, Vodafone, Orange y Yoigo

Decimosexto.- Con fecha 27 de marzo de 2013 tuvo entrada en el Registro de la Comisión un escrito de Movistar en el que muestra su conformidad con el informe de audiencia. En consecuencia solicita que la Comisión dicte resolución conforme a la propuesta contenida en dicho informe.

Decimoséptimo.- Con fecha 3 de abril de 2013 tuvo entrada en el Registro de la Comisión escrito de Vodafone por el que manifiesta su acuerdo en términos generales con la propuesta contenida en el Informe de audiencia. Asimismo, Vodafone incluye alegaciones en relación con (i) la necesidad de que exista un proceso de cancelación de solicitudes de portabilidad móvil, (ii) la conveniencia de que existan prácticas de retención en el mercado en beneficio de los usuarios, (iii) la petición de Jazztel de prohibir las acciones de retención a determinados operadores y (iv) el Código de buenas prácticas (en adelante, CdC como medida para garantizar el correcto funcionamiento de la cancelación.

Decimooctavo.- Con fecha 9 de abril de 2013 tuvo entrada en el Registro de la Comisión escrito de Orange mediante el cual realiza una serie de alegaciones al informe de audiencia.



En concreto, Orange reincide en las argumentaciones ya expuestas a través de los distintos escritos presentados previamente. Asimismo, pone en duda que las incidencias referentes a la cancelación de la portabilidad, registradas el Nodo Central, resulten ser un reflejo fiel del nivel de incidencias de cancelación que realmente se producen.

Por otro lado, y en relación con la aplicación del CdC Orange señala que, si bien es una vía que no suprime todos los “temores” que Orange tiene respecto del buen funcionamiento del proceso, podría ser un instrumento útil para solventarlos siempre que la Comisión obligara a todos los agentes involucrados en los procesos de portabilidad a adoptar formalmente el citado CdC. Orange considera que una vez se hubiera suscrito el CdC por parte de todos los operadores, la Comisión debería velar por que el mismo se cumpliera.

Decimonoveno.- Con fecha 15 de abril de 2013 tuvo entrada en el Registro de la Comisión un escrito de ANEOM por el que realiza alegaciones al informe de audiencia. AENOM reincide en que desde la entrada en vigor de la portabilidad en un día hábil los operadores con mayor cuota de mercado vienen realizando prácticas de retención de clientes muy agresivas, lo que merma el fomento de una competencia efectiva en relación al proceso de portabilidad. Asimismo, AENOM señala nuevamente que la supresión del proceso de cancelación de la portabilidad supondría eliminar los posibles efectos negativos que la proliferación de este tipo de prácticas conllevaría para los usuarios.

Finalmente, AENOM entiende que es positivo que la totalidad de los operadores que actúan en el mercado adopten una postura común a través de un CdC. En este sentido, realiza una propuesta de CdC en la que refleja cambios con respecto al texto del CdC acordado por Movistar, Vodafone, Orange y Yoigo.

Vigésimo.- Con fecha 16 de abril de 2013 tuvo entrada en el Registro de la Comisión un escrito de Jazztel referente al informe de audiencia. Jazztel reincide en su postura de (i) no eliminar el proceso de cancelación establecido en las especificaciones técnicas de portabilidad móvil, y (ii) modificar dichas especificaciones para establecer un plazo de 6 meses en el que los OMRs no puedan realizar prácticas de retención desde el momento en el que se solicite la portabilidad por parte de un OMV.

Por último, Jazztel señala la necesidad de que esta Comisión defina los supuestos concretos en los que puede ser utilizada la información sobre los clientes obrante en las bases de datos del Nodo Central para fines comerciales.

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

II FUNDAMENTOS DE DERECHO

II.1 OBJETO DEL PROCEDIMIENTO

El procedimiento de referencia tiene por objeto analizar y resolver la petición realizada por Orange de eliminar el proceso de cancelación de las solicitudes de portabilidad en las especificaciones técnicas de portabilidad en redes móviles o, subsidiariamente, prohibir expresa y taxativamente la utilización de la información procedente del Nodo Central de portabilidad para fines comerciales (recuperación de clientes).

II.2 HABILITACIÓN COMPETENCIAL

De acuerdo con lo establecido en el artículo 48.3 de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones (en adelante, LGTel) esta Comisión tiene por objeto:



“(…) el establecimiento y supervisión de las obligaciones específicas que hayan de cumplir los operadores en los mercados de telecomunicaciones y el fomento de la competencia en los mercados de los servicios audiovisuales, conforme a lo previsto por su normativa reguladora y en el apartado 1 del artículo 10 de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía sostenible, la resolución de los conflictos entre los operadores y, en su caso, el ejercicio como órgano arbitral de las controversias entre los mismos”.

En relación con la solicitud presentada por Orange, las competencias de esta Comisión para intervenir resultan de lo dispuesto en la normativa sectorial.

En particular, la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones (en adelante, LGTel), en su artículo 18, indica que *“los operadores que exploten redes públicas telefónicas o presten servicios telefónicos disponibles al público garantizarán que los abonados a dichos servicios puedan conservar, previa solicitud, los números que les 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 se lleve a cabo”.*

El Reglamento sobre mercados de comunicaciones electrónicas, acceso a las redes y numeración (en adelante, Reglamento MAN), aprobado por 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.

A este respecto, con fecha 7 de julio de 2011, esta Comisión aprobó la modificación de las Especificaciones técnicas de los procedimientos administrativos para la conservación de numeración móvil en caso de cambio de operador. De conformidad con lo establecido en el artículo 30 de la Directiva 2002/22/CE, modificado por la Directiva 2009/136/CE, en dicha Resolución se procedió a reducir el plazo para hacer efectiva la portabilidad en 24 horas (un día hábil) desde la contratación de los servicios.

Asimismo, con la finalidad principal de hacer compatible la reducción del plazo para tramitar las solicitudes de portabilidad con el derecho del abonado a cancelar su solicitud dentro de dicho plazo, esta Comisión eliminó la posibilidad de cancelar las solicitudes de portabilidad a través del operador donante. Por lo que desde la puesta en funcionamiento de los nuevos procesos de portabilidad, el 4 de junio de 2012, los usuarios solo pueden cancelar una solicitud de portabilidad a través del operador receptor de la misma.

En consecuencia, de conformidad con lo anterior, compete a esta Comisión conocer de la petición planteada por Orange consistente en eliminar el proceso de cancelación en las Especificaciones Técnicas de portabilidad en redes móviles y, subsidiariamente, prohibir expresa y taxativamente la utilización de la información procedente del Nodo Central de portabilidad parar fines comerciales.

II.3 POSICIÓN DE OPERADORES MÓVILES Y ASOCIACIONES DE USUARIOS

De los escritos de alegaciones presentados por los distintos operadores, AENOM y las asociaciones de consumidores se desprende la existencia de dos posiciones claramente encontradas en relación con la petición realizada por Orange.

II.3.1 Conformidad con la propuesta de Orange

Por un lado, de conformidad con la propuesta de Orange se encontrarían Másmovil, R, KPN, Yoigo, Telecable y AENOM.



Todos ellos coinciden en solicitar la eliminación del proceso de cancelación o de forma subsidiaria prohibir expresa y taxativamente la utilización de la información procedente del Nodo Central de portabilidad para fines comerciales. Dicha petición se basa en considerar que la existencia de las prácticas comerciales basadas en realizar contraofertas a los clientes a través de la utilización del proceso de cancelación, mina la competencia en el mercado móvil.

Estos operadores señalan que ello es debido a que la existencia de contraofertas adaptadas de forma concreta al usuario que ha solicitado la portabilidad dificulta la capacidad del conjunto de usuarios de poder analizar las ofertas existentes, puesto que éstas no son ofrecidas de forma clara y transparente a la generalidad de los usuarios. Ello redundaría en que los usuarios dispongan de información parcial y sesgada de las tarifas realmente disponibles y no estén, por tanto, en condiciones de poder analizar el conjunto de tarifas al objeto de elegir la que mejor se adapte a sus necesidades.

Asimismo, Orange, MásMóvil, KPN, Yoigo y AENOM también señalan la existencia de ciertas prácticas comerciales por parte de los operadores que intentan retener al cliente que, a su juicio, llevan al engaño y en algunos casos incluso podría considerarse que conllevan cierto grado de agresividad. Todas estas prácticas estarían encaminadas a que el usuario reconsidere su solicitud de portabilidad y proceda a su cancelación.

En este sentido, dichos operadores señalan que el envío de mensajes a los usuarios en los que se les informa, por ejemplo, de la necesidad de ponerse en contacto con el operador donante para poder proseguir con el proceso de portabilidad o de la existencia de penalizaciones cuando ya ha finalizado el plazo de permanencia, pueden llevarles a interpretaciones erróneas, tal como señala AENOM.

Asimismo, estos operadores también ponen de relieve la proliferación de llamadas 'a tres' en las cuales es el propio operador donante el que, en la misma llamada en la que ha procedido a realizar la contraoferta al usuario, pone a éste en contacto con el operador receptor para que proceda a tramitar la cancelación de la portabilidad solicitada. De esta forma, consideran que podría estarse produciendo un fraude de ley puesto que de facto se trataría de una cancelación a través del operador donante; procedimiento que la última modificación de la especificación técnica de portabilidad móvil eliminó.

Por otra parte, Orange, MásMóvil y AENOM, ponen de relieve los costes que les ocasiona el poner a disposición de los usuarios los medios necesarios para que estos puedan proceder a cancelar la solicitud de portabilidad en un periodo de tiempo tan reducido. En este sentido señalan que el volumen de solicitudes de cancelación que deben tratar consume recursos en sus centros de atención a clientes que podrían estar dedicados a otros cometidos, tales como son la captación de nuevos usuarios o la reducción de los costes del operador.

R, KPN y Orange cuestionan el hecho de que las ramas comerciales minoristas del operador utilicen la información obtenida del Nodo Central para realizar sus prácticas de retención de clientes. En particular R manifiesta que, de acuerdo con el artículo 4 de la Ley 15/1999 de protección de datos de carácter personal², los datos necesarios para la portabilidad del Nodo Central sólo deberían estar accesibles para llevar a cabo la portabilidad solicitada. La

² "(...) 2. Los datos de carácter personal objeto de tratamiento no podrán usarse para finalidades incompatibles con aquellas para las que los datos hubieran sido recogidos. No se considerará incompatible el tratamiento posterior de éstos con fines históricos, estadísticos o científicos.

(...)

5. Los datos de carácter personal serán exactos y puestos al día de forma que respondan con veracidad a la situación actual del afectado.

No serán conservados en forma que permita la identificación del interesado durante un período superior al necesario para los fines en base a los cuales hubieran sido recabados o registrados".



utilización de los datos para fines distintos, como la realización de actividades de captación de clientes o de marketing, no están amparados por la finalidad del fichero para cuyo tratamiento dio su consentimiento el abonado.

KPN y Orange cuestionan que sea lícito el uso de una información puramente operativa, intercambiada entre los distintos operadores a través del Nodo Central con el único propósito de garantizar que el proceso de portabilidad se lleve a cabo de acuerdo a las especificaciones técnicas y con el mínimo número de incidencias posibles, para fines comerciales por parte del operador donante.

Adicionalmente, en relación con uno de los motivos esgrimidos para mantener el proceso de cancelación, en particular, el relativo a la existencia de periodos de permanencia en vigor, KPN y ANEOM consideran que la protección de los derechos de los consumidores y usuarios estaría ya garantizada cuando el usuario es informado de la existencia de dicha cláusula y de su duración, en el momento de la celebración del contrato de servicios de comunicaciones móviles. Por lo tanto ha de suponerse que cuando un usuario solicita la portabilidad de su número a otro operador, dicho usuario ya está en pleno conocimiento de existencia de una cláusula de permanencia acordada con el operador donante, no siendo, necesario que el operador donante contacte con el abonado con el único fin de informarle nuevamente de algo que se entiende que ya previamente debería haber informado.

En este mismo sentido, ANEOM señala que todo usuario tiene el derecho a ponerse en contacto con el servicio de atención al cliente de cualquier compañía antes de realizar una solicitud de portabilidad para informarse sobre este aspecto.

Orange, Másmovil y Yoigo manifiestan que a pesar de la reducción del plazo de portabilidad el ratio de cancelaciones sigue siendo muy elevado, por lo que no se habría logrado uno de los objetivos perseguidos cuando se procedió a modificar las actuales especificaciones técnicas de portabilidad para reducir el plazo a 24 horas. En este sentido, Orange alega sobre el cambio en las políticas comerciales llevadas a cabo por Movistar y Vodafone, los cuales a partir de febrero de 2012 tomaron la decisión de cesar en su política de subvención de terminales en captación, centrando la misma únicamente en las ofertas de retención, al objeto de evitar o limitar la pérdida de clientes.

Esta afirmación es parcialmente compartida por AENOM, la cual reconoce que, tal y como se señala en el informe de audiencia, el impacto de la reducción del plazo ha sido beneficioso puesto que el volumen de portabilidad se ha visto incrementado, siendo precisamente los operadores con menor cuota de mercado (OMVs y Yoigo) los que presentan mejores ganancias netas en el ámbito de la portabilidad. No obstante, AENOM entiende que esos datos no constatan que exista una competencia efectiva durante el proceso de portabilidad, puesto que si los operadores de red no realizasen este tipo de prácticas tan agresivas (en relación con la forma irregular de llevarlas a cabo), considera que los datos serían muy diferentes.

Finalmente, Orange señala que la existencia de prácticas de retención de clientes a través del proceso de cancelación produce un importante número de incidencias, provocado por el hecho de que el operador que debe ejecutar la cancelación carece de interés alguno en hacerlo, al suponer ello la pérdida de un cliente que le había solicitado el alta en su red.

Orange considera que la información sobre el volumen de incidencias en relación con el proceso de cancelación obtenida del Nodo Central no es representativa, debido a que los plazos de resolución de las incidencias no son adecuados y porque el tratamiento que los demás operadores les dan las hacen totalmente ineficientes.

Este hecho junto con la dificultad de tener constancia fehaciente de una incidencia por las características propias del proceso de cancelación, hace que Orange en sus alegaciones



ponga en cuestión los datos que en relación con las incidencias se obtienen del Nodo Central.

Por su parte AENOM también pone en entredicho la inexistencia de una problemática generalizada en la portabilidad, al haberse iniciado un proceso sancionador por parte de esta Comisión contra Orange y varios de los operadores virtuales que utilizan su red, por presuntos incumplimientos de la especificación técnica de portabilidad móvil (RO 2012/1856)

II.3.2 Mantenimiento del proceso de cancelación

Por otro lado, en oposición a los anteriores argumentos se encontrarían Telefónica, Vodafone, y las diferentes asociaciones de usuarios que han presentado alegaciones en el presente expediente. Todos ellos coinciden en la necesidad de mantener -o incluso reforzar- el proceso de cancelación actualmente contemplado en las especificaciones técnicas y en ningún caso abogan por limitar el acceso a la información contenida en el Nodo Central por parte de la rama comercial minorista.

En primer lugar, tanto Movistar como Vodafone, consideran que no existían razones para la apertura del presente procedimiento puesto que, a su juicio, la necesidad del proceso de cancelación ya fue ampliamente discutida durante la instrucción del procedimiento que dio lugar a la modificación de los procesos de portabilidad para su adecuación a la reducción de plazo de portabilidad a 24 horas.

La implementación práctica de dicha modificación se produjo el 4 de junio de 2012 por lo que a la fecha del envío del escrito de Orange había transcurrido únicamente un mes desde la introducción efectiva de la misma. Por tanto, esta modificación se encontraba en una fase muy prematura para poder sacar conclusiones sobre el efecto real de la medida, al no haber tenido tiempo de que su implementación hubiera madurado, una vez transcurrido un mínimo tiempo de desarrollo.

Asimismo, estos operadores ponen de manifiesto la necesidad de mantener el proceso de cancelación como mecanismo que forma parte de la garantía de libre elección que debe disponer el abonado.

En relación con esta cuestión, Vodafone y Movistar ponen en duda la posibilidad de establecer cualquier tipo de regulación que impida la realización de ofertas de retención, al entender que la misma constituiría una limitación artificiosa de la libre competencia que iría claramente en contra de los derechos de los clientes finales a tener acceso a las mejores ofertas disponibles en el mercado. En este sentido, a juicio de Telefónica, la realización de ofertas a los clientes que decidan iniciar un proceso de portabilidad encontraría soporte en el principio de libertad de empresa en el marco de una economía de mercado, consagrado en el artículo 38 de la Constitución Española, así como el deber de los poderes públicos de garantizar su ejercicio y la defensa de la productividad. Todo ello, en concordancia con el artículo 130.1 del mismo cuerpo legal.

Vodafone señala que esta Comisión no tiene habilitación alguna para prohibir las prácticas comerciales de retención de clientes puesto que se trataría de regular el mercado minorista de acceso a la telefonía móvil, que no es susceptible de regulación de conformidad con la Recomendación de la Comisión Europea relativa a los mercados que son susceptibles de regulación ex-ante.

A este respecto, Vodafone cita varios párrafos de la Resolución de 27 de septiembre de 2011, por la que esta Comisión ya dio contestación a las consultas formuladas por AENOM y KPN en relación con las prácticas de retención y recuperación de clientes realizadas por los operadores móviles (RO2011/407). En dicha consulta se planteó la adopción de la misma medida que con carácter subsidiario solicita ahora Orange, consistente en imponer a



los operadores la prohibición de usar la información del Nodo Central por parte de sus departamentos comerciales.

Por todo ello, Vodafone considera que *“si se aceptara la pretensión de Orange, la Comisión estaría extralimitándose en el ejercicio de sus competencias habilitantes por los motivos expuestos, arrogándose competencias que no le han sido atribuidas legalmente para regular estos servicios (...), en detrimento de la libertad de empresarial (...).”*

Adicionalmente, tanto Movistar como Vodafone añaden la necesidad de salvaguardar el principio de mínima intervención que debe presidir cualquier actuación de la Comisión, según el cual el poder público sólo debe intervenir cuando lo demande el interés público. Para ambos operadores dicho interés público exige el mantenimiento del derecho de los usuarios a cancelar su solicitud de portabilidad independientemente del motivo por el que se tome esa decisión.

Asimismo, estos operadores ponen de relieve la contradicción en la que incurre Orange ya que en el procedimiento de revisión de las especificaciones técnicas para la portabilidad fija (DT2009/1634) planteó exactamente la petición contraria a la que ahora solicita. En el citado expediente consideraba necesaria la cancelación por receptor y solicitaba, argumentando la defensa de los derechos de los usuarios, el mantenimiento del proceso de cancelación por donante para determinados supuestos, los cuales incluso pidió que fueran ampliados en el recurso de reposición interpuesto contra la Resolución de fecha 26 de abril de 2012, relativa a la modificación de las citadas especificaciones técnicas de la portabilidad fija.

Por otro lado, Movistar y Vodafone aportan una serie de estadísticas a través de las cuales ponen de relieve que al contrario de lo que afirma Orange, la implantación de la portabilidad a 24 horas ha conllevado una caída sustancial en los índices de cancelación de las solicitudes en rol de operador donante, llegando a ser el descenso mayor de lo esperado.

Adicionalmente, Vodafone aporta unos datos comparativos de saldo de portabilidades netas habido en julio de 2012 y en febrero de 2013, de los que se desprende que los operadores a los que se les acusa de hacer más retención (Vodafone y Movistar) siguen siendo los operadores que prestan peores saldos de portabilidad, siendo los OMV los operadores que están obteniendo los mejores saldos netos de portabilidad. Según Vodafone, este hecho demuestra que en el mercado móvil no existe la situación excepcional que, oportunamente justificada en la protección del concreto interés público de competencia que se tratara de salvaguardar, motive la adopción de la medida solicitada por Orange, consistente en restringir el uso de la información del Nodo Central.

Finalmente, estos operadores realizan una serie de alegaciones mediante las que pretenden dar respuesta a las acusaciones manifestadas por Orange sobre las prácticas llevadas a cabo por estos operadores a la hora de realizar su política de retención de clientes. En particular, Movistar considera que la tensión generada en los clientes se produce debido a malas prácticas comerciales realizadas por los operadores para la captación de los clientes, siendo estas malas prácticas las que producen el nivel de cancelaciones descrito.

Movistar señala que el mantenimiento del proceso de cancelación tiene un importante valor para el usuario porque: (i) puede permitirles acceder a una mejor oferta; (ii) les dota de toda la información necesaria para conocer el alcance e implicaciones de la decisión que pudieran haber adoptado sobre la portabilidad de su numeración; (iii) permite informar a los clientes de la necesidad de pagar una determinada compensación al operador donante por la conservación del terminal, dado que muchas veces no son conscientes de que aún no ha transcurrido el periodo mínimo de permanencia; y (iv) permite informar en tiempo útil al cliente sobre si desea o no modificar su decisión de portarse ya que, teniendo en cuenta el reducido plazo que actualmente hay para poder cancelar, el cliente no tendría fácil acudir al



operador receptor con el tiempo suficiente para poder practicar la cancelación de su portabilidad.

Asimismo, Movistar señala que no se ha producido ninguna práctica comercial distinta vinculada a la modificación del plazo de portabilidad y que las modificaciones que se hubieran podido producir se enmarcarían en la dinámica propia un entorno competitivo como es el mercado móvil en España.

Vodafone pone de relieve la libertad que tienen los operadores para configurar sus estrategias comerciales señalando que, al contrario de lo que argumenta Orange, su política comercial focalizada en la retención de clientes no tuvo ninguna relación con la entrada de la portabilidad a 24 h. En este sentido, Vodafone señala que si había un momento “regulatorio” poco afortunado para eliminar la subvención de terminales y focalizarse en la retención fue precisamente el elegido, pocos meses antes de la entrada en funcionamiento de la portabilidad en 24 horas, puesto que las especificaciones técnicas iban a reducir drásticamente el plazo para cursar una cancelación. De hecho, haciendo uso de la libertad para decidir su estrategia comercial, Vodafone comunicó el 2 de agosto de 2012 que promocionalmente, hasta el 15 de septiembre de ese año, volvería a subvencionar terminales a los nuevos clientes.

Por otra parte, Vodafone expone que cuando realiza una llamada a un cliente que inicia un procedimiento de portabilidad, lo hace: (i) para informarle de cuestiones tales como del cobro de una penalización por la existencia de un periodo de permanencia aún sin expirar; (ii) para conocer el motivo por el que desean cambiar de operador y de esta manera mejorar en lo posible los procesos de la compañía; y (iii) para hacerle una oferta con el objetivo de retenerle si es que el motivo del cambio fuera la mejora de la oferta comercial.

Asimismo, Vodafone pone de relieve el bajo número de incidencias vinculadas con el proceso de portabilidad recogidas en el Nodo Central, dato que vendría a contradecir la opinión de Orange sobre la existencia de un problema derivado del gran volumen de incidencias relacionadas con la imposibilidad de que el usuario pueda cancelar una solicitud de portabilidad.

Por el contrario, al igual que señala Movistar, Vodafone manifiesta la existencia de prácticas por parte de los operadores que dificultan la posibilidad de que el usuario ejerza su derecho a cancelar el proceso de portabilidad poniendo, como ejemplo, la falta de “transcanalidad” que presentan algunos operadores a la hora de tramitar la cancelación.

Por último, tanto Vodafone como Movistar rechazan la comparativa que realiza Orange con el modelo francés puesto que, a su juicio, las realidades de ambos países en cuanto a la portabilidad móvil son diametralmente opuestas. Movistar señala que el volumen de portabilidades que presenta España es el doble del que presenta Francia.

Adicionalmente, cabe indicar que las seis asociaciones de usuarios que han presentado alegaciones coinciden en solicitar que no se prohíba la posibilidad de cancelar solicitudes de portabilidad ni de realizar prácticas de efectuar contraofertas a los clientes en cualquier momento. Estas asociaciones entienden que la forma de solventar las posibles lesiones que se producirían sobre los derechos de los usuarios, como consecuencia de prácticas irregulares en relación con la cancelación de la portabilidad que pudieran estar llevando a cabo algunos operadores, no pueden consistir en limitar los derechos básicos de los usuarios en un sistema de libre mercado, sino en sancionar este tipo de prácticas.

En relación con la posibilidad de recibir contraofertas, dichas asociaciones manifiestan que esta posibilidad se enmarcaría dentro del ámbito del derecho a la información que debe disponer el usuario, siempre y en cualquier circunstancia, puesto que es uno de los principios básicos y fundamentales de la competencia y del libre mercado.



Asimismo, las asociaciones de usuarios ponen de relieve el volumen de portabilidades existentes en España, lo que demuestra que ni las contraofertas ni las cancelaciones han impedido la configuración de un mercado muy dinámico.

II.3.3 Postura de Jazztel

En cuanto a Jazztel, su posición se encontraría en un término medio entre las dos posturas anteriormente descritas, puesto que considera que no debe ser eliminado el proceso de cancelación establecido en las especificaciones técnicas de portabilidad en redes móviles ni regulada la prohibición expresa de utilizar la información procedente del Nodo Central de portabilidad para fines comerciales, sino que deben paralizarse de forma urgente e inminente las prácticas irregulares llevadas a cabo por parte de algunos operadores móviles de red (OMRs) para retener a sus clientes.

En este sentido, Jazztel propone que se establezca una prohibición sobre los OMR de realizar prácticas de retención de clientes en un plazo de seis meses desde el momento en el que se realiza una nueva venta por parte de un OMV, al objeto de delimitar los impactos que esta prácticas conllevan en cuanto a los costes a los que deben hacer frente los OMV para captar un cliente que finalmente cancela su solicitud de portabilidad.

Jazztel sustenta esta petición en dos aspectos: (i) en la existencia de prácticas que llevan a cabo los OMR consistentes en dirigir ofertas comerciales convergentes a los clientes que tienen el servicio de telefonía móvil contratado con un OMR con el terminal subvencionado y a su vez tienen contratado el servicio de ADSL de Jazztel. En este escenario Jazztel pone de relieve que no puede ofrecerles este tipo de ofertas convergentes a los clientes, puesto que éstos no podrían darse de baja con el OMR ya que incurrirían en una penalización muy elevada por el hecho de tener el terminal subvencionado, y (ii) en la existencia de otras prácticas a su juicio “irregulares” que estarían llevando a cabo los OMR como parte de su política de retención de clientes.

A este respecto, Vodafone señala que de existir prácticas “irregulares” de retención llevadas a cabo por los operadores éstas podrían ser realizadas por cualquier otro operador en su papel de donante de una portabilidad, y no exclusivamente por los OMR como se deduce de la solicitud planteada por Jazztel, por lo que Vodafone no comparte la discriminación entre operadores alegada por Jazztel.

Adicionalmente Jazztel solicita a esta Comisión que se pronuncie sobre en qué supuestos concretos puede ser utilizada la información obrante en las bases de datos del Nodo Central para fines comerciales ya que, según el criterio de Jazztel, esta utilización tan sólo puede ser autorizada para el supuesto de que el operador actúe bien en rol receptor o bien en rol donante.

II.3.4 Código de buenas practicas

Por último, existe unanimidad entre los distintos operadores y asociaciones que presentaron escritos de alegaciones al informe de audiencia (Movistar, Vodafone, Orange, AENOM y Jazztel) en que, tal como se planteaba en el informe, la suscripción por parte de todos los operadores móviles de un CdC en relación con los procesos de contraofertas y de cancelación, sería claramente beneficioso y supondría una mejora con respecto a la situación actual.

En este sentido Orange señala que para que el CdC resulte efectivo debería asegurarse la participación de todos los agentes del sector y que esta Comisión vele porque se cumpla efectivamente. Orange señala la necesidad de que se evalúe el funcionamiento de dicho Código a medio plazo para determinar si ha resultado eficiente en la resolución de los



problemas detectados. De la misma forma, Vodafone considera que el CdC debería ser firmado por todos los operadores móviles y en especial por Ono y Jazztel, que son en estos momentos dos de los operadores que más importaciones realizan.

Por otro lado, en relación al CdC, AENOM realizar una serie de consideraciones al texto que actualmente tienen acordado Movistar, Vodafone, Orange, y Yoigo.

Jazztel considera que la adhesión al CdC por parte de los distintos agentes puede ser una solución muy útil para determinadas prácticas irregulares pero que, en ningún caso, solucionará la problemática con la que se encuentran los OMV con respecto a las ofertas convergentes dirigidas exclusivamente a los clientes de ADSL de los OMV aprovechando la subvención previa del terminal por parte de los OMR a los clientes, por haber contratado el servicio de telefonía móvil con ellos.

II.4 SITUACIÓN ACTUAL

Tal como señalan Movistar y Vodafone en sus respectivos escritos, el momento temporal elegido por Orange para presentar el escrito que ha dado lugar al presente procedimiento (un mes después de la implementación efectiva de los procesos de portabilidad a 24 horas) impedía obtener unas conclusiones fidedignas del impacto que dicha modificación había podido tener en los procesos de portabilidad. Un cambio de esta magnitud requiere de la adaptación no solo de los procesos comerciales de los operadores sino también de la asimilación de los mismos por parte de los usuarios.

Hay que tener en cuenta que dicha implementación se produjo justo antes de empezar el periodo vacacional de verano por lo que utilizar los datos obtenidos en los primeros meses de funcionamiento del proceso de portabilidad a 24 horas podría dar lugar a conclusiones sesgadas. Por ello, se considera que los verdaderos efectos de la implementación de dichas modificaciones se reflejarían en el mercado una vez se recorriera la necesaria curva de aprendizaje que requería la modificación substancial del plazo de portabilidad como la que se llevó a cabo.

Sin embargo, ya ha transcurrido un tiempo suficiente desde la puesta en funcionamiento de la portabilidad a 24 horas para que los datos históricos del Nodo Central reflejen de forma más estable el impacto que las citadas modificaciones de las especificaciones técnicas han producido en los procesos de portabilidad. A continuación se procede a su análisis.

II.4.1 Ratio de cancelaciones

De los ficheros de estadísticas que genera el Nodo Central de portabilidad móvil se obtiene el siguiente gráfico.

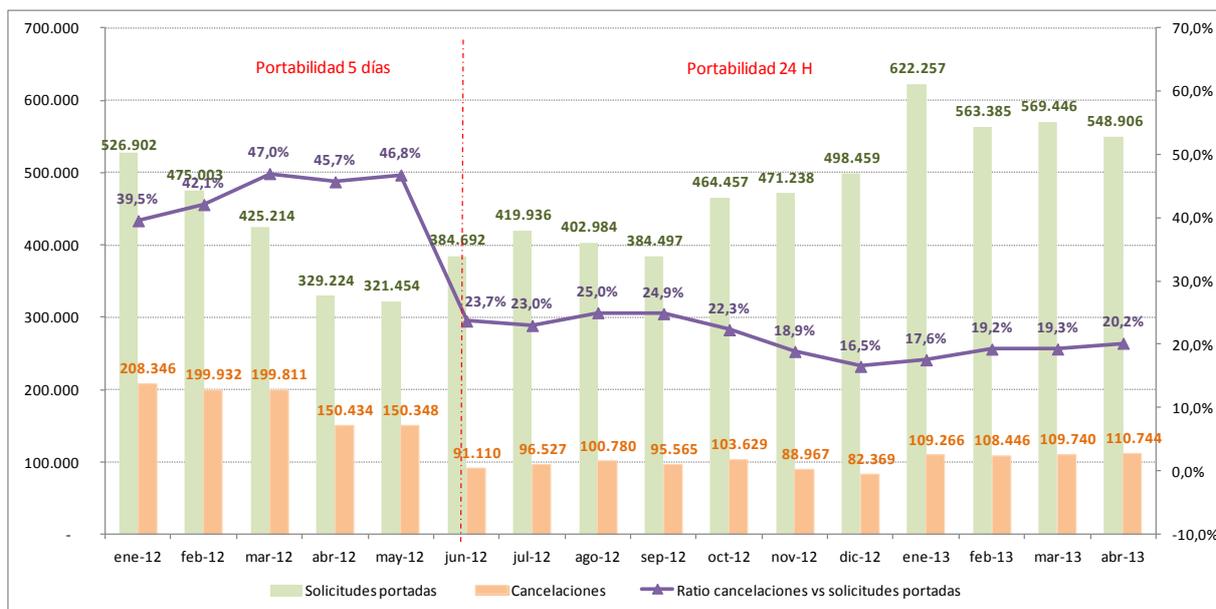


Figura 1: relación solicitudes portadas vs cancelaciones

Se puede observar ahora el ratio existente entre las solicitudes portadas y canceladas con anterioridad a la entrada de la portabilidad a 24 horas y su evolución desde la introducción de la reducción del plazo.

Para su elaboración se ha tomado como referencia el volumen de solicitudes portadas por dos motivos: (i) porque de esta forma el resultado obtenido no se encuentra condicionado por otros factores externos como podrían ser el volumen de denegaciones si se utilizara como base de la comparativa el volumen de portabilidades solicitadas, y (ii) porque el volumen de solicitudes portadas presenta un alto grado de correlación con el volumen de numeraciones portadas.

Esta relación tiene especial relevancia por el hecho de que adicionalmente a la reducción del plazo de portabilidad, en la modificación de las especificaciones técnicas operativas desde el 4 de junio de 2012 se enriquecieron las estadísticas que genera el Nodo Central introduciendo, entre otras informaciones, los volúmenes de solicitudes portadas. Con anterioridad a esta modificación los datos del Nodo Central referidos a las solicitudes exitosas únicamente reflejaban el volumen de numeración portada.

Del análisis de los datos extraídos del Nodo Central con posterioridad al 4 de junio de 2012 se corrobora que la correlación entre el volumen de numeración portada y el volumen de solicitudes portadas se mantiene prácticamente constante en el tiempo. Por lo tanto, habida cuenta de que antes del 4 de junio no se disponía del volumen de solicitudes portadas pero sí del volumen de numeración portada, es posible obtener el volumen de solicitudes de portabilidad que dieron lugar a ese volumen de numeración portada. De esta forma, estamos en condiciones de comparar las solicitudes portadas con las solicitudes canceladas en toda la serie temporal.

Del gráfico se concluye que efectivamente la entrada en vigor de la portabilidad en 24 horas, tal como se preveía, ha tenido un impacto decreciente significativo en cuanto al volumen solicitudes canceladas. El porcentaje de cancelaciones se ha visto reducido del 46,8% al 23,7% a raíz del cambio de modelo, siguiendo una senda descendente a medida que ha ido transcurriendo el tiempo y, por tanto, adaptándose la realidad del mercado al nuevo plazo de portabilidad, hasta llegar a una situación bastante estable. De esta forma observamos que en abril de 2013 el ratio se sitúa en el 20,2%, lo que representa 26,6 puntos porcentuales



menos que en mayo de 2012 y 25,5 puntos porcentuales menos en relación con el mes de abril del año 2012.

En conclusión, de las estadísticas obtenidas del Nodo Central se observa que la reducción del plazo de portabilidad ha conllevado una reducción significativa del porcentaje de cancelaciones con respecto a la situación pre-existente, lo que a su vez ha representado un incremento del volumen de solicitudes portadas.

II.4.2 Volumen de incidencias

La Especificación Técnica de los procedimientos administrativos para la portabilidad de la numeración telefónica móvil incluye dentro de los procesos que son gestionados por el Nodo Central, el relativo a la gestión de incidencias de portabilidad. En su apartado 7.6 señala que *“el Nodo Central es el maestro de información sobre incidencias y dispondrá en su entorno Web de un registro de las incidencias que se han abierto relativas a los mensajes intercambiados para cada una de ellas, siendo este registro accesible por las entidades externas mediante la interfaz de supervisión. Los estados de las distintas incidencias sólo tendrán efecto cuando estén recogidos en el Nodo Central.”*

Dentro de las tipologías de incidencias descritas en el citado apartado de la especificación técnica encontramos la siguiente:

“Incidencias relacionadas con el proceso de cancelación:

- *Genérica de cancelación: Cualquier incidencia relacionada con una cancelación de una solicitud de portabilidad. Esta tipología de incidencia debe incluir los códigos de referencia asociados a las solicitudes afectadas.”*

En su escrito de alegaciones Orange pone en cuestión la utilización de esta incidencia para valorar la problemática existente en torno a la cancelación, ya que considera que la incidencia genérica de cancelación presenta un plazo de resolución que no resulta adecuado para procesar este tipo de incidencias y porque el tratamiento que los demás operadores hacen de ellas las hace totalmente ineficientes.

A este respecto, en primer lugar se señala que tal como se ha indicado anteriormente, la especificación técnica define claramente que el Nodo Central actúa como base de datos maestra en relación a la información sobre incidencias. Por lo tanto, el hecho de que las características de la actual incidencia genérica de cancelación, a juicio de Orange, no resulten ser las más adecuadas para tratar este tipo de incidencia, ello no es óbice para que Orange la utilice para dejar constancia de las incidencias existentes, más aún si, tal como reconoce en su escrito de alegaciones, la evidencia de este tipo de incidencias resulta muy compleja porque son escasos los casos en los que el cliente está en disposición de aportar una prueba fehaciente de que su petición de cancelación no ha sido atendida por el operador receptor.

Por lo tanto, tal como señala la especificación y teniendo en cuenta las propias características intrínsecas de las incidencias de cancelación, debe tomarse como indicativo del nivel de la problemática existente el volumen de incidencias de cancelación que se registre en el Nodo Central.

Asimismo del análisis de las incidencias genéricas de cancelación abiertas se deduce que, como mínimo, en algunos de los casos las incidencias se han resuelto correctamente³ mediante el uso de la dicha tipología de incidencias. Por lo que si bien puede ser cierto, como señala Orange, que la ‘incidencia genérica’ de cancelación no se adaptaría idealmente

³ Por ejemplo código de incidencias 0030143005130102171300069 o 0040063005130118163300090.



a las necesidades para vehicular las incidencias existentes en la cancelación, la forma de proceder en este caso no puede ser el incumplimiento de la especificación no grabando las incidencias en el Nodo Central, sino la petición en su caso de la modificación de las especificaciones que, según Orange, no se verían satisfechas con la estructura de la actual incidencia.

En consecuencia, del análisis de los datos del Nodo Central referentes a la tipología de incidencia *Genérica de cancelación* se colige el impacto a nivel de incidencias relacionadas con la cancelación que pueden haberse derivado de la reducción de la portabilidad a 24 horas.

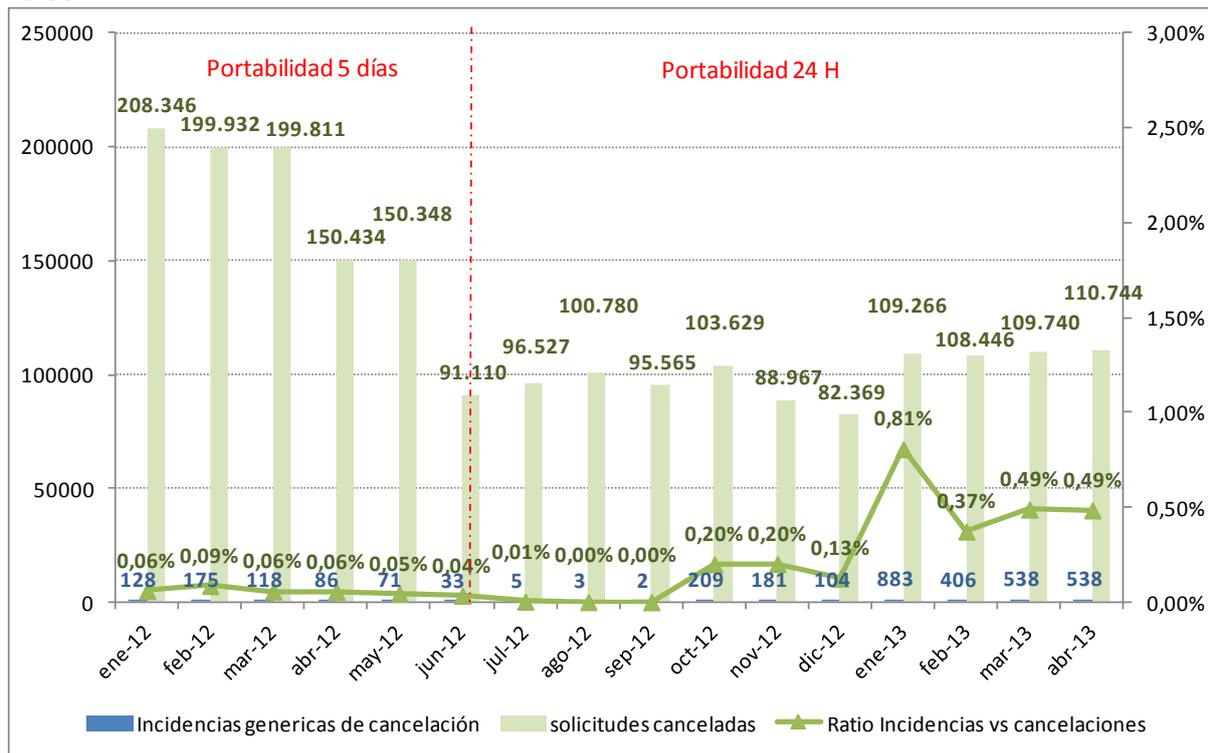


Figura 2: relación entre solicitudes canceladas vs incidencias

De la figura⁴ se desprende que el volumen de incidencias con respecto al volumen de cancelaciones cursadas es mínimo, encontrándose en general por debajo del 0,5%, valor que se ve aún más reducido si lo comparamos con el volumen de solicitudes portadas (por debajo del 0,15%).

Del análisis de las incidencias se observa que **CONFIDENCIAL**[], de forma contraria a la especificación técnica⁵, incluye en algunas incidencias MSISDN pertenecientes a distintas solicitudes de portabilidad. Este hecho podría distorsionar en cierta medida los resultados que muestran las estadísticas obtenidas del Nodo Central. No obstante, incluso teniendo en cuenta esta anomalía, el ratio entre el volumen de numeración afectada por las incidencias con respecto al volumen de numeración portada seguiría presentado valores muy bajo. Si se considera un volumen medio de MSISDN por incidencia en el caso de **CONFIDENCIAL** [] de

⁴ El incremento del número de incidencias que se refleja a partir de enero de 2013 deriva del número de incidencias iniciadas por **Confidencial**[]. En los meses precedentes este operador presentaba volúmenes de incidencias generadas cercanas a 0, mientras que a partir de enero empieza a abrir incidencias de cancelación, lo que parece indicar un cambio en su política de identificación, consideración y tratamiento de las incidencias.

⁵ El punto 3 del apartado 7.6.3 Tipología de incidencias señala que la incidencia genérica de cancelación como debe incluir el código de referencia asociado a la solicitud afectada.



7⁶, el volumen de numeración afectada con respecto a la numeración portada en el mes que presenta mayor ratio de incidencias (enero) sería del 0,36%.

Por lo tanto, de acuerdo a los datos del Nodo Central se concluye que la reducción del plazo de portabilidad no ha comportado un incremento relevante de la tasa de incidencias genéricas de cancelación, manteniéndose la misma en valores muy bajos.

Orange alega que los datos que aportada como prueba del nivel de incidencias en otros procedimientos abiertos por esta Comisión (RO2012/1648), deberían resultar suficientes para acreditar el nivel de conflictividad que genera el proceso de cancelación y no entiende por qué esta Comisión los rechaza cuando la prueba de que existen incidencias por cancelación es “diabólica”, ya que resulta muy complejo demostrar la existencia de la incidencia al ser muy pocos los casos en los que el usuario puede hacer llegar a tiempo una grabación y/o un escrito firmado solicitando ayuda en la cancelación.

Esta Comisión no rechaza los datos aportados por Orange, sino que no dispone de ningún otro medio que permita corroborarlos, al no haber hecho constar Orange dicho nivel de incidencias en el Nodo Central, ni aportar reclamaciones de los propios clientes a través de cualquier soporte que permita su almacenamiento y conservación. Con respecto a la acreditación de las incidencias, si bien se comprende que puede ser de difícil obtención en todos los casos, cabe indicar que otros operadores en diferentes procedimientos tramitados por esta Comisión sí han podido acreditarlas, como en el expediente RO2012/1648⁷.

En conclusión, no se ha podido demostrar que exista una problemática generalizada en la portabilidad que provoque un número significativo de incidencias a los usuarios. De hecho esta circunstancia concordaría con las opiniones mostradas por las distintas asociaciones de usuarios las cuales, lejos de detectar una problemática vinculada con el derecho del usuario de cancelar las solicitudes de portabilidad, solicitan expresa y contundentemente que no se prohíba dicha posibilidad. Esta conclusión no se ve cuestionada, tal como pretenden alegar Orange y AENOM, por el hecho de que esta Comisión procediera a abrir procedimientos sancionadores a ocho OMV y a Orange, el pasado 14 de febrero de 2013.

La incoación de los procedimientos sancionadores no guarda relación alguna: (i) ni con la existencia de un volumen alto de incidencias por cancelaciones de las solicitudes de portabilidad, (ii) ni con la necesidad de dejar transcurrir un tiempo prudencial para analizar la adaptación de los abonados y de los procesos de portabilidad a la reducción del plazo a 24 horas para su tramitación.

El objeto de los citados procedimientos es analizar un presunto incumplimiento de las Especificación Técnicas de portabilidad móvil debido, principalmente, a la posible falta por no conservar las solicitudes de portabilidad, a la supuesta falta de grabación de las mismas en el Nodo Central dentro del medio día hábil establecido para ello, y a la presunta falta de consignación de la hora en las solicitudes de portabilidad suscritas por el abonado.

II.5 ANÁLISIS DE LA SOLICITUD DE ORANGE

Una vez descrita la situación actual nos encontramos en condiciones de evaluar el impacto que ha tenido la implementación de la portabilidad a 24 horas y en este contexto analizar las peticiones realizadas por Orange.

⁶ Según los datos obtenidos del Nodo Central, el volumen de numeración por incidencia depende del operador, variando de la decena de números en una misma solicitud a solicitudes en las que únicamente se incluye un MSISDN.

⁷ Expediente en el que se analizó la necesidad de regular la transcanalidad para cancelar una solicitud de portabilidad móvil, así como las posibles incidencias originadas por los operadores móviles receptores por no garantizar la cancelación de las solicitudes de portabilidad.



II.5.1 Supresión de la cancelación

La petición principal realizada por Orange y secundada por Másmovil, R, KPN, Yoigo, Telecable y AENOM, consiste en la eliminación del procedimiento de cancelación.

Orange, Másmovil y Yoigo sustentan dicha petición, entre otros motivos, en el hecho de que consideran que con la introducción de la portabilidad a 24 horas no se ha producido un descenso del ratio de cancelaciones en el volumen que preveían. Por lo tanto, no se habría logrado uno de los objetivos perseguidos cuando se procedió a modificar las actuales especificaciones técnicas de portabilidad.

A este respecto se señala que la implantación de la portabilidad a 24 horas tenía como fin, no la reducción de la tasa de cancelaciones ni la eliminación de la misma, sino la adecuación de la especificación técnica a la regulación europea⁸ y nacional⁹, la cual determina que el usuario tiene derecho a disfrutar de los servicios de su nuevo operador manteniendo el número telefónico una vez transcurrido un día hábil desde que el usuario suscribe un acuerdo con dicho operador receptor.

La reducción del volumen de cancelaciones derivado del menor tiempo disponible por parte del usuario para poder cancelar una solicitud, era un efecto colateral de la reducción del plazo de portabilidad, sin que existiera por parte de esta Comisión un objetivo específico de reducción de esta tasa que pudiera derivar en la aseveración realizada por estos operadores cuando indican que no se había logrado uno de los objetivos perseguidos cuando se produjo al reducción del plazo de portabilidad.

A pesar de ello, del análisis de la información obtenida del Nodo Central que se detalla en el apartado anterior, se observa que efectivamente ha habido un importante descenso en cuanto al volumen y el porcentaje de cancelaciones que se produjo de forma abrupta tras la implementación de la portabilidad a 24 horas y cuya tendencia de disminución de forma más moderada se ha mantenido hasta diciembre de 2012, estabilizándose después de esta fecha en un valor alrededor del 20%.

Por tanto, a pesar que éste no era un objetivo a la hora de implementar la reducción del plazo de portabilidad, tal como se vaticinaba en la resolución DT2009/1660, ha tenido el efecto de aminorar de forma significativa el porcentaje de cancelaciones y, en consecuencia, su volumen.

En relación con las alegaciones presentadas por los operadores Orange, Másmovil, R, KPN, Yoigo, Telecable y AENOM, manifestando que la existencia de prácticas comerciales basadas en la contraoferta a través de la utilización del proceso de cancelación mina la competencia en el mercado móvil, es preciso señalar, tal como ponen de relieve Movistar y Vodafone, que la cuestión sobre la necesidad de mantener el proceso de cancelación ya fue ampliamente analizada, tanto en la Resolución que puso fin al expediente DT2009/1660 como en el posterior recurso de reposición interpuesto por Orange¹⁰ contra la misma, concluyéndose que era necesario este proceso en la portabilidad móvil puesto que forma parte de la libre elección de proveedor de servicio.

⁸ Artículo 30.4 de la Directiva 2009/136/CE, de 25 de noviembre de 2009, por la que se modifican la Directiva 2002/22/CE relativa al servicio universal y los derechos de los usuarios en relación con las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas, la Directiva 2002/58/CE relativa al tratamiento de los datos personales y a la protección de la intimidad en el sector de las comunicaciones electrónicas y el Reglamento (CE) nº 2006/2004 sobre la cooperación en materia de protección de los consumidores.

⁹ Artículo 38.2 m) de la LGTel y punto 4 de la disposición tercera de la Circular 1/2008 de esta Comisión.

¹⁰ Resolución (AJ 2011/1920) por la que se resuelve el recurso de reposición interpuesto por France Telecom España, S.A.U. contra la Resolución de fecha 7 de julio de 2011, relativa a la modificación de la especificación técnica de los procedimientos administrativos para la conservación de numeración en caso de cambio de operador en redes móviles (AJ 2011/1920).



En este sentido, es relevante el hecho de que las distintas asociaciones de usuarios respaldan esta visión señalando que la cancelación de la portabilidad solicitada es la otra cara de la moneda de la petición de cambio. Ambas manifestaciones de voluntad, solicitud y cancelación, garantiza la libre elección del usuario durante todo el proceso de transferencia.

En relación con el impacto en la capacidad de competencia en este mercado que pudiera derivarse de las prácticas de retención de clientes a través de la cancelación, tal como se detallará en el apartado siguiente, éstas no encuentran sustento en los datos obtenidos del Nodo Central, los cuales demuestran que los operadores con mayor cuota de mercado -y que según denuncian Orange, Másmovil, R, KPN, Yoigo, Telecable y AENOM, realizan mayores prácticas de retención de clientes-, son los que presentan peores balances en el ámbito de la portabilidad.

Por otra parte, Orange, Másmovil y AENOM ponen de relieve los costes que les ocasiona el poner a disposición de los usuarios los medios necesarios para que estos puedan proceder a cancelar la solicitud de portabilidad en un periodo de tiempo tan reducido.

Sobre esta alegación cabe indicar que la actividad comercial que llevan a cabo los operadores conlleva unos costes operativos que, en algunos casos como el de la cancelación o el de la baja de la numeración, además de los costes propios del proceso suponen la pérdida de un cliente. De forma racional los operadores prefieren invertir en procesos que supongan la captación de nuevos clientes o la retención de los mismos en lugar de dedicar recursos a procesos que causen la pérdida del mismo.

Sin embargo la posibilidad cancelar un proceso de portabilidad forma parte del derecho que tienen los usuarios para elegir libremente a su proveedor de servicios por lo que los operadores receptores están obligados a dimensionar su infraestructura y agilidad operativa para poder gestionar estas peticiones y garantizar dicho derecho al usuario. La cancelación de la portabilidad no es una opción del operador, sino una obligación regulatoria. Por otra parte, tal como muestran las estadísticas, la reducción del plazo de portabilidad ha supuesto una reducción significativa en el porcentaje de cancelaciones (en más de un 50%), por lo que también deberían haberse visto reducidas las peticiones de cancelación que se han tenido que atender y, por ende, el coste derivado de su gestión.

En conclusión, tal como ya se argumentó extensamente en la Resolución que puso fin al expediente DT2009/1660 y en su posterior recurso de reposición, se considera necesario mantener el proceso de cancelación, puesto que garantiza la capacidad del usuario de poder elegir libremente en todo momento a su proveedor de servicio.

II.5.2 “Murallas” entre la rama mayorista y la rama minorista de los operadores

La petición subsidiaria planteada por Orange y secundada por Másmovil, R, KPN, Yoigo, Telecable y AENOM consiste en prohibir expresa y taxativamente la utilización de la información procedente del Nodo Central de portabilidad para fines comerciales. De esta forma se estarían erigiendo unas “murallas” entre la rama comercial minorista y el departamento que gestiona la portabilidad, al objeto de evitar que los comercializadores, al ser informados de la petición de portabilidad de un usuario, pudieran ponerse en contacto con el cliente para realizar cualquier práctica comercial, ya fuera meramente informativa o de presentación de una contraoferta para retenerlo en su servicio.

Para analizar esta posibilidad, en primer lugar es preciso determinar si la Comisión sería competente para imponer esta obligación puesto que Vodafone, tal como se ha detallado con anterioridad, pone en duda que la Comisión tenga la habilitación competencial para imponer esta restricción.



En línea con lo establecido en la resolución de 27 de septiembre de 2011, se sigue manteniendo que el mercado minorista de acceso a la telefonía móvil no es un mercado regulado ni objeto de regulación, de conformidad con la Recomendación de la Comisión Europea. La competencia de dicho mercado minorista se trata de garantizar mediante la imposición de obligaciones en el mercado mayorista de acceso y originación de llamadas en las redes públicas de telefonía móvil, como bien conoce Vodafone. En este mercado mayorista no se ha estimado necesario ni proporcionado impedir la retención o recuperación de clientes por parte de los operadores declarados con PSM.

Ello no implica que la Comisión no tenga habilitación para imponer dicha prohibición de retener o recuperar clientes, tal y como ya se ha hecho con Telefónica como operador con PSM, en el ámbito de la preselección, el AMLT o en el mercado 4 de acceso (físico) al por mayor a infraestructura de red para el servicio de acceso al bucle de abonado, con la finalidad de fomentar la competencia a nivel minorista y limitar la ventaja competitiva que detenta Telefónica sobre el acceso a la red telefónica y al bucle de abonado.

No obstante lo anterior, resulta de interés aclarar que la medida solicitada por Orange y, por tanto, el objeto de este expediente no es regular el mercado minorista de telefonía móvil ni las prácticas de retención de clientes que realizan algunos operadores móviles con la finalidad de fidelizar a sus abonados. Cuestión distinta es que la posible imposición de la medida a nivel mayorista solicitada por Orange, consistente en prohibir a los operadores móviles que los datos sobre los procesos de portabilidad móvil alojados en el Nodo Central sean utilizados por sus departamentos comerciales o de atención al cliente, pueda tener indirectamente efectos sobre dichas prácticas de retención de clientes.

Algunas autoridades regulatorias europeas han adoptado este tipo de medidas. Sirva de ejemplo el caso de ARCEP en Francia, a través de la Decisión nº 06-0381, de 30 de marzo de 2006, precisando las modalidades de aplicación de la portabilidad de números móviles en territorio metropolitano; o de AGCOM en Italia, mediante la Decisión nº 78/08/CIR, de 26 de noviembre de 2008, por la que se aprueba la norma reguladora de la portabilidad de numeración móvil.

Asimismo, cabe indicar que en el Reino Unido también se procedió a regular esta medida en los procesos de portabilidad a través de una norma general como la “Communications Act 2003” relativa a la información obtenida durante las negociaciones de acceso de red.

En España, a diferencia de lo que ocurre para los procesos de negociación de los acuerdos de acceso e interconexión, donde esta prohibición se recoge expresamente en los artículos 11.6 y 19 de la LGTel y 16.11 en relación con el artículo 22.6 del Reglamento MAN, tras la transposición del artículo 4.3 de la Directiva de Acceso, no existe una norma de carácter general que regule expresamente la prohibición de traspasar información entre departamentos en el ámbito de la portabilidad numérica, teniendo en cuenta que la portabilidad no es una obligación impuesta a un operador derivada de ningún mercado, sino una obligación simétrica para todos los operadores derivada del derecho del usuario al cambio de operador a la vez que retiene el mismo número telefónico.

No obstante, nuestra legislación sectorial sí regula la habilitación competencial de esta Comisión para poder imponer este tipo de medida. Así es, tal y como ya se indicó en la citada resolución de 27 de septiembre de 2011, el artículo 43.2.e) del Reglamento MAN reconoce a esta Comisión la facultad de definir las especificaciones técnicas y administrativas aplicables entre los operadores que cumplan, entre otros requisitos, que:

“la información sobre los abonados que sea preciso mantener sea la mínima necesaria y que se establezcan los mecanismos de acceso y gestión de la información que impidan prácticas contrarias a la competencia”.



Es de interés hacer notar que el establecimiento de este tipo de medida, además de que sería aplicable a todos los operadores, tengan o no PSM, requiere que la misma vaya dirigida a impedir prácticas contrarias a la competencia.

Por otro lado, tal como ya se ha indicado, tanto Vodafone como Movistar consideran que limitar las prácticas de retención de clientes supondría una injerencia en su libertad de empresa, y atentaría contra el principio de mínima intervención que debe regir las actuaciones del Regulador.

A este respecto cabe señalar que si bien es cierto que la libertad de empresa se vería limitada como consecuencia de imponer la medida propuesta por Orange, la limitación de dicha libertad particular está permitida por la legislación sectorial con la finalidad de evitar ventajas competitivas y así garantizar el interés general de fomentar la competencia en el mercado. Baste recordar que la propia Telefónica tiene limitado su derecho a la libertad de empresa en materia de preselección y de acceso al bucle de abonado, teniendo prohibida la posibilidad de traspasar información entre sus departamentos así como de recuperar clientes de forma inmediata, con la finalidad de reducir la ventaja competitiva de la que goza en dichos mercados dada su condición de operador histórico y con PSM.

En consecuencia, en contra de lo que opina Vodafone y Movistar, la Comisión estaría habilitada para imponer a todos los operadores la prohibición de utilizar los datos sobre los procesos de portabilidad numérica alojados en el Nodo Central, por aquellos departamentos de los operadores móviles distintos del directamente involucrado en la tramitación de las solicitudes de portabilidad, de observarse que la utilización de dicha información pudiera generar ventajas competitivas a los operadores donantes, y ello sin necesidad de revisar el análisis del mercado 15 o entrar a regular el mercado minorista de telefonía móvil.

Por otro lado, es preciso analizar si la utilización de la información del Nodo Central por los departamentos comerciales sería acorde con la legalidad vigente en materia de protección de datos, escenario puesto en duda por parte de R, KPN, Orange y Jazztel.

A este respecto R señala que en la Especificación Técnica aprobada por la Comisión se establece que en las solicitudes de portabilidad de la numeración móvil deberá incluirse que: *«el interesado consiente en el tratamiento de datos personales que le conciernen, tanto de los incluidos en la solicitud como de los que conoce el operador con quien tienen contratado el servicio, de manera voluntaria, libre, inequívoca, específica e informada. Autoriza, por tanto, la cesión de sus datos del operador con quien tiene contratado su servicios, a aquél operador que se lo prestará en adelante al objeto y con el fin exclusivo de la conservación de su número en el proceso de portabilidad y condicionándola a este motivo»*.

La citada previsión contenida en las Especificaciones Técnicas y a la que hace referencia R, en relación con los requisitos de la solicitud de portabilidad, se refiere únicamente a la autorización que debe dar el abonado a su operador donante para poder traspasar la información que detente sobre él al operador receptor a los efectos exclusivos de que se lleve a cabo el proceso de la portabilidad; es decir, se limita a recoger la cesión consentida de los datos del abonado a un operador distinto al que en ese momento le presta el servicio.

De ahí no se colige que los datos sobre el abonado que detenta el operador donante por ser su prestador de servicios no puedan ser utilizados para otras finalidades, como las actividades comerciales o de marketing, a excepción de que el abonado en cualquier momento durante el mantenimiento del contrato con dicho operador ejerza su derecho a que no se le remita ninguna clase de información comercial o promocional del operador, de conformidad con lo dispuesto en la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal (LO 15/1999) y los artículos 31 del Real Decreto 899/2009, de 22 de mayo y 22.1 de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la



Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico¹¹. En este supuesto, es claro que el operador donante no podría realizar prácticas de retención de abonados mediante el ofrecimiento de nuevas ofertas comerciales durante el proceso de portabilidad numérica.

Asimismo, tampoco se considera aplicable a los efectos citados lo establecido en el artículo 4 de la Ley de Protección de Datos. Ello porque, como ya hemos anticipado, salvo que el abonado no haya dado su consentimiento para el tratamiento de sus datos personales con fines comerciales, el uso de dicha información por su prestador de servicios durante la duración del contrato para comunicarle una mejor oferta de servicios no puede considerarse como un uso de los datos con finalidad incompatible con aquélla para la que fue proporcionada por el usuario, o que dichos datos se estén conservando para otros fines distintos del objeto para el que fueron recabados.

Cuestión distinta es la que plantea Jazztel que solicita a esta Comisión que prohíba expresamente la utilización de la base de datos obrante en el Nodo Central para extraer información de los clientes que se encuentran en otro operador con el objeto de dirigir ofertas comerciales exclusivas. En la línea de lo ya expuesto, Jazztel considera que la utilización de esta información tan sólo puede ser autorizada para el supuesto de que el operador actúe bien en rol receptor o bien en rol donante, pero no por operadores terceros.

A estos efectos, cabe indicar que este Organismo no es la autoridad competente para prohibir el uso alternativo que se haga de la información que se obtiene del Nodo Central a los efectos de impedir prácticas comerciales, salvo que ello impacte en el desarrollo de la competencia en el mercado o en la garantía del derecho de los usuarios a cambiar de operador con conservación de la numeración, tal y como analizaremos a continuación.

Por otra parte, siguiendo la normativa de protección de datos personales y de acuerdo con los procesos de la portabilidad regulados en las especificaciones técnicas, los únicos operadores que tienen acceso a los datos personales de los abonados que cursan una solicitud de portabilidad son el operador receptor y el donante, ya que los abonados han hecho una cesión consentida de dichos datos al establecer una relación comercial con éstos. El resto de operadores, no involucrados directamente en los procesos de portabilidad sólo pueden tener acceso al número telefónico del abonado, sin poder asociarlo a otro dato identificativo de dicho abonado, y conocer la red de la que depende dicho número, a los efectos de permitir el enrutamiento del tráfico que genere este número a través de sus redes.

Pues bien, si los terceros operadores, haciendo uso de dicha información del Nodo Central (número telefónico) y con fines comerciales, realizan llamadas u otro tipo de comunicación electrónica a los abonados que dependan de otras redes, han de vigilar que dicho uso dirigido a intereses privados del operador sea acorde con lo establecido en la LO 15/1999, en relación con las obligaciones establecidas para la gestión, almacenamiento y tratamiento de la bases de datos alojada en el Nodo.

Asimismo, estos operadores deberán respetar lo establecido en el artículo 69 del Reglamento del sobre las condiciones para la prestación de servicio de comunicaciones electrónicas, el servicio universal y la protección de los usuarios, aprobado por Real Decreto 424/2005, de 15 de abril, y titulado *“llamadas no solicitadas para fines de venta directa”*, en el que se establece que cualquier operador, tenga o no una relación contractual con el abonado, no podrá dirigir llamadas con fines comerciales a aquellos usuarios que, con

¹¹ “1. El destinatario podrá revocar en cualquier momento el consentimiento prestado a la recepción de comunicaciones comerciales con la simple notificación de su voluntad al remitente.
A tal efecto, los prestadores de servicios deberán habilitar procedimientos sencillos y gratuitos para que los destinatarios de servicios puedan revocar el consentimiento que hubieran prestado. (...)”.



carácter general, hayan manifestado su deseo de no recibir dichas llamadas comerciales, hubiesen decidido no figurar en las guías de comunicaciones electrónicas disponibles al público o a los que hubiesen ejercido su derecho a que los datos que aparecen en ellas no sean utilizados con fines de publicidad o prospección comercial, salvo que exista consentimiento expreso de éstos.

En consecuencia, una vez determinado que esta Comisión sería competente para imponer las “*murallas*” solicitadas y que no existe impedimento legal para el uso de la información obtenida del Nodo Central por parte de las ramas comerciales minoristas de los operadores donantes, salvo prohibición previa y expresa del abonado o revocación posterior de su consentimiento, es preciso analizar la conveniencia de imponer dicha obligación.

II.5.2.1 Situación competitiva

Hay que tener en cuenta que la imposición de “*murallas*” entre la rama comercial minorista y el departamento que gestiona la portabilidad podría tener un indudable impacto en la libertad de empresa, puesto que limitaría las prácticas comerciales que podrían llevar a cabo los operadores. Por ello, la imposición de esta medida excepcional debería justificarse en la evidencia de que las prácticas de retención suponen una distorsión competitiva que además atenta a la capacidad de elección del usuario.

En este sentido los datos mensuales publicados por esta Comisión¹² relativos a la portabilidad no permiten colegir que la modificación del plazo de portabilidad haya acarreado un deterioro en el nivel de competencia en el mercado minorista con respecto a la situación anterior sino, al contrario, de los mismos se deduce que el impacto de la reducción de plazo ha sido beneficioso puesto que el volumen de portabilidades se ha visto incrementado, siendo precisamente los operadores con menor cuota de mercado (OMVs y Yoigo) los que presentan en el ámbito de la portabilidad mejores ganancias netas (importados-exportados).

Por otra parte, los operadores Orange, Másmovil, R, KPN, Yoigo, Telecable y la asociación AENOM coinciden en considerar que la posibilidad de que el operador donante contacte con el abonado da lugar a distorsiones y desviaciones en los procesos de portabilidad no deseadas que nada tienen que ver con el bien jurídico protegido por la normativa vigente, que no es otro que el de garantizar el ejercicio del derecho a elegir libremente al operador conservando su numeración.

En este sentido señalan la inconveniencia que supone que sólo se apliquen condiciones más favorables a unos pocos abonados sobre la base de una posibilidad de pérdida, no sólo porque ello supone una discriminación positiva que va en perjuicio del resto de abonados de ese mismo operador, sino porque dicha decisión se sustenta únicamente en el uso ilegítimo de información a la que el operador donante sólo debería acceder para fines técnico-administrativos.

A este respecto se considera que las prácticas de retención de clientes de ningún modo impiden el ejercicio del derecho del abonado a conservar la numeración, ni tendrían que generar desviaciones ni distorsiones en los procesos de portabilidad, siempre que la voluntad del abonado sea respetada tanto por el operador donante, validando la solitud de alta de la portabilidad numérica, como por el operador receptor, cursando la petición de cancelación cuando así lo solicite el abonado, ya sea porque haya aceptado la contraoferta del operador donante, tenga un periodo de permanencia sin vencer, o por cualquiera otra causa que motive tal petición de cancelación consentida por el usuario.

¹²<http://www.cmt.es/notas-mensuales>



Respecto al trato diferenciado de los clientes que solicitan la portabilidad por el disfrute de mejores tarifas o servicios se indica que, si bien se está de acuerdo con esta apreciación, cabe recordar que el mercado minorista de acceso a la telefonía móvil -mercado en el que se encuadran las ofertas comerciales descritas- no se encuentra regulado, por lo que los operadores no están impedidos para realizar ofertas personalizadas según el patrón de consumo o fuerza de negociación de los abonados.

La habilitación competencial que el Reglamento MAN reconoce a esta Comisión para regular a los operadores mecanismos de acceso y gestión de la información de los abonados, ha de justificarse sobre la base de la existencia de prácticas contrarias a la competencia o de una ventaja competitiva derivada del uso de dicha información para fines comerciales durante el proceso de portabilidad.

En este sentido, las prácticas comerciales manifestadas por estos operadores no se verían mitigadas ni por la eliminación del proceso cancelación ni por la imposibilidad de utilizar la información proveniente del Nodo Central, puesto que los operadores podría ponerse en contacto con los usuarios una vez ya hubieran causado baja para realizarle una nueva oferta. Ello podría derivar, si la oferta fuera lo suficientemente interesante para el cliente, en una nueva solicitud de portabilidad hacia el anterior donante, con la consiguiente carga administrativa y de costes tanto para el usuario como para los operadores involucrados.

De resultar el escenario presentado por estos operadores como un problema de competencia, lo cual no se desprende, la solución no pasaría por ninguna de las dos propuestas analizadas en el presente expediente sino que, tal como indica Jazztel, debería abordarse mediante la imposición de un plazo de guarda durante el cual no se podrían realizar prácticas de retención desde el momento en el que se solicitara la portabilidad por el usuario. Sin embargo, la imposición de este tipo de medida propuesta por Jazztel también habría de justificarse en la finalidad de eliminar las posibles ventajas competitivas que el uso de la precitada información podría estar generando en determinados operadores en detrimento del resto de competidores en el mercado, lo que no se infiere de los datos que sobre la evolución del mercado móvil dispone esta Comisión.

Además, este escenario claramente lesionaría el derecho de los consumidores a poder elegir el proveedor de servicio que mejor se adapte a sus necesidades en cada momento y, por ello, limitaría artificialmente la capacidad de competir de los operadores en un mercado móvil para el cual las distintas asociaciones de usuarios coinciden en remarcar su gran dinamismo actual.

Por último, cabe señalar que incluso la propuesta realizada por Jazztel no mitigaría las prácticas que ella misma expone para justificar la medida¹³. En primer lugar, estas prácticas pueden llevarse a cabo por cualquier operador que preste el servicio móvil, bajo una política de permanencia, ya sea por terminal o por tarifas (descuentos). Por lo que no tendría sentido la imposición de una restricción de este tipo a unos operadores concretos, en particular a los OMR, tal como solicita Jazztel.

En segundo lugar, la práctica descrita nada tiene que ver con la existencia de una portabilidad móvil puesto que la misma se puede llevar a cabo sin que exista previamente

¹³ Como ya se ha resumido en el Fundamento de derecho tercero, Jazztel pone de relieve la existencia de prácticas comerciales por parte de ciertos operadores que se apalancan en el hecho de que prestan al abonado el servicio móvil y que el mismo se encuentra sujeto a un compromiso de permanencia, para realizar ofertas convergentes con el objetivo de que el usuario contrate con el citado operador el servicio fijo. Estas ofertas no pueden ser rebatidas por el operador que presta el servicio fijo, en este caso Jazztel, ya que, aunque le ofrezca una mejor oferta al cliente, éste no podría darse de baja con el operador móvil al tener que incurrir en una penalización muy elevada derivada del periodo de permanencia vinculado al servicio móvil.



una petición de portabilidad. De hecho, según la descripción realizada por Jazztel, precisamente la condición para llevar a cabo esta práctica es tener previamente el servicio móvil contratado vinculado a un periodo de permanencia en vigor. Por lo tanto, la imposición de un plazo en el que no se pudieran realizar prácticas de retención ante una solicitud de portabilidad móvil, tal como propone Jazztel, resolvería únicamente un escenario muy concreto, que es cuando la práctica descrita se produce de forma coordinada con la captación del servicio móvil y no existe cláusula de permanencia vinculada con el servicio fijo. Sin embargo, tendría un impacto nulo para el resto de escenarios posibles.

En conclusión, a la luz de los datos que arroja el mercado así como el Nodo Central, sobre la evolución de los procesos de portabilidad y de cancelación de las solicitudes de portabilidad, desde la entrada en vigor de la reducción del plazo para tramitar la portabilidad numérica en un día hábil y hasta el presente, no se ha detectado la existencia de ninguna distorsión de la competencia derivada del uso de la información para fines comerciales durante los procesos de portabilidad que pudiera justificar la medida solicitada.

II.5.2.2 Clausulas contractuales

Por otra parte, existen situaciones contractuales, como puede ser la vigencia de un compromiso de permanencia, de las que indudablemente es deseable que el usuario sea plenamente conocedor cuando toma la decisión de portar el número telefónico.

En contestación a las alegaciones de KPN y ANEOM sobre las cláusulas de permanencia se considera que, aunque es cierto que dichas cláusulas deben constar en los contratos firmados por los abonados y que éstos estarían en condiciones de conocer la existencia de dichas cláusulas con anterioridad a la solicitud de portabilidad, no es menos cierto que teniendo en cuenta la duración de las cláusulas, las cuales pueden alcanzar hasta los dos años (24 meses), así como la existencia de penalizaciones no únicamente vinculadas a la adquisición de terminales sino también al mantenimiento de un paquete de servicios o relacionadas con ciertas promociones a las que el usuario puede acogerse durante la duración de su contrato, todo ello da como resultado que en algunas situaciones el usuario sea consciente de forma clara de la duración de sus compromisos de permanencia y de las penalizaciones que pudieran derivarse de su incumplimiento.

Este hecho provoca que en un modelo de gestión de portabilidad como el regulado en España, donde el usuario no requiere de ningún contacto con el operador donante para realizar la portabilidad, resulte necesario que el operador donante, una vez conozca la intención del cliente de causar baja en sus servicios, tenga la opción de contactarle al objeto de informarle de las consecuencias una cláusula de permanencia activa y del importe de la penalización en el supuesto de continuar con el proceso de portabilidad.

En caso contrario, existe el riesgo de que el usuario perciba una situación de desamparo al aplicarle una penalización de la que no era consciente que continuaba vigente en el momento de solicitar la portabilidad. Este hecho podría repercutir en que se viera minada la confianza del consumidor ante el proceso de portabilidad, creando una posible barrera artificial indeseada.

En consecuencia, a la vista de lo expuesto se confirma la conclusión alcanzada en el apartado anterior sobre la falta de evidencias que justifiquen prohibir la utilización de la información procedente del Nodo Central de portabilidad por parte de las ramas minoristas de los operadores móviles.

II.5.2.3 Prácticas comerciales

Todos los operadores coinciden en poner de relieve la existencia de posibles prácticas comerciales que podrían estar condicionando la libre elección del usuario, bien sea a través



de aportar información inexacta o confusa en relación con los trámites que debe realizar un usuario para portar su número, bien sea mediante la posible existencia de prácticas de retención agresivas que en algún caso pudieran incluso derivar en la percepción de intimidación por el cliente.

Asimismo, se señala la existencia de operadores que ofrecen tratamientos diferenciados, según sea el trámite que soliciten los abonados: un alta de portabilidad o una solicitud de cancelación. Cuando se trata de un alta, los operadores ofrecen las máximas facilidades para realizar el trámite, mientras que si lo que solicita el abonado es una cancelación de la portabilidad, algunos operadores podrían estar llevando a cabo prácticas comerciales orientadas a dificultar que el usuario pueda solicitar la cancelación dentro del plazo contemplado en la especificación (pe. obligándole a utilizar para la cancelación el mismo medio -tienda- utilizado para realizar la solicitud de portabilidad, o tener infradimensionados los recursos de atención al cliente dedicados a la cancelación de solicitudes de portabilidad).

Sobre este aspecto se estima que para que el usuario pueda ejercer con plena libertad su derecho a elegir su proveedor de servicios, la información que debe facilitársele durante el proceso de portabilidad, incluidas las posibles acciones de retención que pueda llevar a cabo el operador donante, ha de ser clara y no confusa para el usuario, no debiéndose realizar acciones que pudieran considerarse agresivas y destinadas a presionar al usuario para que rectifique su intención de cambiar de operador.

En lo que respecta a las conductas que deben regir el comportamiento de los operadores (receptores) en relación con la cancelación de las solicitudes, tal como se ha señalado con anterioridad, la facultad de cancelar una solicitud de portabilidad forma parte de la capacidad de elección del usuario, por lo que para que pueda efectivamente ejercer su derecho, los operadores deberían dotarse de los mismos medios y facilidades para cancelar una solicitud que los que disponen para cursar la una solicitud de alta de portabilidad.

En este sentido, el artículo 62 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (aprobada mediante Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre) señala que los operadores se encuentran obligados a poner a disposición de los usuarios al menos el mismo medio por el que contrató (solicitud de portabilidad) para poder desistir del contrato (cancelar la portabilidad).

Por su parte, la Carta de derechos del usuario de servicios de comunicaciones electrónicas, aprobada por el Real Decreto 899/2009, de 22 de mayo, regula en su artículo 3 los derechos de los usuarios finales, entre los que se encuentran, el derecho a una atención eficaz por el operador así como el derecho a unas vías rápidas y eficaces para reclamar. Finalmente, la Resolución de esta Comisión de 12 de enero de 2012 (RO2011/2161) indica que: “[...] Además, en la solicitud de portabilidad los operadores móviles tienen la obligación legal de informar a los usuarios, de manera comprensible y clara, del citado derecho a cancelar la portabilidad por los mismos medios por los que la solicitó. Todo ello sin perjuicio de que los usuarios puedan decidir utilizar para cancelar su solicitud de portabilidad un medio distinto al que utilizó cuando hizo la petición de cambio de operador con conservación de la numeración.”

En este sentido, se considera que a las posibles prácticas irregulares que se puedan estar llevando a cabo en el ámbito de la portabilidad relacionadas con la retención de clientes se debería dar respuesta, no a través de coartar la capacidad de elección del usuario mediante la eliminación del proceso de cancelación o la limitación de información y medios de que puede disponer el usuario cuando solicita o cancela la portabilidad de su numeración, sino mediante el ejercicio de unas buenas prácticas comerciales por parte de los operadores.



Con esta finalidad, los operadores Movistar, Vodafone, Orange y Yoigo, han suscrito un Código de buenas prácticas o Código de Conducta (CdC) en materia de portabilidad, en el que además de establecer la plena transcanalidad en el sentido establecido en las resoluciones de 12 de enero de 2012 y 21 de marzo de 2013 (RO2012/1648), se pretende normalizar las prácticas de recuperación de clientes, los requisitos necesarios para tramitar la cancelación de las solicitudes de portabilidad, la gestión de las llamadas de los operadores donantes, así como otras cuestiones comerciales como el horario de atención al usuario. Todo ello, de conformidad con lo establecido en las Especificaciones Técnicas.

El contenido del CdC propuesto por estos operadores incide precisamente en evitar muchas de las prácticas alegadas por los operadores; por ejemplo se regula el contenido del SMS que el operador donante puede enviar al cliente cuando inicia un proceso de portabilidad, o se incluye la posibilidad de cancelar por cualquiera de los canales de los que dispone el operador para solicitar el alta de portabilidad, garantizando así la “transcanalidad”.

En consecuencia, esta Comisión considera que las posibles prácticas incorrectas puestas de relieve en el presente expediente por los distintos operadores se verían erradicadas en el momento en el que los operadores móviles se acogieran voluntariamente a los compromisos contemplados en un código de conducta como el acordado ya por los cuatro operadores anteriormente citados.

II.5.2.4 Código de buenas prácticas

En relación al CdC esta Comisión coincide plenamente con las alegaciones presentadas por los distintos operadores, señalando que la efectividad de este Código, para erradicar las posibles prácticas irregulares que se pudieran estar produciendo, requiere de la adopción del mismo por parte de la totalidad de los operadores involucrados en el proceso de portabilidad móvil, así como un mecanismo que garantice su cumplimiento.

Por ello, en la resolución de 21 de marzo de 2013, al objeto de garantizar la transcanalidad, se incitó al resto de los operadores móviles a adherirse al Código¹⁴: *“En el supuesto de que esta Comisión tuviera conocimiento de que finalmente no ha existido un acuerdo entre todos los operadores sobre el citado código o que no se procede a su cumplimiento una vez aceptado por éstos, se procederá automáticamente a abrir de oficio el oportuno procedimiento para regular la transcanalidad, [...]”*.

Pues bien, a la vista de que (i) han transcurrido más de dos meses desde la aprobación de la citada resolución sin que esta Comisión haya tenido conocimiento de que haya habido un acuerdo entre todos los operadores en relación con el CdC, (ii) los operadores siguen alegando la posible existencia de actuaciones irregulares en las prácticas de recuperación de clientes que podría llegar afectar al derecho de los usuarios a cambiar de operador sin trabas prácticas que se lo impidan y (iii) que fomentar este tipo de acuerdos se considera menos intrusivo que establecer las medidas propuestas por Orange y Jazztel; los servicios de esta Comisión iniciaran un grupo de trabajo al objeto de facilitar la adopción de un Código voluntario y de auto-regulación que respete el principio de una competencia justa y efectiva y la protección a los derechos de los usuarios, por ello se invita a todos los operadores con numeración móvil asignada/subasignada a participar en el citado grupo de trabajo con la finalidad de acordar un Código por consenso, siguiendo el espíritu del acordado entre los operadores OMR.

¹⁴ Vodafone ha comunicado que en la Asamblea General de la AOPM, del pasado 20 de marzo, se distribuyó al conjunto de asociados el texto del CdC suscrito por Movistar, Vodafone, Orange y Yoigo.



Este grupo de trabajo será el marco adecuado para analizar las propuestas de modificación del CdC planteadas por AENOM.

III CONCLUSIÓN

En relación con la solicitud de eliminar totalmente el proceso de cancelación de las especificaciones técnicas de portabilidad en redes móviles y, de manera subsidiaria, prohibir expresa y taxativamente la utilización de la información procedente del Nodo Central de portabilidad para fines comerciales, realizada por Orange y a la que se han sumado otros operadores, se concluye:

- 1º. En la necesidad seguir manteniendo el proceso de cancelación, puesto que garantiza la capacidad del usuario de poder elegir libremente su proveedor de servicio.
- 2º. Que la implementación efectiva de la portabilidad en 24 horas ha supuesto una reducción importante del volumen de cancelaciones, sin que ello derivara en un incremento significativo de las incidencias.
Asimismo, no se ha detectado que las posibles prácticas de retención que pudieran estar llevando a cabo los operadores con mayor cuota de mercado una vez implantada la portabilidad a 24 horas, hayan supuesto una inflexión en cuanto al comportamiento de los usuarios en el ámbito de la portabilidad del que pudiera inferirse la existencia de prácticas contrarias a la competencia que justifiquen imponer la prohibición de utilizar la información procedente del Nodo Central de portabilidad por parte de la rama minorista. La imposición de esta restricción podría también impactar negativamente en la confianza de los usuarios en el proceso de portabilidad, puesto que privaría al usuario de ser informado por parte del operador donante de la existencia de cláusulas de permanencia en vigor.
- 3º. Respecto de las posibles prácticas irregulares que se han puesto de relieve en el presente expediente relacionadas con la retención de clientes que solicitan la portabilidad y después tramitan la cancelación de la solicitud, se considera que el cauce óptimo para su solución es la suscripción por todos los operadores de un código de buenas prácticas, voluntario y de auto-regulación, en la línea del ya acordado y suscrito por Movistar, Vodafone, Orange y Yoigo.

En atención a lo recogido en los anteriores Antecedentes de Hecho y Fundamentos de Derecho, la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones

RESUELVE

Primero.- Desestimar la solicitud de France Telecom España S.A.U., de modificación de la especificación técnica de los procedimientos administrativos de la portabilidad móvil para eliminar el proceso de cancelación.

Segundo.- Desestimar la solicitud de France Telecom España S.A.U., relativa al establecimiento de la prohibición de utilizar la información procedente del Nodo Central de portabilidad para fines comerciales de retención o contratación minorista, por departamentos distintos de los involucrados directamente en la gestión de la portabilidad.



El presente certificado se expide al amparo de lo previsto en el artículo 27.5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, y en el artículo 23.2 del Texto Consolidado del Reglamento de Régimen Interior aprobado por Resolución del Consejo de la Comisión de fecha 30 de marzo de 2012 (BOE núm. 149, de 22 de junio de 2012), con anterioridad a la aprobación del Acta de la sesión correspondiente.

Asimismo, se pone de manifiesto que contra la Resolución a la que se refiere el presente certificado, que pone fin a la vía administrativa, podrá interponerse, con carácter potestativo, recurso de reposición ante esta Comisión en el plazo de un mes desde el día siguiente al de su notificación o, directamente, recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente a su notificación, de acuerdo con lo establecido en el artículo 48.12 de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones, la Disposición adicional cuarta, apartado 5, de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa y el artículo 116 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y sin perjuicio de lo previsto en el número 2 del artículo 58 de la misma Ley.

El presente documento está firmado electrónicamente por el Secretario, Jorge Sánchez Vicente, con el Visto Bueno del Presidente, Bernardo Lorenzo Almendros.