



**CONTESTACIÓN A LA CONSULTA
PLANTEADA POR CABLEUROPA,
S.A. SOCIEDAD UNIPERSONAL Y
TENARIA, S.A. (ONO) SOBRE EL
PROCESO DE CANCELACIÓN DE
LA PORTABILIDAD MÓVIL.**

28 de mayo de 2014

Índice

| | |
|---|----|
| 1. Antecedentes | 3 |
| 2. Habilitación competencial | 3 |
| 3. Contestación a la consulta planteada | 4 |
| 3.1 Sobre el proceso de cancelación de la portabilidad móvil actualmente regulado en la especificación técnica de la portabilidad móvil | 4 |
| 3.2 Sobre el procedimiento planteado por ONO para cancelar las solicitudes de portabilidad por operador donante | 7 |
| 3.2.1 Descripción del procedimiento | |
| 3.2.2 Justificación del procedimiento | |
| 3.2.3 Validez jurídica del procedimiento | |
| 3.3. Valoración del procedimiento planteado por ONO para cancelar las solicitudes de portabilidad por medio del operador donante. | 10 |
| 4. Conclusiones | 15 |

1. Antecedentes

Con fecha 29 de octubre de 2013 tuvo entrada en el Registro de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia un escrito presentado conjuntamente por Cableuropa, S.A., sociedad unipersonal, y Tenaria, S.A. (en adelante, ONO) en el que comunican su interés en *“facilitar a los usuarios que quieran solicitar la cancelación las gestiones que tiene que realizar cuando quieran cancelar su solicitud, prestándoles para ello un servicio que consiste en realizar dichas gestiones en nombre y por cuenta de los solicitantes de la portabilidad”*.

Para ello, ONO propone obtener del abonado un mandato verbal, expreso y especial para cancelar como operador donante su solicitud de portabilidad móvil, haciendo uso del mecanismo de la verificación del consentimiento del abonado mediante una entidad tercera (a través de “verificación por tercero” - VPT), siguiendo lo dispuesto en la Circular 1/2009, de 16 de abril de 2009, de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones¹ (en adelante, CMT), por la que se introduce el consentimiento verbal con verificación por tercero en la contratación de servicios mayoristas regulados de comunicaciones fijas, así como en las solicitudes de conservación de numeración, modificada por la Circular 1/2012, de 16 de marzo.

Previamente a la implantación de este procedimiento, ONO solicita a esta Comisión que se pronuncie sobre: (i) la validez del mandato que otorguen los abonados a ONO mediante su consentimiento verbal verificado por un tercero y (ii) la validez de enviar al operador receptor la grabación del consentimiento verbal del abonado como prueba del mandato otorgado a ONO para cancelar la solicitud de portabilidad.

2. Habilitación competencial

Las competencias de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (en adelante, CNMC) para contestar la presente consulta resultan de lo dispuesto en la normativa sectorial. Tal y como señala el artículo 6.5 de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la CNMC (en adelante, Ley 3/2013), corresponde a este Organismo *“realizar las funciones atribuidas por la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, y su normativa de desarrollo”*.

Entre las funciones que señala la Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones² (en adelante, LGTel), cabe indicar que el artículo 70.2.ñ)

¹ Organismo regulador sectorial sustituido por la actual Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC).

² La Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones, ha derogado la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones.

establece que compete a la CNMC, “realizar cualesquiera otras funciones que le sean atribuidas por ley o por real decreto”.

A este respecto, el artículo 43 del Reglamento sobre mercados de comunicaciones electrónicas, acceso a las redes y numeración, aprobado por el Real Decreto 2296/2004, de 10 de diciembre (en adelante, Reglamento de Mercados)³, establece la competencia de la CNMC de establecer las soluciones técnicas y administrativas para dar cumplimiento a la normativa vigente sobre conservación de los números.

En ejercicio de dicha competencia, con fecha 7 de julio de 2011 se aprobó la Resolución sobre la modificación de la especificación técnica de los procedimientos administrativos para la conservación de numeración en caso de cambio de operador en redes móviles.

Por último, el artículo 5.2 de la Ley 3/2013 señala que la CNMC actuará como órgano consultivo sobre las cuestiones relativas al mantenimiento de la competencia efectiva y buen funcionamiento de los mercados y sectores económicos. En este sentido, los artículos 14 y 20 de la citada Ley así como el artículo 8 del Real Decreto 657/2013, de 30 de agosto, por el que se aprueba el Estatuto orgánico de la CNMC, atribuyen al Consejo de este organismo, entre otras, las funciones consultivas previstas en la Ley.

En consecuencia, en aplicación de los anteriores preceptos, la CNMC es el organismo competente para conocer y resolver la consulta planteada por ONO en relación con el proceso de cancelación de la portabilidad móvil a través del operador donante, en ejecución de un mandato verbal y expreso del abonado recabado mediante el mecanismo de verificación por tercero.

3. Contestación a la consulta planteada

3.1 Sobre el proceso de cancelación de la portabilidad móvil actualmente regulado en la especificación técnica de la portabilidad móvil

Con fecha 7 de julio de 2011, la CMT aprobó la modificación de la especificación técnica de los procedimientos administrativos para la conservación de numeración móvil en caso de cambio de operador. De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 38.2.m) de la derogada Ley 32/2003 (artículo 47.1.c) de la vigente LGTel), que transpuso a nuestra normativa nacional el artículo 30.4⁴ de la Directiva 2002/22/CE, modificado por la

³ La Disposición Transitoria Primera de la vigente LGTel establece que “[l]as normas reglamentarias en materia de telecomunicaciones vigentes con anterioridad a la entrada en vigor de la presente Ley o dictadas en desarrollo de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones continuarán vigentes en lo que no se opongan a esta Ley, hasta que se apruebe su normativa de desarrollo”.

⁴ “La conservación del número y su activación subsiguiente se ejecutarán con la mayor brevedad. En cualquier caso, a los abonados que han suscrito un acuerdo para transferir un número a una nueva empresa se les activará dicho número en el plazo de un día laborable”.

Directiva 2009/136/CE⁵, 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 por el abonado.

Teniendo en cuenta que con la reducción de plazo no sería factible para los operadores receptores disponer de tiempo suficiente para poder verificar (validar) las peticiones de cancelación de la portabilidad remitidas por los operadores donantes, en la citada resolución se consideró pertinente eliminar el proceso de cancelación de la portabilidad móvil por el operador donante.

Sin embargo, la eliminación de este mecanismo para cancelar la portabilidad móvil no ha limitado el derecho de los abonados a elegir libremente su prestador de servicios, incluso durante el proceso de portabilidad, ya que el abonado sigue teniendo garantizado su derecho a cancelar el proceso de portabilidad hasta que sea técnicamente imposible dar marcha atrás el citado proceso (medio día antes de que se produzca la ventana de cambio) a través del operador receptor de la numeración.

Esta modificación tenía como principal objetivo compatibilizar la reducción del plazo para tramitar las solicitudes de portabilidad con el derecho del abonado a cancelar su solicitud dentro de dicho plazo, en línea con lo dispuesto por el ORECE⁶ en el *“Report on best practices to facilitate consumer switching”*⁷, donde afirma que el proceso de cambio debería tener en cuenta consideraciones sobre la protección al consumidor, incluyendo una oportunidad para los consumidores de detener el proceso de portabilidad cuando éstos no han dado su consentimiento al cambio o cuando simplemente desean cambiar de opinión⁸.

Además, con este cambio en el proceso de cancelación se pretendía fomentar un escenario de competencia en el que las contraofertas realizadas por el operador donante no estuvieran basadas en la recepción de solicitudes de portabilidad del número que se promueven con la rescisión del contrato, sino que se sustentaran en ofertas comerciales atractivas para la totalidad de los usuarios, con independencia de que existiera o no un proceso de cambio de operador en marcha.

⁵ La incorporación a la LGTel de 2003, a través del artículo 18, de la modificación sobre la reducción del plazo de portabilidad a un día laborable, se llevó a cabo a través del Real Decreto-ley 13/2012, de 30 de marzo, por el que se traspusieron las Directivas en materia de mercados interiores de electricidad y gas y en materia de comunicaciones electrónicas.

⁶ Organismo de Reguladores Europeos de las Comunicaciones Electrónicas.

⁷ http://berrec.europa.eu/doc/berrec/bor_10_34_rev1.pdf

⁸ El texto literal es el siguiente: *“The overall switching process should take into account consumer protection considerations, including an opportunity for consumers to stop the switch happening where they have not given consent to the switch or where they simply wish to change their mind”*

En consecuencia, desde la entrada en vigor de la Resolución que aprobó los nuevos procesos de portabilidad, el 1 de junio de 2012⁹, los operadores receptores tienen la obligación de asegurar a los abonados el derecho a cancelar la solicitud de portabilidad, ya que es la única vía de que disponen para ejercitar el derecho de cancelación del proceso de cambio de operador.

Es de interés comentar que, tras la aprobación de los nuevos procesos de la portabilidad a 24 horas el sector se mostró dividido en tres posiciones por lo que respecta al proceso de cancelación de las solicitudes de portabilidad móvil: (i) eliminar totalmente el proceso de cancelación de la portabilidad, (ii) mantener el proceso de cancelación de la portabilidad a través del operador donante y (iii) asegurar de modo efectivo a los abonados un proceso de cancelación de la portabilidad a través de los operadores receptores.

Como consecuencia de esta división de opiniones entre los operadores del mercado móvil, la CMT se pronunció a través de diversas resoluciones¹⁰ ratificando la medida de eliminar el proceso de cancelación de las solicitudes de portabilidad móvil por medio del operador donante e instando a los operadores, cuando actúen como receptores de la portabilidad, a no realizar prácticas irregulares o dilatorias, con la finalidad de garantizar el derecho de los abonados a cancelar sus solicitudes de portabilidad de forma efectiva y ágil (trascanalidad)¹¹.

La CMT quiso sensibilizar al mercado de telefonía móvil acerca de la importancia que tiene, en el actual marco regulatorio de la portabilidad a 24 horas, que se garantice a los abonados la eficaz resolución del proceso de cancelación de su solicitud de portabilidad por parte de los operadores receptores, con el fin de asegurarles su derecho a no ser transferidos en contra de su voluntad (libre elección del prestador de servicios), quedando protegidos durante todo el proceso de portabilidad, y sin que se les establezcan trabas prácticas o jurídicas que les impidan el efectivo ejercicio de dicho derecho.

⁹ Plazo establecido en la Resolución de 7 de julio de 2011, que aprobó la modificación de la especificación técnica para la portabilidad móvil.

¹⁰ RO 2011/2161: Resolución, de 12 de enero de 2012, por la que se pone fin al periodo de información previa iniciado como consecuencia de la solicitud planteada por Vodafone de España, S.A.U sobre el establecimiento de un sistema centralizado para la cancelación de las solicitudes de portabilidad.

MTZ 2012/1487: Resolución, de 14 de junio de 2013, sobre el análisis del proceso de cancelación en la portabilidad móvil.

RO 2012/1648: Resolución, de 21 de marzo de 2013, por la que se pone fin al expediente de información previa en el que se analiza la necesidad de regular la trascanalidad 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.

¹¹ La trascanalidad, de conformidad con lo dispuesto en el 63.3 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, modificado recientemente por la Ley 3/2014, de 27 de marzo, implica que el usuario ha de poder ejercer su derecho a cancelar la solicitud de portabilidad y desistir del contrato con el operador receptor en la misma forma (canal comercial) en que le solicitó la portabilidad y la contratación de servicios.

Todo ello se basa en el adecuado cumplimiento de lo establecido por la Directiva 2009/136/CE en su considerando 47, que es el fundamento sobre el que reposa la redacción del actual artículo 30.4 de la Directiva 2002/22/CE, traspuesto a nuestra normativa sectorial nacional a través del artículo 18 y 38.2.m) de la derogada Ley 32/2003 (actuales artículos 21 y 47.1.c) de la vigente LGTel) y el Reglamento de Mercados que la desarrolla. En particular:

“Los consumidores deben poder tomar decisiones con conocimiento de causa y cambiar de proveedor cuando les interese, con el fin de beneficiarse plenamente del entorno competitivo. Es fundamental que puedan hacerlo sin que se lo impidan trabas jurídicas, técnicas o prácticas, en particular condiciones contractuales, procedimientos, cuotas y otros. (...). La posibilidad de conservar el número es un factor clave que favorece las posibilidades de elección de los consumidores y la competencia efectiva en mercados competitivos de comunicaciones electrónicas, y debe implantarse lo antes posible de forma que el número vuelva a estar activo en el plazo de un día hábil y que el usuario no se quede sin servicio más de un día hábil. (...). La experiencia en algunos Estados miembros ha demostrado que existe el riesgo de transferencia de los consumidores a otro proveedor sin que hayan dado su consentimiento. (...), los Estados miembros deben poder imponer, en lo que se refiere al proceso de transferencia, las medidas proporcionadas mínimas necesarias para minimizar los riesgos y garantizar que los consumidores queden protegidos durante todo el proceso de transferencia, incluidas las sanciones pertinentes, sin restar por ello atractivo al proceso para los consumidores”.

Finalmente, es relevante comentar que los operadores móviles integrantes de la Asociación de Operadores de la Portabilidad Móvil (en adelante, AOPM)¹², desde finales del año 2012 y a lo largo del año 2013, han estado acordando un Código de buenas prácticas en materia de portabilidad móvil, con el objetivo de disciplinar y armonizar las prácticas comerciales utilizadas por los operadores, tanto receptores como donantes, durante los procesos de portabilidad.

Según datos proporcionados por la AOPM, este Código ha comenzado a funcionar el 15 de enero de 2014 y a él se han adherido unos veintitrés (23) operadores, entre otros, las dos operadoras consultantes -Cableuropa y Tenaria (ONO)-.

¹² De acuerdo con la Circular 1/2008, 19 de junio, sobre conservación y migración de numeración telefónica, es obligatorio para cualquier operador móvil que disponga de numeración asignada o subasignada para la prestación de servicios de telefonía móvil que, bien mediante su asociación o a través de la contratación de sus servicios, se integre en la AOPM. Ello porque a través de dicha asociación los operadores deben gestionar la Entidad de Referencia (Nodo Central) de portabilidad móvil, en cuanto entidad que facilita los procedimientos administrativos entre operadores y mantiene continuamente actualizada la base de datos de números portados.

3.2 Sobre el procedimiento planteado por ONO para cancelar las solicitudes de portabilidad por operador donante

3.2.1 Descripción del procedimiento

ONO propone que sea él, como operador donante, quien gestione la cancelación de la portabilidad para aquellos clientes que así lo autoricen de forma expresa a través de un mandato verbal especial recabado mediante el mecanismo de verificación por un tercero independiente.

Para ello, esta operadora explica que seguirá todas las especificaciones recogidas en la Circular 1/2009, de 16 de abril, aprobada por la CMT, por la que se introduce el consentimiento verbal con verificación por tercero en la contratación de servicios mayoristas regulados de comunicaciones fijas, así como en las solicitudes de conservación de numeración, modificada por la Circular 1/2012, de 16 de marzo.

Según describe ONO, los clientes deberían comunicar *“su deseo de cancelar el proceso de portabilidad en curso y mantener la línea con el operador original”*. A continuación, se informará al cliente de las posibilidades de las diferentes opciones que tiene para cancelar la solicitud de portabilidad: (i) bien por sí mismo (el propio cliente) a través del operador receptor o (ii) siendo ONO quien gestione la cancelación, actuando en nombre y por cuenta del cliente. Si el cliente escoge esta segunda opción se le solicitará que preste su consentimiento para otorgar a ONO un mandato especial y expreso para realizar dicha gestión.

Asimismo, ONO aclara que, través de este consentimiento, el abonado autorizará el tratamiento de sus datos personales incluidos en la solicitud de portabilidad, de manera voluntaria, libre, inequívoca, específica e informada.

3.2.2 Justificación del procedimiento

La operadora consultante considera que el proceso de cancelación de las solicitudes de portabilidad móvil actualmente definido en la especificación técnica contempla sólo de forma parcial lo dispuesto en el considerando 47 de la Directiva 2009/136/CE, ya que *“queda lejos de ser sencillo y realmente válido para los clientes”*.

En este sentido, ONO indica que, desde la eliminación del proceso de cancelación a través del operador donante con la entrada en vigor de la especificación técnica de la portabilidad móvil a 24 horas, se ha encontrado con situaciones en las que el abonado, tras confirmar a ONO, como operador donante, su deseo de cancelar el proceso de portabilidad de la numeración en curso y permanecer con él como prestador del servicio, no ha podido finalmente cancelar el proceso de cambio de operador en tiempo (medio día hábil), con lo que ha sido portado al operador receptor de la solicitud de portabilidad.

Según esta operadora, *“la causa de esta situación no es imputable a los operadores que intervienen en la portabilidad que, hasta donde ONO ha*

comprobado actúan correctamente, sino derivada del propio procedimiento que debe seguir el cliente ya que debe realizar una llamada al operador receptor para cancelar la portabilidad (normalmente tras la conversación mantenida con el operador donante) lo que da lugar a; confusión del cliente al no tener claro si después de la conversación con el operador donante es necesario que él mismo llame al operador receptor para cancelar; o que el tiempo de espera al teléfono para cancelar la portabilidad es mayor del que inicialmente el cliente considera razonable; o incluso olvidos o retrasos del cliente en la práctica, al ser tan breve el plazo para cancelar, provocan la portabilidad antes de que el cliente cancele”. (Subrayado nuestro)

Finalmente, ONO opina que la consecuencia de esta situación para el cliente es muy grave ya que, si finalmente el abonado se porta, se empeoran las condiciones económicas del resto de servicios que tiene contratados con ONO (Voz, Internet y/o TV) según la oferta convergente de servicios fijos y móviles de que disponga.

3.2.3 Validez jurídica del procedimiento

En relación con la validez jurídica del citado mandato, ONO considera que el acto sobre el que se solicita autorización (la cancelación de la solicitud) no es un acto personalísimo, por lo que se puede llevar a cabo a través de un representante, de conformidad con lo establecido en los artículos 1.709¹³ y siguientes del Código Civil (en adelante, C.C.) que regulan el contrato de mandato.

En cuanto a la forma del mandato, ONO señala que se debe atender al criterio de libertad de forma recogido en el artículo 1.710 del C.C, que admite la validez del mandato expreso formalizado a través de un instrumento público, privado o aún de palabra. Asimismo, en relación con la portabilidad, esta operadora alega que la Circular 1/2009 regula el consentimiento verbal con verificación por tercero independiente como medio para solicitar el cambio de operador con conservación de la numeración, al igual que dispone la Orden ITC/1030/2007¹⁴ para la celebración de los contratos de servicios de telefonía, que admite el sistema de contratación verbal con verificación por tercero independiente como soporte válido para acreditar la contratación del servicio.

Por todo ello, ONO considera que resulta plenamente válido el mandato verbal, especial y expreso otorgado por el abonado mediante el sistema de verificación por un tercero independiente, para la gestión de la solicitud de cancelación de la portabilidad por el operador donante, en nombre y por cuenta del abonado,

¹³ “Por el contrato de mandato se obliga una persona a prestar algún servicio o hacer alguna cosa, por cuenta o encargo de otra”.

¹⁴ Orden ITC/1030/2007, de 12 de abril, por la que se regula el procedimiento de resolución de las reclamaciones por controversias entre usuarios finales y operadores de servicios de comunicaciones electrónicas y la atención al cliente por los operadores.

sin que exista en la normativa ninguna regla que impida al operador donante actuar como mandatario del usuario, ya que considera que:

- El procedimiento eliminado de la especificación para impedir cancelar por el operador donante nunca fue considerado por esta Comisión como un proceso dentro de la portabilidad, ya que éste fue fruto de un acuerdo alcanzado entre los operadores que actuaban en el mercado en ese momento.
- La especificación técnica no dice nada al respecto sobre esta posibilidad de otorgar un mandato al operador donante para gestionar la cancelación de la solicitud de portabilidad del abonado.

No obstante, previamente a su implantación ONO solicita que esta Comisión que se pronuncie sobre si es válido que un abonado otorgue a su operador donante un mandato verbal, especial y expreso mediante el mecanismo de verificación por un tercero, para que sea éste quien gestione el proceso de cancelación de la portabilidad móvil en su nombre, así como remitir la grabación del mandato del abonado al operador receptor como prueba.

3.3 Valoración del procedimiento planteado por ONO para cancelar las solicitudes de portabilidad por medio del operador donante.

1.- En cuanto a la justificación de la propuesta

ONO justifica la aplicación de su mecanismo para cancelar las solicitudes de portabilidad de los abonados en la supuesta existencia de deficiencias en los procesos establecidos en la especificación técnica de portabilidad móvil que, según esta operadora, dificultan al abonado la cancelación de su solicitud.

Este juicio de ONO parece venir motivado por la eliminación del proceso de cancelación de las solicitudes de portabilidad a través del operador donante, como consecuencia de la regulación de la portabilidad a 24 horas, ya que las prácticas de retención de clientes, mediante la realización de contraofertas, que desarrollan los operadores donantes se han visto dificultadas, principalmente, debido al escaso tiempo de que disponen para contactar con el cliente antes de que venza el plazo para que el abonado pueda cancelar la solicitud de portabilidad a través de su operador receptor (medio día hábil desde que se solicita la portabilidad).

Pues bien, cabe aclarar que el procedimiento regulado por esta Comisión no establece que el abonado deba contactar con su operador donante en ningún momento, ni siquiera para cancelar su solicitud de portabilidad. Sin embargo, de las alegaciones de ONO se desprende que son, en gran parte, las llamadas que realizan los operadores donantes para retener al abonado, las que confunden a éste sobre el proceso que debe seguir, después de dicha llamada, para cancelar el proceso de portabilidad que está en curso. Esto puede ser porque el abonado no tiene tiempo, después de la llamada del operador donante, para cancelar dentro del medio día hábil o porque no se le informa correctamente, tanto por el operador receptor como por el operador donante

que le llama para retenerle, sobre el plazo de que dispone para cancelar, si así lo desea.

Como se ha señalado con anterioridad, sobre la realización de contraofertas por parte de los operadores durante el proceso de portabilidad se ha pronunciado la CMT en diversas resoluciones mostrando su disconformidad con que se mejoren las condiciones contractuales a los abonados únicamente porque exista un proceso de portabilidad, en lugar de que dicha mejora se ofrezca a la generalidad de los usuarios a través de las ofertas comerciales lanzadas al mercado.

También se ha considerado que estas prácticas por sí mismas no deben generar desviaciones ni distorsiones en los procesos de portabilidad, siempre que la voluntad del abonado sea respetada tanto por el operador donante, validando la solicitud de alta de la portabilidad numérica, como por el operador receptor, cursando la petición de cancelación cuando así lo solicite el abonado cualquiera que sea la causa que motive tal petición de cancelación.

Finalmente, cabe indicar que si los abonados promueven una solicitud de portabilidad de los servicios móviles durante el periodo de permanencia del contrato, lo que puede conllevarles el pago de una penalización o la pérdida de las condiciones económicas vinculadas a otros servicios incluidos en la oferta convergente que tenga contratada por el operador donante, la comunicación de éste debería resumirse a informarles de dicha consecuencia en el momento en que tenga conocimiento de la baja de los servicios, para que el usuario tenga tiempo suficiente para cancelar el proceso.

Este supuesto ha sido previsto en el citado Código de buenas prácticas en materia de portabilidad pactado por los operadores móviles para disciplinar y armonizar sus prácticas comerciales¹⁵. En él se establece que el operador donante:

“podrá enviar un SMS informativo adicional (aparte del SMS comercial de retención) únicamente en el caso de que la portabilidad solicitada por el usuario tenga consecuencias derivadas de compromisos de permanencia o cambios en condiciones comerciales de productos combinados.

En caso de que el operador utilice un canal diferente para contactar con el usuario, como el correo electrónico, el texto del mensaje se mantendrá, adaptándose a dicho canal de comunicación.”

¹⁵ Entre otras, (i) garantizar la trascanalidad para cancelar la portabilidad por parte de los operadores receptores, (ii) acordar el no encaminamiento por parte del call center del operador donante de las llamadas de los usuarios hacia el call center del operador receptor para que cancele la portabilidad, (iii) establecer los horarios comerciales de los canales de venta para que un usuario pueda solicitar la cancelación de la portabilidad al operador receptor o (iv) fijar un número máximo de llamadas realizadas por parte del operador donante para contactar con el usuario con el objetivo de contraofertar y convencerle de que cancele la portabilidad.

Por tanto, una vez comunicada por el operador donante dicha circunstancia ha de ser el abonado quien voluntariamente debe solicitar la cancelación de la portabilidad a su operador receptor si así lo desea. Puede darse la situación de que el abonado, a pesar del pago de una penalización o de la pérdida de descuentos por desvincular el servicio móvil del paquete de servicios contratado con el operador donante, opte conscientemente por no cancelar la solicitud de cambio de operador de los servicios móviles y que, por tanto, no se trate de un olvido. No se debe obviar en estos casos que la voluntad inicial del usuario era cambiar de prestador de servicios de telecomunicaciones.

En consecuencia, no se admite, como pretende ONO, que el procedimiento de cancelación de las solicitudes de portabilidad regulado en la especificación técnica de portabilidad móvil sea el causante de los problemas que, según considera este operador, los usuarios encuentran a la hora de intentar cancelar su solicitud tras aceptar una contraoferta de su operador donante.

Mediante el proceso de cancelación de la portabilidad móvil, actualmente regulado en la especificación técnica de la portabilidad móvil, unido a las estipulaciones acordadas por los operadores en el Código de buenas prácticas en materia de portabilidad, los abonados tienen garantizado el proceso de cancelación de sus solicitudes de portabilidad, siempre que los operadores móviles, receptores y donantes, adecuen sus prácticas comerciales a los procesos de portabilidad a 24 horas y cumplan fielmente con lo prescrito en las citadas disposiciones.

Esta Comisión entiende que sería la aplicación del procedimiento de cancelación propuesto por ONO lo que complicaría innecesariamente y en exceso el proceso de cancelación de las solicitudes de portabilidad, puesto que la contratación del mandato introduciría mayor complejidad técnica y jurídica a la que ya conlleva la propia contratación del servicio y el procedimiento de portabilidad.

Ello es así porque hay que tener en cuenta que el consentimiento del abonado sobre el mandato ha de ser informado, lo que implica que ONO ha de asegurarse que el abonado comprende qué es un contrato de mandato así como las consecuencias jurídicas que conlleva su contratación por el abonado, en calidad de mandante, y las obligaciones que asume ONO en calidad de mandatario, incluida su revocación o terminación del mandato, de acuerdo con lo estipulado en el Código Civil.

Por todo lo expuesto, y sin perjuicio de que a continuación se examinará la validez jurídica del mecanismo propuesto por ONO, de conformidad con la regulación vigente de la portabilidad móvil, no se considera justificado ni motivado aplicar un proceso como el propuesto por ONO.

2.- Sobre la validez jurídica del mecanismo propuesto por ONO para cancelar como operador donante las solicitudes de portabilidad de sus abonados

Por lo que respecta a la validez jurídica del mandato civil que otorguen los abonados a ONO, para permitirle cancelar la portabilidad en su nombre y por

su cuenta, utilizando para ello el mecanismo de verificación del consentimiento verbal mediante un tercero, cuya grabación enviará al operador receptor como acreditación de la voluntad del abonado, cabe señalar lo siguiente:

- Por una parte, si bien esta Comisión comparte que el derecho de cancelación de la portabilidad no es un acto personalísimo¹⁶ del abonado, pudiéndose disponer su ejecución por un tercero, y que en la contratación de servicios rige el principio de libertad de forma (verbal o escrita), de conformidad con el artículo 1.278 del Código Civil, la Circular 1/2009 no habilita a los operadores para recabar el consentimiento de los abonados de servicios de comunicaciones electrónicas para que otorguen un mandato civil a los operadores donantes a los efectos de cancelar su solicitud de portabilidad.

En concreto, esta instrucción establece los trámites a los que puede serles de aplicación este mecanismo de verificación del consentimiento verbal, entre los que sí se incluye la cancelación de la portabilidad móvil. Sin embargo, es importante tener en cuenta que esta Circular ha de aplicarse dentro de los límites que establece la normativa que regula los servicios para los cuales habilita la contratación verbal mediante verificación por tercero, que en el caso de la portabilidad remite a la LGTel y su normativa de desarrollo así como a la especificación técnica de portabilidad móvil, la cual sólo permite la cancelación de la portabilidad solicitada por el usuario a través del operador receptor.

Por tanto, la Circular 1/2009 solo contempla su aplicación a los efectos de recabar, a través de una entidad tercera, el consentimiento informado y expreso del usuario que quiera cursar una solicitud de portabilidad o su cancelación a través del operador receptor.

- Por otra parte, para esta Comisión la no validez jurídica del procedimiento propuesto por ONO deriva del hecho de que este operador planea hacer uso de un negocio jurídico como el mandato representativo, al amparo de lo dispuesto en el Código Civil, para intentar evitar un resultado no permitido, y expresamente prohibido, por la regulación sectorial dictada por este organismo, como es la cancelación de la portabilidad por operador donante.

La aplicación del procedimiento propuesto por ONO podría interpretarse en este sentido como un **fraude de ley**, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 6 del Código Civil: *“Los actos realizados al amparo del texto de una norma que persigan un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico, o contrario a él, se considerarán ejecutados en fraude de ley y no impedirán la debida aplicación de la norma que se hubiere tratado de eludir”*.

¹⁶ Conocidos también como derechos de la personalidad (indisponibles), tales como el derecho a la vida, al honor o la libertad, etc.

El Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª), en su sentencia 178/2013, de 25 marzo (RJ 2013\4596), ha establecido los caracteres que identifican el fraude de ley:

“Caracteriza al fraude de ley el empleo de un rodeo - "circunventio"-, mediante un acto permitido o tolerado, para obtener un resultado que el ordenamiento jurídico no desea. A él se refiere el artículo 6, apartado 4, del Código Civil, según el cual los actos realizados al amparo del texto de una norma que persigan un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico, o contrario a él, se considerarán ejecutados en fraude de ley y no impedirán la debida aplicación de la norma que se hubiere tratado de eludir”.

Dicho rodeo “circunventio” es lo que pretende hacer ONO al intentar instaurar el procedimiento descrito con la finalidad de evitar la prohibición establecida a los operadores móviles, cuando actúen como donantes de la numeración que se porta, de cancelar las solicitudes de portabilidad de sus abonados cuando éstos consientan para ello.

A este respecto, ONO considera que la CMT (i) no estableció la prohibición expresa de que el operador donante pudiera actuar como mandatario de sus abonados para cancelar sus solicitudes de portabilidad y (ii) que nunca consideró dentro de la portabilidad el proceso de cancelación por donante, ya que fue acordado entre los operadores.

Pues bien, cabe señalar a ONO que no es necesario que se establezca la prohibición expresa del mecanismo que se propone aplicar para cancelar las solicitudes de portabilidad, ya que dicha prohibición deriva de la propia eliminación regulatoria del proceso de cancelación por operador donante.

Asimismo, con independencia de que la cancelación por donante fuera una práctica acordada por los operadores móviles, la CMT lo reguló en la especificación técnica de portabilidad móvil, en el año 2008, a petición de los citados operadores existentes en ese momento, estableciendo la secuencia de tiempo en el que podía cursarse dicha cancelación dentro del procedimiento de portabilidad, incluida su validación por el operador receptor. Por ello, no es posible aceptar que la CMT nunca consideró la cancelación por donante como un proceso dentro de la portabilidad.

- Por último, cabe recordar a ONO que la eliminación del proceso de cancelación por donante no fue una decisión baladí sino necesaria para poder garantizar a los abonados la portabilidad a 24 horas, con plena garantía de su derecho a elegir libremente su operador de servicios, debido a que no existía tiempo material para verificar las solicitudes de cancelación promovidas por el operador donante dentro del plazo de la portabilidad a 24 horas.

Por tanto, el envío de la grabación a los operadores receptores, con el consentimiento del cliente otorgando el mandato a ONO para cancelar la portabilidad en su nombre, implicaría igualmente actuaciones de validación

por parte de los operadores receptores para las cuales no existe un plazo en la secuencia de tiempos establecida en la especificación técnica para tramitar la portabilidad en 24 horas.

En conclusión, esta Comisión no considera válido el procedimiento propuesto por ONO, consistente en recabar de los usuarios un mandato para actuar en su nombre, sea éste verbal o escrito, a los efectos de cancelar como operador donante su solicitud de portabilidad, al ser dicho procedimiento contrario al proceso regulado en la especificación técnica de portabilidad móvil. En virtud de dicha especificación técnica, los operadores móviles receptores de la portabilidad no están obligados a aceptar ni las cancelaciones que promueva ONO como operador donante por mandato del abonado, ni las grabaciones en las que se recoja el referido mandato.

4. Conclusiones

Tras el análisis del mecanismo que pretende aplicar ONO para poder cancelar como operador donante las solicitudes de portabilidad móvil de sus abonados, tanto en cuanto a su justificación como a su validez jurídica, la Sala de Supervisión Regulatoria de la CNMC emite las siguientes conclusiones:

Primero.- No se considera justificado ni motivado aplicar un proceso de cancelación de la portabilidad móvil como el propuesto por ONO, ya que a través del correcto seguimiento por parte de los operadores, tanto receptores como donantes, del proceso de cancelación actualmente regulado en la especificación técnica de la portabilidad móvil y del Código de buenas prácticas en materia de portabilidad, los abonados tienen garantizado el proceso de cancelación de sus solicitudes de portabilidad.

Segundo.- No se considera jurídicamente válida la aplicación del procedimiento propuesto por ONO, ya que ONO pretende hacer uso de un negocio jurídico que sería válido, como es el mandato civil, para evitar un resultado prohibido en la regulación sectorial, como es la cancelación de la portabilidad por el operador donante, de conformidad con los procedimientos establecidos en la especificación técnica de portabilidad móvil.

Tercero.- En consecuencia, ONO no podrá utilizar el mecanismo propuesto para cancelar las solicitudes de portabilidad que inicien sus abonados. Los operadores móviles receptores de la portabilidad no tendrán que aceptar ni las cancelaciones de la portabilidad que promueva ONO por mandato de sus abonados, ni las grabaciones que envíe este operador en las que se acredite el otorgamiento del referido mandato para cancelar la portabilidad.

Comuníquese esta Resolución a la Dirección de Telecomunicaciones y del Sector Audiovisual y notifíquese al interesado.

