



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 32/12 del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, celebrada el día 20 de septiembre de 2012, se ha adoptado el siguiente

ACUERDO

Por el cual se aprueba la

Resolución por la que se pone fin al periodo de información previa iniciado como consecuencia del escrito de denuncia presentado por Telefónica Móviles España, S.A.U contra Vodafone España, S.A.U. debido a la presunta cancelación indebida de solicitudes de portabilidad procedentes de clientes del segmento de pequeña empresa (RO 2012/464).

I ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 29 de febrero de 2012 Telefónica Móviles España, S.A.U. (en adelante, TME) presentó un escrito ante el Registro de esta Comisión por el que interpone una denuncia contra Vodafone España, S.A.U. (en adelante, Vodafone) debido a la realización como operador donante de determinadas prácticas consistentes en cancelar irregularmente (sin consentimiento del usuario) solicitudes de portabilidad móvil correspondientes al segmento de pequeña empresa.

TME alega que *“Estos clientes no pueden portar sus numeraciones a favor de mi representada debido a solicitudes de cancelación indebidas, y en algunos casos reiteradas, por parte de Vodafone en su rol de operador donante, viendo vulnerado su derecho a la portabilidad numérica. (...)*

En algunos casos, incluso nos han hecho llegar reclamaciones dirigidas a Vodafone con la petición expresa de no bloquear la portabilidad hacia TME.”

Asimismo, esta operadora manifiesta que el problema afecta a una media de diez líneas por cliente y solicitud de cancelación. Además, TME considera que la conducta responde a un patrón temporal, observándose un pico de irregularidades coincidiendo con los cierres de cada trimestre.

Finalmente, TME comunica a esta Comisión que Vodafone es conocedora del problema denunciado en relación con las cancelaciones indebidas, ya que TME ha venido informando, de forma continua y por varias vías, de la problemática que estaba ocasionando en las portabilidades de los clientes del segmento de pequeña empresa. *“A pesar de todas estas comunicaciones, Vodafone no ha cesado en su actuación, sino que contrariamente, durante*



el año 2011, (...), el número de cancelaciones irregulares detectadas se ha incrementado notablemente”.

Por todo ello, TME solicita a esta Comisión que:

- Se proceda a *“ordenar a Vodafone el cese en la práctica de cancelaciones irregulares de las solicitudes de portabilidad de mi representada”.*
- Se abra procedimiento administrativo sancionador contra Vodafone por su indebida actuación en el procedimiento de cancelación de la portabilidad, incumpliendo sus obligaciones en la prestación del servicio de portabilidad.

SEGUNDO.- En virtud de lo establecido en los artículos 69.2 y 78.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante, LRJPAC), mediante sendos escritos del Secretario de esta Comisión de fecha 22 de marzo de 2011 se notificó a TME y Vodafone el inicio de un periodo de información previa así como el requerimiento de determinada información, con el fin de conocer con mayor detalle los hechos puestos de manifiesto por TME y la conveniencia o no de iniciar el correspondiente procedimiento.

Con fechas 16 y 18 de abril, se recibieron en el Registro de esta Comisión sendos escritos de los operadores TME y Vodafone dando contestación al inicio del periodo de información previa y al requerimiento de información realizado por el Secretario de esta Comisión.

TERCERO.- Mediante escrito del Secretario de esta Comisión, de 25 de abril de 2012, se requirió a TME información adicional relativa a las solicitudes de portabilidad a favor de TME realizadas por los abonados objeto de la denuncia, con la finalidad de poder comprobar hechos puestos de manifiesto por este operador.

A través de varios escritos de fechas 16, 23, 30 de mayo y 4 y 7 de junio de 2012, TME dio contestación al requerimiento de información y aportó toda la documentación solicitada por esta Comisión.

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

II FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Habilitación competencial de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones

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

El artículo 48.3 de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones (LGTel) establece que *“la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones tendrá 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 conflictos entre los operadores y, en su caso, el ejercicio como órgano arbitral de las controversias entre los mismos.”*



Asimismo, el artículo 48.4 de la LGTel, en relación con las materias de telecomunicaciones reguladas en la citada Ley, señala que esta Comisión ejercerá, entre otras, “j) el ejercicio de la potestad sancionadora en los términos previstos por esta ley”.

En este sentido, el artículo 53 de la misma Ley establece, en su letra s) que será infracción muy grave el incumplimiento grave o reiterado por los operadores de las condiciones para la prestación de servicios o la explotación de redes de comunicaciones.

El escrito presentado por TME ha puesto en conocimiento de esta Comisión que Vodafone podría haber estado cancelando indebidamente las solicitudes de portabilidad a favor de TME de clientes de pequeña empresa que no habrían dado su consentimiento para paralizar dicho proceso de cambio de operador, habiendo incumplido en dichos casos su obligación a conservar la numeración de conformidad con lo establecido en la legislación sectorial.

Este escrito, de conformidad con el artículo 11 del Reglamento del procedimiento para el ejercicio de la Potestad Sancionadora, aprobado por Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto, aplicable a los procedimientos sancionadores tramitados por esta Comisión, ha de calificarse como una denuncia.

En consecuencia, en aplicación de los anteriores preceptos, la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones tiene competencia para conocer sobre la conducta de Vodafone anteriormente mencionada y decidir sobre la iniciación o no del correspondiente procedimiento administrativo sancionador.

Con este fin, esta Comisión abrió el presente expediente de información previa. A este respecto, los artículos 69.2 de la LRJPAC y 12 del Reglamento del Procedimiento para el Ejercicio de la Potestad Sancionadora, aprobado por el Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto, disponen que, con anterioridad al acuerdo de iniciación, el órgano competente podrá abrir un periodo de información previa con el fin de conocer las circunstancias del caso concreto y la conveniencia o no de iniciar el procedimiento.

En especial, estas actuaciones se orientarán a determinar, con la mayor precisión posible, los hechos susceptibles de motivar la incoación del procedimiento, la identificación de la persona o personas que pudieran resultar responsables y las circunstancias relevantes que concurren en unos y otros.

La razón de ser del trámite de información previa no es otra que evitar los inconvenientes que la simple apertura de un procedimiento puede causar a los afectados. El trámite de diligencias previas responde a razones elementales de prudencia, tratando de evitar la precipitación a la hora de acordar la apertura de un procedimiento que nunca debió iniciarse por carecer de base suficiente. Lo anterior cobra aún más importancia en el caso de los procedimientos sancionadores por cuanto éstos inciden directamente en el ámbito moral de la persona imputada.

SEGUNDO.- Valoración de las actuaciones practicadas en el periodo de información previa

2.1 Sobre la información y alegaciones presentada por los operadores TME y Vodafone

Durante la tramitación del presente expediente, los operadores han ido presentado diversa información con la finalidad, por parte de TME, de acreditar el comportamiento irregular de Vodafone derivado de la tramitación presuntamente no consentida por los usuarios (pequeñas empresas) de las cancelaciones de la portabilidad y, de Vodafone, de demostrar la existencia de las peticiones consentidas de tales usuarios para cancelar la portabilidad.



En este sentido, TME ha aportado dos listados Excel, uno en el que se detallan las incidencias sufridas por los usuarios objeto de la denuncia y otro en el que se indican los números móviles que podrían haber sido afectados con la presunta conducta de Vodafone (MSISDN). Entre dichos listados, a pesar de que bajo requerimiento se solicitó su aportación y mejora, se ha detectado faltas de correspondencia ya que existen más abonados afectados según el listado de incidencias que en el listado de MSISDN's.

Asimismo, TME ha presentado copias de las cartas de reclamación de ciento treinta y cuatro empresas afectadas por la conducta irregular de los comerciales de Vodafone, fechadas entre mayo de 2010 y abril de 2012.

También, esta operadora ha presentado copia de algunos correos electrónicos intercambiados con Vodafone en diciembre de 2008 y junio y agosto de 2010. En dichos correos TME manifestaba y detallaba a Vodafone el número de casos y los problemas que, no sólo a la operadora (pérdida de ingresos y mayores costes) sino también a los clientes (empresas), estaba ocasionado la presunta práctica irregular y habitual de sus comerciales consistente en tramitar solicitudes de cancelación de la portabilidad en curso a favor de TME sin el consentimiento del usuario.

En contestación a los requerimientos formulados por esta Comisión a TME, esta operadora ha presentado tres gráficas: (i) una que refleja el porcentaje mensual de las cancelaciones supuestamente irregulares de Vodafone en relación con las solicitudes de portabilidad cursadas por TME de pequeñas empresas, durante el periodo comprendido entre enero de 2009 y marzo de 2012; (ii) otra en la que figura el porcentaje mensual de cancelaciones supuestamente irregulares sobre el total de solicitudes de portabilidad cursadas por TME durante ese periodo; y, finalmente, (iii) una gráfica comparativa que recoge la tasa mensual de cancelaciones en el segmento de pequeña empresa de Vodafone en relación con la registrada por el resto de operadores de red. Estas gráficas permiten deducir el impacto que la supuesta conducta irregular de Vodafone ha tenido sobre la portabilidad solicitada por pequeñas empresas.

Por último, también bajo requerimiento, TME ha aportado un total de ocho mil setenta y cuatro solicitudes de portabilidad de las empresas que se han visto afectadas por la conducta irregular de los comerciales de Vodafone. Dichas solicitudes, según su modo de presentación por TME, sólo pueden consultarse una a una mediante la introducción de una clave, por lo que debido a la dificultad para su acceso esta Comisión sólo ha cotejado aleatoriamente parte de las mismas.

Por su parte, Vodafone, bajo requerimiento de esta Comisión, ha presentado un total de trescientas sesenta y ocho peticiones de cancelación supuestamente firmadas por personal de las empresas que solicitaron la portabilidad a TME, en acreditación de las cancelaciones supuestamente fraudulentas denunciadas por esta operadora. Además, ha aportado las copias de las cartas de ocho de los usuarios objeto de la denuncia de TME, según consta en su listado Excel de incidencias, mediante las que comunican a Vodafone que han pedido la cancelación del proceso de portabilidad a favor de Movistar (marca comercial de TME).

En su escrito de 18 de abril de 2012 Vodafone ha manifestado que *“las solicitudes de cancelación son recogidas y tramitadas hacia el operador donante directamente por las fuerzas de ventas y de distribución, lo que hace imposible el control exhaustivo de la veracidad de las mismas. VODAFONE asume el hecho que pueden producirse casos puntuales y aislados de irregularidades de los que ningún operador está exento, y que sólo pueden evitarse por la no tramitación de la cancelación por parte del operador donante en caso de que se detecte, poniendo los mismos en conocimiento del operador responsable para que actúe en consecuencia con los distribuidores de tales irregularidades”*.



Según alega Vodafone, ésta ha venido siendo la praxis entre las dos compañías (Vodafone y TME) desde la detección de los primeros casos en 2009, por lo que no entiende que TME haya puesto este asunto en conocimiento de esta Comisión. Además, indica que de la propia información de TME se desprende que el número de casos es pequeño, alcanzando un 0,49% del total de clientes sobre el total de portados desde enero de 2009 hasta diciembre de 2011. Lo que representa que la conducta es puntual y aislada, no una práctica generalizada de los puntos de venta.

Continua manifestando Vodafone que, a pesar del carácter aislado de estas conductas, ha estado realizando periódicamente *“acciones formativas e informativas con toda su fuerza de ventas, y ha actuado con la mayor contundencia posible en casos de irregularidades constatadas, llegando a penalizar económicamente con importantes sumas de dinero a alguno de sus distribuidores, precisamente en base a la información recibida por TME que pudo ser contrastada”*.

Asimismo, Vodafone alega que este tipo de irregularidades ocurren recíprocamente, por lo que denuncia a TME de realizar este tipo de actuaciones no sólo para las cancelaciones sino también para las solicitudes de portabilidad. Según Vodafone, TME solicita los datos a sus clientes para hacerles ofertas comerciales y aprovechar a grabar directamente la solicitud de portabilidad en el Nodo Central¹ sin tener la solicitud firmada por el cliente. Vodafone presenta en acreditación de esta afirmación las copias de cartas y correos de ocho clientes, a los que se han hecho referencia en un párrafo anterior.

Finalmente, Vodafone indica que *“es el operador receptor quien puede decidir si tramitar o no las solicitudes de cancelación que le son enviadas por los operadores donantes, en función de si la solicitud reúne las suficientes garantías como para ser aprobadas”*.

Según lo manifestado y acreditado por TME, la conducta presuntamente infractora de Vodafone ha consistido en tramitar cancelaciones de la portabilidad sin consentimiento de sus abonados. Esta conducta, de conformidad con la documentación aportada, parece haberse desarrollado en el periodo comprendido entre diciembre de 2008 y marzo de 2012, ya que TME no ha aportado más información sobre la continuidad de la conducta presuntamente infractora de Vodafone.

Además, tal y como se observa de la siguiente gráfica presentada por TME, se descubre que tal conducta ha tenido un aumento notable en determinados meses del año.

Gráfica 1

[CONFIDENCIAL]

[FIN CONFIDENCIAL]

Así es, de esta gráfica a la que ha tenido acceso Vodafone se desprende que la actuación supuestamente infractora cometida por esta operadora no ha sido aislada ni excepcional o marginal en el tiempo sino reincidente y que se ha ido incrementado a lo largo de los años 2010, 2011 y 2012, a pesar de las incidencias abiertas por TME a Vodafone en el Nodo

¹ Nodo que soporta y canaliza todos los procesos administrativos de la portabilidad y almacena toda la información de la portabilidad móvil. El nodo central gestiona la base de datos de referencia de los números portados y la base de datos de transacciones e incidencias, al cual los distintos operadores deben conectarse para ejecutar los procedimientos involucrados en la portabilidad.



Central y de los correos intercambiados entre los dos operadores desde diciembre de 2008 en los que TME comunicaba a Vodafone las reiteradas incidencias que se estaban produciendo sobre los usuarios que le solicitaban la portabilidad de su numeración. Por lo que no cabe aceptar las alegaciones de Vodafone sobre este aspecto de su posible infracción.

Por otra parte, si analizamos la siguiente gráfica, a la que también ha tenido acceso Vodafone, se observa el impacto que las supuestas cancelaciones irregulares de las portabilidades solicitadas por pequeñas empresas han tenido sobre el total de cancelaciones de solicitudes de portabilidad a favor de TME que ha realizado Vodafone:

Gráfica 2

[CONFIDENCIAL]

[FIN CONFIDENCIAL]

De ella se advierte que, salvo el repunte habido en marzo del año 2012 donde las cancelaciones de pequeña empresa supuestamente irregulares sobre el total de importaciones numéricas canceladas a TME alcanzan una media de **CONFIDENCIAL** [FIN **CONFIDENCIAL**], la conducta denunciada de Vodafone no parece haber sido muy intensiva en términos generales.

Ello se deduce también de la siguiente gráfica elaborada con los datos obtenidos por esta Comisión a través del Nodo Central y donde se analiza la tasa acumulada por Vodafone de cancelaciones de portabilidad en relación con las solicitudes de portabilidad tramitadas por TME.

Gráfica 3

[CONFIDENCIAL]

[FIN CONFIDENCIAL]

Si bien el volumen de cancelaciones de la portabilidad sobre el total de importaciones numéricas de TME, en su pico más alto (agosto y septiembre de 2011), alcanzó tasas del **CONFIDENCIAL** [FIN **CONFIDENCIAL**], la tasa de cancelaciones supuestamente irregulares en el sector de la pequeña empresa sobre el total de portabilidades numérica de pequeñas empresas tramitadas por TME durante esos meses fue del **CONFIDENCIAL** [FIN **CONFIDENCIAL**], respectivamente. Asimismo, se constata que durante esos meses la tasa de cancelaciones irregulares de portabilidad de pequeña empresa supuestamente realizadas por Vodafone sobre el total de cancelaciones de portabilidades de pequeñas empresas tramitadas por TME, representó un **CONFIDENCIAL** [FIN **CONFIDENCIAL**], respectivamente. Ello permite deducir que durante esos meses la supuesta práctica irregular de Vodafone no fue muy intensiva.

No obstante, no hay que obviar que existen otros meses como marzo o junio de 2011 o marzo de 2012 donde dichas comparativas de ratios sobre las cancelaciones irregulares se



redujeron considerablemente, ya que el total de cancelaciones irregulares sobre el total de importaciones de pequeña empresa de TME alcanzaron cifras cercanas al **[CONFIDENCIAL] [FIN CONFIDENCIAL]** mientras que la tasa de cancelaciones en general sobre el total de importaciones de TME fue del **[CONFIDENCIAL] [FIN CONFIDENCIAL]**.

De estos datos se colige que la presunta conducta infractora de Vodafone no ha sido igual de intensiva todos los meses, existiendo picos en determinados meses de cada año que han podido coincidir con los cierres de las portabilidades de algunos trimestres.

Vodafone manifiesta que el número de casos alcanza sólo a un 0,49% de los clientes sobre el total de portados desde enero de 2009 hasta diciembre de 2011. Sin embargo, no tiene en cuenta que, de acuerdo con los datos aportados por TME en su listado Excel de incidencias, el número medio de numeraciones por cada abonado afectado por la supuesta conducta irregular de Vodafone ascienden a once, con lo que se obtiene otra lectura del impacto que su supuesta conducta infractora ha tenido sobre el derecho de dichos usuarios a cambiar de operador conservando su numeración.

Es más, cabe recordar a Vodafone que este tipo de prácticas no deben existir en ningún porcentaje o número, ya que una sola petición de cancelación de una solicitud de portabilidad de un número telefónico sin consentimiento expreso del usuario supone un incumplimiento de la obligación que tienen los operadores, que explotan redes o prestan servicios de comunicaciones electrónicas, de garantizar la conservación de la numeración respetando la libre elección de los usuarios a cambiar de operador. Sin embargo, la presunta conducta infractora de Vodafone parece haber afectado a un número suficientemente importante de clientes y numeraciones.

Asimismo, Vodafone alega que este tipo de irregularidades ocurren recíprocamente y denuncia a TME de realizar este tipo de actuaciones, no sólo para las cancelaciones sino también para las solicitudes de portabilidad. Vodafone acredita estos hechos a través de las copias de unas cartas y correos enviados y firmados por ocho de sus clientes -pequeñas empresas- por medio de los cuales le comunican su voluntad de cancelar la portabilidad a favor de TME.

Sin embargo, nada se desprende de dichas cartas en relación con las conductas que Vodafone trata de imputar a TME sobre las supuestas portabilidades y cancelaciones de las mismas sin consentimiento de los usuarios. Lo único que de las copias de estas cartas se puede deducir es que es posible que TME haya incluido entre las numerosas cancelaciones irregulares denunciadas las de algunos clientes que han querido cancelar voluntariamente su portabilidad a favor de TME.

Por lo que respecta a la última de las argumentaciones principales de Vodafone, sobre que es el operador receptor quien puede decidir si tramitar o no las solicitudes de cancelación en función de si la solicitud reúne las suficientes garantías como para ser aprobadas, cabe indicar que, efectivamente, según lo dispuesto en las Especificaciones técnicas de la portabilidad móvil vigentes en el momento de la comisión de la supuesta infracción de Vodafone², el operador receptor (en este expediente, TME) debe tramitar la petición de cancelación de una solicitud de portabilidad cuando el abonado solicitante desea interrumpir el proceso de portabilidad.

Cuando dicha petición de cancelación era cursada a través del operador donante³ (en el presente caso Vodafone) éste podía notificar dicha solicitud al operador receptor mediante el

² Especificaciones técnicas de los Procedimientos Administrativos para la Conservación de Numeración Móvil en caso de Cambio de Operador, aprobadas por esta Comisión el 22 de octubre de 2009.



Nodo Central, para que el operador receptor iniciase el proceso de cancelación del alta de la portabilidad.

Para ello, el operador donante debía enviar al Nodo Central la solicitud de interrupción del proceso de portabilidad firmada por el abonado (u otra forma equivalente de acreditación del consentimiento del abonado a la portabilidad, siempre que se realizase de acuerdo con la legislación vigente).

Dicho envío se debía producir en el plazo acordado por los operadores involucrados o en su defecto con una antelación mínima de dos días y medio hábiles antes de la ventana de cambio⁴. En dicho plazo el operador receptor debía proceder a leer todas las solicitudes de cancelación y tras la comprobación de los datos, iniciar el procedimiento de cancelación en el plazo mínimo establecido (un día y medio antes de la ventana de cambio).

Por tanto, en caso de que Vodafone hubiera enviado a TME a través del Nodo Central todas las solicitudes de cancelación de la portabilidad, TME debió haber verificado esas solicitudes de cancelación y, en caso de duda, asegurarse de la veracidad de las mismas antes de tramitar las cancelaciones, ya que la finalidad de dicha verificación es precisamente evitar que se produzcan cancelaciones de la portabilidad sin consentimiento expreso de los usuarios.

Sin embargo, dicha posible negligencia de TME no exculpa la actuación origen del problema causado a los usuarios, que es haber podido cursar de forma reiterada por parte de Vodafone peticiones de cancelación de la portabilidad sin su consentimiento, conculcando de este modo el derecho de cambio de operador con conservación de la numeración de los abonados. Todo ello, a pesar de las incidencias comunicadas por TME una vez constatada la problemática existente con los usuarios que realmente querían seguir con la tramitación de su solicitud de portabilidad.

2.2 Determinación de la conducta presuntamente infractora de Vodafone tras la valoración de la información recabada durante la tramitación del expediente

Como ya se ha indicado, la conducta denunciada por TME sobre Vodafone consiste en haber cursado peticiones de cancelación de la portabilidad irregulares, ya que no contaba con el consentimiento de los usuarios (pequeñas empresas), impidiendo o retrasando de este modo el curso de la portabilidad con conservación de la numeración previamente solicitada por el usuario a TME. Según alega TME, el periodo de realización de la citada conducta, arrancó en diciembre de 2008 y se considera que finalizó en marzo de 2012, ya que TME no ha aportado más información sobre la continuidad de la conducta presuntamente infractora de Vodafone.

Hay que tener en cuenta que, de conformidad con lo establecido en el artículo 57 de la LGTel, las infracciones muy graves prescriben a los tres años, produciendo la interrupción de dicha prescripción la iniciación del correspondiente expediente sancionador, a excepción de las infracciones continuadas donde la fecha de inicio del cómputo de la prescripción coincide con la finalización de la actividad infractora.

³ Con las vigentes Especificaciones técnicas de los Procedimientos Administrativos para la Conservación de Numeración Móvil en caso de Cambio de Operador, aprobadas por esta Comisión el 7 de julio de 2011, la petición de cancelación de una solicitud de portabilidad ya no puede ser cursada por los usuarios a través del operador donante.

⁴ Es el plazo de tiempo dentro de un día hábil determinado por la fecha, hora de inicio y su duración, dentro del cual los operadores harán efectivas las actuaciones en sus redes y actualizarán las bases de datos de números portados. Las ventanas de cambio podrán tener una duración de hasta 4h, siendo ésta de 2:00 a.m. a 6:00 a.m.



Por tanto, sin perjuicio de lo que se determine en el procedimiento sancionador que pueda iniciarse tras la valoración de estas actuaciones preliminares, es posible considerar la presunta actividad infractora de Vodafone como continuada en el tiempo. Lo que permite entender que el plazo de prescripción de la misma comenzó a computar desde marzo de 2012, mes en que se puso fin a la supuesta infracción, y, en consecuencia, que ninguna cancelación irregular denunciada se podría considerar como prescrita.

Además, analizada la información presentada por TME en sus listados de incidencias y de MSISDN's, el total de clientes afectados por la presunta conducta infractora podría ser de seiscientos cincuenta y seis⁵, los cuales han tenido que efectuar una media de dos solicitudes y media de portabilidad para conseguir el cambio de operador con conservación de toda su numeración móvil, debido a la presunta cancelación de los procesos de portabilidad por parte de Vodafone sin su consentimiento, llegando en algunos de los casos a tener que iniciar la portabilidad entre diez y trece veces. Asimismo, la media de numeraciones afectadas por cada usuario ha sido de once.

No obstante, con respecto a la información aportada por TME, para acreditar estos detalles demarcadores de la supuesta conducta infractora, cabe indicar que existen datos que no son coincidentes en su totalidad, por lo que el número de clientes afectados podrían ser menos de los indicados por TME:

- En primer lugar, se ha encontrado que no todos los usuarios del listado Excel de incidencias se encuentran en el listado de MSISDN's habiendo una diferencia de más de setenta usuarios.
- En segundo lugar, de los ciento treinta y cuatro abonados de los que se dispone copia de su carta de reclamación como consecuencia de las cancelaciones de su portabilidad sin su consentimiento, diez no aparecen en ninguno de ambos listados Excel.

Asimismo, se ha encontrado que TME no ha aportado un número importante de solicitudes de portabilidad correspondientes a estos clientes, ya que consultadas en los ficheros presentados por TME las solicitudes de treinta de estos usuarios que presentaron carta de reclamación, no se ha podido encontrar las solicitudes correspondientes a la mitad de ellos. No obstante, esta deficiencia, es necesario señalar que de dichas cartas se desprende con claridad la intención de los usuarios de traspasar la numeración a TME y su reclamación contra Vodafone por la cancelación indebida de su portabilidad a favor de aquella.

- Finalmente, de las copias de las cartas de dos usuarios se desprende que su reclamación va dirigida contra otro operador tercero distinto de Vodafone.

Por su parte, Vodafone ha podido presentar un total de trescientas sesenta y ocho copias de peticiones de cancelación. Una vez analizadas las mismas, se ha detectado lo siguiente:

- Cinco de dichas peticiones corresponden a usuarios que no se encuentran comprendidos dentro de la denuncia de TME.
- Según la información aportada por TME, los usuarios sufrieron cada uno de ellos una media de 2,5 cancelaciones sin su consentimiento. Ello también se colige de las precitadas cartas de reclamación de los usuarios.

Vodafone no ha podido acreditar todas las cancelaciones sufridas por cada uno de los usuarios objeto de la denuncia de TME; las trescientas sesenta y tres

⁵ Se han encontrado al menos diez clientes repetidos en el listado de incidencias.



copias restantes (368-5) aportadas por Vodafone corresponden, cada una de ellas, a una de las cancelaciones presuntamente sufridas por dichos usuarios afectados.

- Sobre ocho clientes afectados por la denuncia de TME, Vodafone ha podido acreditar copia de las cartas y correos enviados y firmados en los que le comunican que han solicitado la cancelación de la portabilidad a favor de TME. Sobre dichos usuarios TME no ha aportado carta de reclamación. Por tanto, existen discrepancias en relación con la información aportada por ambos operadores sobre estos clientes.
- En la mayoría de las copias de las peticiones de cancelación sólo consta una numeración a pesar de tratarse los clientes de pequeñas empresas, cuya media de numeración a portar era de once

En adición a lo ya indicado, cabe señalar que dichas copias de peticiones de cancelación parecen estar firmadas por los usuarios, sin embargo se observa que sólo en veinticinco peticiones de cancelación consta el sello de la empresa. En la mayoría del las trescientas treinta y ocho peticiones restantes⁶ la firma que consta en ellas es muy similar, apareciendo trazos o garabatos muy parecidos o firmas que no concuerdan con las que constan en las cartas de reclamación o en las solicitudes de portabilidad aportadas por TME que se han comprobado (18%). Este hecho permite presumir que las peticiones de cancelación no han sido firmadas por los verdaderos clientes. Todo ello, sin perjuicio de que esta Comisión es consciente de que no es la autoridad encargada de valorar la autenticidad o falsificación de dichas firmas.

Por otro lado, con respecto a la copia de las cartas de reclamación realizadas por los usuarios, se señala que (i) se ha evaluado el contenido de las ciento treinta y cuatro cartas que TME ha aportado, (ii) se ha comprobado si Vodafone ha podido acreditar las peticiones de cancelación por cada uno de dichos usuarios, (iii) se ha tratado de asociar gran parte de la numeración afectada titularidad de dichos usuarios a través del listado MSISDN de TME y (iv) se ha comprobado quién es el operador que actualmente presta servicios a dichos usuarios.

De dichas actuaciones se ha constatado que:

- Sólo ciento treinta y dos copias de las cartas de reclamación pueden considerarse a los efectos de delimitar la conducta de Vodafone, ya que dos de dichas cartas hacen referencia a los problemas provocados por un tercer operador distinto de Vodafone.
- Según las fechas que constan en dichas cartas las mismas fueron efectuadas entre mayo de 2010 y abril de 2012. De las mismas se revela que fueron enviadas en la mayoría de los casos a TME, aunque hay veinte cartas de las cuales parece desprenderse que fueron giradas también directamente a Vodafone, por lo que este operador era consciente, no sólo por TME sino también en algunos casos por sus propios clientes, que se estaban llevando a cabo peticiones de cancelación sin consentimientos de éstos.
- Prácticamente la totalidad de las copias de las cartas se encuentran firmadas, generalmente por el representante de la entidad, se ha hecho constar el NIF o el CIF del particular o la empresa en nombre de la cual reclaman y en las mismas figura el sello de la empresa. Sólo en quince cartas no consta el sello de la empresa, sin embargo, cuatro de ellas están suscritas sobre papel en el que consta el membrete de la entidad.

⁶ 368 copias en total – 5 erróneas= 363 (– 25 con sello)=338 copias con presunta firma falsa.



- Vodafone ha podido presentar un total de sesenta y seis copias de peticiones de cancelación correspondientes a la mitad de los usuarios que han enviado carta de reclamación. De dichas peticiones de cancelación, sólo seis están firmadas con sello de la empresa, los cuales, a excepción de uno, coinciden todos con los que figuran en las copias de las cartas de reclamación.
- Tras la lectura del contenido de dichas cartas se constata que los usuarios acusan a Vodafone y, en algunos casos, a determinadas entidades distribuidoras de los servicios de este operador, de cancelar sin su consentimiento la portabilidad solicitada a TME y suplantar su identidad. Niegan haber dado su conformidad a dicha cancelación y exigen que se tramite su solicitud de portabilidad a favor de TME.
- De cinco usuarios de los que se dispone de carta de reclamación no ha sido posible asociarles ninguna numeración móvil, ya que son usuarios que no han indicado la numeración en la carta o ésta no ha podido encontrarse en ninguno de los listados Excel de TME.
- Tras la consulta de una media de dos numeraciones móviles por cada uno de los citados usuarios, durante los días 16 y 18 de julio y 8 y 9 de agosto de 2012, en la herramienta de consulta de la numeración móvil, conforme a los datos que dispone la Asociación de Operadores para la Portabilidad Móvil (AOPM), se ha comprobado que la mayoría de dicha numeración se encuentra portada a TME.

A la vista de lo expuesto es posible concluir que, a pesar de que la información aportada y recabada de TME y Vodafone, para delimitar la presunta conducta de esta última operadora, no es en su totalidad exacta, (i) la acreditación por parte de Vodafone de sólo un 22% de las cancelaciones denunciadas por TME⁷, sobre las cuales, en su mayoría, existen sospechas de falsificación de las firmas al haber sido contrastadas estas firmas con las que constan en las solicitudes de portabilidad y en las ciento treinta y dos cartas de reclamación de los clientes; (ii) las copias de algunos de los correos intercambiados entre los dos operadores durante los años 2008 y 2010, en relación con las cancelaciones irregulares; y (iii) el hecho de que Vodafone ha reconocido la existencia de este tipo de prácticas por parte de algunos de sus distribuidores, representan suficientes indicios que permiten presumir que esta operadora ha podido estar conculcando el derecho de los usuarios (pequeñas empresas) a cambiar de operador con conservación de la numeración, como consecuencia de la cancelación indebida de las solicitudes de portabilidad a favor de TME sin el consentimiento de dichos usuarios. Este tipo de práctica viene conociéndose en la terminología anglosajona como “*slamming*”.

Asimismo, es posible considerar que la citada práctica irregular de Vodafone ha podido ser continuada en el tiempo. En concreto, podría haberse desarrollado entre diciembre de 2008, tal y como se desprende de los correos enviados entre ambos operadores, y marzo de 2012, y haber aumentado la intensidad de su conducta, principalmente, durante los años 2011 y principios del 2012.

Por último, ya se ha apuntado que, salvo las excepciones señaladas en párrafos anteriores, se ha podido observar que la gran mayoría de las firmas de los usuarios de las peticiones de cancelación enviadas por Vodafone no coinciden ni con las firmas que constan en las cartas de reclamación ni con las que constan en las solicitudes de portabilidad, lo que revela la existencia de indicios de que la mismas han podido ser falsificadas. Ésta supuesta práctica, además de suponer una traba para el ejercicio de los usuarios de su derecho a cambiar de

⁷ Recordar que el total de usuarios objeto de la denuncia de TME es de seiscientos cincuenta y seis y que cada uno de ellos sufrió una media de dos cancelaciones y media. Vodafone ha presentado un total de trescientos sesenta y tres peticiones de cancelación que corresponden cada una a un cliente.



operador, podría representar un delito de falsedad documental tipificado en el Código Penal, aprobado por Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre.

TERCERO.- Sobre la existencia de indicios de hechos sancionables

Esta Comisión considera que, de la valoración de la documentación y de los datos obtenidos durante las actuaciones practicadas, cabe apreciar indicios suficientes de que Vodafone, podría haber realizado actividades e incurrido en omisiones tipificadas en el artículo 53.s) de la LGTel⁸, como consecuencia de no garantizar la conservación de la numeración, de conformidad con lo establecido en la legislación sectorial, tal y como prescriben los artículos 19.d) y 20.e) del Reglamento sobre las condiciones para la prestación de los servicios de comunicaciones electrónicas, el servicio universal y la protección de los usuarios, aprobado por el Real Decreto 424/2005, de 15 de abril.

Dichas actuaciones son susceptibles de motivar la incoación de un procedimiento sancionador, en los términos establecidos por el artículo 13 del Reglamento del procedimiento para el ejercicio de la Potestad Sancionadora, aprobado por Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto (en adelante, Reglamento del Procedimiento Sancionador), debiéndose resolver en consecuencia.

El artículo 11 del Reglamento del Procedimiento Sancionador, aplicable a los procedimientos sancionadores tramitados por esta Comisión, conforme a lo dispuesto por el artículo 58 de la LGTel, determina que:

«1. Los procedimientos sancionadores se iniciarán siempre de oficio, por acuerdo del órgano competente, bien por propia iniciativa o como consecuencia de orden superior, petición razonada de otros órganos o denuncia.»

A efectos del presente Reglamento, se entiende por:

a) Propia iniciativa: La actuación derivada del conocimiento directo o indirecto de las conductas o hechos susceptibles de constituir infracción por el órgano que tiene atribuida la competencia de iniciación, bien ocasionalmente o por tener la condición de autoridad pública o atribuidas funciones de inspección, averiguación o investigación.

(...)

b) Denuncia: El acto por el que cualquier persona, en cumplimiento o no de una obligación legal, pone en conocimiento de un órgano administrativo la existencia de un determinado hecho que pudiera constituir infracción administrativa.»

De conformidad con lo dispuesto en los artículos 48.4.j) y 50.7 de la LGTel, corresponde a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones el ejercicio de la potestad sancionadora por el incumplimiento de las resoluciones adoptadas por esta Comisión en el ejercicio de sus funciones en materia de comunicaciones electrónicas, con excepción de las que lleve a cabo en el procedimiento arbitral previo sometimiento voluntario de las partes.

CUARTO.- Iniciación de un Procedimiento Administrativo Sancionador.

⁸ Incumplir grave o reiteradamente las condiciones para la prestación de los servicios y la explotación de las redes de comunicaciones electrónicas.



1.- Tipo infractor

El artículo 128.1 de la LRJPAC dispone que serán de aplicación las disposiciones sancionadoras vigentes en el momento de producirse los hechos que constituyan infracción administrativa.

El artículo 53.s) de la LGTel tipifica como infracción muy grave el incumplimiento grave o reiterado por los operadores de las condiciones para la prestación de los servicios y la explotación de las redes de comunicaciones electrónicas. Sin perjuicio de lo que resulte de la posterior instrucción del procedimiento sancionador, y vistos los antecedentes, la presunta práctica de Vodafone podría considerarse como actividad comprendida en la conducta tipificada en el citado artículo.

2.- Sanción que pudiera corresponder

Sin perjuicio de lo que resulte de la posterior instrucción del procedimiento sancionador, según lo establecido en el artículo 56.1.a) de la LGTel, las sanciones que podrían ser impuestas por la comisión de la mencionada infracción son las siguientes:

“Por la comisión de infracciones muy graves tipificadas en los párrafos q) y r) del artículo 53 se impondrá al infractor multa por importe no inferior al tanto, ni superior al quíntuplo, del beneficio bruto obtenido como consecuencia de los actos u omisiones en que consista la infracción. En caso de que no resulte posible aplicar este criterio o que de su aplicación resultara una cantidad inferior a la mayor de las que a continuación se indican, esta última constituirá el límite del importe de la sanción pecuniaria. A estos efectos, se considerarán las siguientes cantidades: el uno por ciento de los ingresos brutos anuales obtenidos por la entidad infractora en el último ejercicio en la rama de actividad afectada o, en caso de inexistencia de éstos, en el ejercicio actual: el cinco por ciento de los fondos totales, propios o ajenos, utilizados en la infracción, o 20 millones de euros. (...)”.

3.- Órgano competente para resolver

El Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones es el órgano competente para incoar y resolver el presente procedimiento sancionador, de conformidad con lo establecido en el artículo 58.a) de la vigente LGTel, en el que se dispone que la competencia sancionadora corresponderá «a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, cuando se trate de infracciones muy graves tipificadas en los párrafos q) a x) del artículo 53 (...). Dentro de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, la imposición de sanciones corresponderá: 1º) Al Consejo, respecto de las infracciones muy graves y graves.».

4.- Procedimiento

De conformidad con lo establecido en el artículo 58 de la LGTel, el presente procedimiento sancionador se sujetará al procedimiento aplicable, con carácter general, a la actuación de las Administraciones públicas. Por tanto, se sustanciará de acuerdo con lo establecido en el Título IX de la LRJPAC (artículos 127 y siguientes) y en el Reglamento del Procedimiento Sancionador. No obstante, el plazo máximo de duración del procedimiento será de un año y el plazo de alegaciones no tendrá una duración inferior a un mes. El incumplimiento del plazo máximo para resolver, en los términos que dispone la LRJPAC, supondrá la caducidad del procedimiento, con los efectos del artículo 92 de la misma norma.

Vistos los citados antecedentes y fundamentos jurídicos, esta Comisión, en uso de las competencias que tiene atribuidas

RESUELVE



PRIMERO.- Acordar la incoación de un procedimiento sancionador contra Vodafone de España, S.A.U como presunto responsable directo de una infracción administrativa que puede ser calificada como muy grave, tipificada en el artículo 53.s) de la Ley 32/2003, y consistente en el incumplimiento grave o reiterado de las condiciones para la prestación de los servicios y la explotación de las redes de comunicaciones electrónicas, con respecto a la obligación de garantizar el derecho de los abonados a cambiar de operador con conservación de su numeración telefónica, tal como establecen los artículos 19.d) y 20.e) del Reglamento sobre las condiciones para la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas, el servicio universal y la protección de los usuarios, aprobado por el Real Decreto 424/2006 de 15 de abril.

La citada infracción administrativa puede dar lugar a la imposición por la Comisión de una sanción en los términos expresados en el apartado segundo del Fundamento de Derecho Séptimo de la presente Resolución.

El expediente sancionador tiene por finalidad el debido esclarecimiento de los hechos y cualesquiera otros relacionados con ellos que pudieran deducirse, determinación de responsabilidades que correspondieren y, en su caso, sanciones que legalmente fueran de aplicación, según lo establecido en el artículo 56 de la Ley 32/2003, y todo ello con las garantías previstas, y en los plazos a que se refiere el artículo 58, en la Ley precitada y en el Reglamento del Procedimiento Sancionador.

TERCERO.- Nombrar Instructor del presente procedimiento sancionador a Estela Pascual Palacín quien, en consecuencia, quedará sometido al régimen de abstención y recusación establecido en los artículos 28 y 29 de la LRJPAC.

CUARTO.- De conformidad con lo que establece el artículo 16.1 del Reglamento del Procedimiento Sancionador, en relación con el artículo 58 de la Ley 32/2003, los interesados en el presente procedimiento disponen de un **plazo de un mes**, contado a partir de la notificación del presente Acuerdo de incoación, para:

- a) Comparecer en esta Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, si así lo desea, para tomar vista del expediente.
- b) Proponer la práctica de todas aquellas pruebas que estime convenientes para su defensa, concretando los medios de prueba de que pretendan valerse.
- c) Presentar cuantas alegaciones, documentos y justificantes estime convenientes.

Transcurrido dicho plazo sin que se haya recibido alegación alguna, se continuará con la tramitación del procedimiento, informándole que el Instructor del mismo podrá acordar de oficio la práctica de aquellas pruebas que considere pertinentes.

QUINTO.- En cualquier momento de la tramitación del procedimiento y con suspensión del mismo, el interesado podrá ejercitar su derecho a la recusación contra el Instructor, si concurre alguna de las causas recogidas en los artículos 28 y 29 de la LRJPAC.

SEXTO.- En el supuesto de que Vodafone de España, S.A.U reconozca su responsabilidad en los hechos citados se podrá, conforme a lo dispuesto en el artículo 8 del Reglamento del Procedimiento Sancionador, dictar resolución directamente sin necesidad de tramitar el procedimiento en su totalidad. No obstante se le informa de su derecho a no declarar contra sí mismo y a no declararse culpable.

SÉPTIMO.- Este Acuerdo deberá ser comunicado al Instructor nombrado, dándole traslado de cuantas actuaciones existan al respecto en el expediente. Asimismo, deberá ser notificado a los interesados.



El presente certificado se expide al amparo de lo previsto en el artículo 27.5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común y en el artículo 22.2 del texto consolidado del Reglamento de Régimen Interior de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones aprobado mediante Resolución de su Consejo de 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, por quienes puedan acreditar su condición de interesados 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 los artículos 107 y 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 48 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