



Roj: **SAN 2055/2015 - ECLI: ES:AN:2015:2055**

Id Cendoj: **28079230082015100301**

Órgano: **Audiencia Nacional. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Madrid**

Sección: **8**

Fecha: **25/05/2015**

Nº de Recurso: **26/2014**

Nº de Resolución: **87/2015**

Procedimiento: **PROCEDIMIENTO ORDINARIO**

Ponente: **JOSE ALBERTO FERNANDEZ RODERA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA NACIONAL

Sala de lo Contencioso-Administrativo

SECCIÓN OCTAVA

Núm. de Recurso: 0000026 / 2014

Tipo de Recurso: PROCEDIMIENTO ORDINARIO

Núm. Registro General: 00249/2014

Demandante: VODAFONE S.A.U.

Procurador: DON ALBERTO HIDALGO MARTÍNEZ

Demandado: COMISIÓN DE MERCADO DE TELECOMUNICACIONES

Abogado Del Estado

Ponente Ilmo. Sr.: D. JOSÉ ALBERTO FERNÁNDEZ RODERA

SENTENCIA Nº:

Ilmo. Sr. Presidente:

D. FERNANDO LUIS RUIZ PIÑEIRO

Ilmos. Sres. Magistrados:

D^a. MERCEDES PEDRAZ CALVO

D. JOSÉ ALBERTO FERNÁNDEZ RODERA

D. JUAN CARLOS FERNÁNDEZ DE AGUIRRE FERNÁNDEZ

D^a. ANA ISABEL GÓMEZ GARCÍA

Madrid, a veinticinco de mayo de dos mil quince.

Vistos los autos del recurso contencioso administrativo nº **26/14**, que ante esta Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, ha promovido el Procurador **DON ALBERTO HIDALGO MARTÍNEZ**, en nombre y representación de **VODAFONE S.A.U**, frente a la Administración General del Estado, representada por el Sr. Abogado del Estado, contra resolución de 19 de noviembre de 2013 de la **COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y LA COMPETENCIA (CNMC)**, (que después se describirá en el primer Fundamento de Derecho), siendo Magistrado Ponente el Ilmo. Sr. **D. JOSÉ ALBERTO FERNÁNDEZ RODERA**.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO



PRIMERO.- Por el recurrente expresado se interpuso recurso contencioso-administrativo, mediante escrito presentado el 16 de enero de 2014, contra la resolución antes mencionada, acordándose su admisión por Providencia de fecha 21 de enero de 2014, y con reclamación del expediente administrativo.

SEGUNDO.- En el momento procesal oportuno, la parte actora formalizó demanda, mediante escrito presentado el 25 de abril de 2014, en el cual, tras alegar los hechos y fundamentos de derecho que estimó oportunos, terminó suplicando la estimación del recurso, con la consiguiente anulación de los actos recurridos.

TERCERO.- El Sr. Abogado del Estado contestó a la demanda mediante escrito presentado el 23 de junio de 2014, en el cual, tras alegar los hechos y los fundamentos jurídicos que estimó aplicables, terminó suplicando la desestimación del presente recurso.

CUARTO.- No habiéndose solicitado el recibimiento a prueba, se dio traslado para formalizar conclusiones a las partes personadas, quienes las evacuaron en sendos escritos, en los que reiteraron sus respectivos pedimentos.

QUINTO.- Por Providencia de esta Sala, se señaló para votación y fallo de este recurso el día 20 de mayo de 2015, en el que se deliberó y votó, habiéndose observado en la tramitación las prescripciones legales.

II.- FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- Se recurre por **VODAFONE, SAU**, resolución de la **COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y LA COMPETENCIA (CNMC)** de fecha 19 de noviembre de 2013, en la que se desestimó recurso de reposición contra la de 30 de julio de 2013 de la **COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES (CMT)**, en la que se impuso una sanción por importe de 600.000 euros por incumplimiento de las condiciones para la prestación de los servicios y la explotación de redes de comunicaciones electrónicas, al no garantizar el derecho de los abonados del segmento de pequeña empresa a cambiar de operador con conservación de su numeración telefónica.

Los hechos se producen entre el 12 de agosto y el 1 de diciembre de 2012, y se traducen en la tramitación de peticiones de cancelación de portabilidad hacia **TELEFÓNICA MÓVILES ESPAÑA** sin consentimiento de los afectados. Se tipifican como la infracción muy grave prevista en el artículo 53 s) de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones (LGT), esto es, "incumplimiento grave o reiterado por los operadores de las condiciones para la prestación de servicios o la explotación de redes de comunicaciones electrónicas".

Los motivos de la demanda se centran, en síntesis, en la inexistencia de prueba motivada y correlativa vulneración de la presunción de inocencia, en la inexistencia de dolo o culpa y en, finalmente, la falta de proporcionalidad de la sanción impuesta.

SEGUNDO.- Sobre los hechos que han dado lugar a la sanción, la resolución de la CMT de 30 de julio de 2013, luego confirmada en reposición por la CNMC, recoge un extenso y razonado "factum" (folios 4 a 12), en el que se describe en detalle la conducta depurada, poniendo de relieve la acción continuada que justificó el expediente y subsiguiente sanción:

"De las copias de los correos enviados entre TME y Vodafone durante diciembre de 2008 y junio, julio, agosto y septiembre de 2010 así como de las alegaciones presentadas por Vodafone y TME.

Anexo al escrito de denuncia de TME, esta operadora aportó una serie de copias de correos electrónicos de fechas 1, 3, 19, 22 y 24 de diciembre de 2008 enviados a Vodafone con la finalidad de comunicarle a través de esta vía extraordinaria los clientes o lista de clientes que estaban sufriendo reiteradas cancelaciones de sus solicitudes de portabilidad (entre 2 y 5 intentos de portabilidad) y demandarle que tomaran las acciones o medidas necesarias para parar este tipo de cancelaciones injustificadas dada la gravedad del tema (Documentos nº 1.3, 1.4, 1.5 y 1.6).

En los citados correos TME indicaba que disponía de los burofax que los clientes habían enviado a la propia Vodafone reconociendo que no habían solicitado la cancelación de la portabilidad y que deseaban seguir con la portabilidad de su numeración hacia TME, o del reconocimiento de los clientes trasladado a TME de que no habían firmado documento alguno para cancelar la portabilidad. Además, esta operadora señalaba, en los correos de fechas 1 y 3 de diciembre de 2008, que había interpuesto la correspondiente incidencia en el sistema de la portabilidad y que estaba a la espera de recibir la documentación asociada a las cancelaciones para aportársela a Vodafone.

TME también anexó copias de correos electrónicos de fechas 28 de junio, 18 de agosto y 6 de octubre de 2010 de los que se desprende que un año y medio después las peticiones de cancelación no consentidas seguían



produciéndose. En particular, el 26 de junio de 2010 TME trasladaba a Vodafone ejemplos de cartas que le enviaban los clientes y en los que se basaba para asegurar que existían peticiones de cancelación irregulares por parte de Vodafone. Asimismo, le traspasaba un fichero de casos aún abiertos por esa causa y que le interesaba desbloquear cuanto antes.

Ese mismo día le envió otro correo en el que le pedía ayuda a Vodafone para cortar la práctica de algún distribuidor que estaba retrasando la portabilidad y en algún caso, produciendo la pérdida de la captación de clientes empresariales. En el mismo le indicaba que en las últimas semanas se estaba produciendo un repunte de portabilidades de empresas que se cancelaban sin que los responsables de las mismas reconocieran haber autorizado a Vodafone que solicitara la cancelación en su nombre.

El 18 de agosto de 2010 TME cruza de nuevo correos con Vodafone para comunicarle que se había incrementado el volumen detectado a finales del mes de junio de importaciones hacia TME canceladas, para las que los clientes no reconocían haber dado su consentimiento. TME le indicaba a Vodafone que, entre el mes de julio y la fecha del correo, se habían producido veinticuatro (24) nuevos casos, por lo que le pedía su colaboración para evitar ese tipo de prácticas.

Por último en el correo enviado el 6 de octubre de 2010 la precitada operadora notificó a Vodafone que en el mes de septiembre se había producido un nuevo repunte de cancelaciones de portabilidad no consentidas por clientes del segmento empresarial, que confirmaba la tendencia habida en los últimos tres meses (junio, julio y agosto). En TME le comunica a Vodafone la existencia de cuarenta (40) nuevos clientes afectados que representaban en total más de trescientas cincuenta (350) líneas afectadas.

De los cuarenta (40) clientes que TME comunicaba a Vodafone TME anexaba la documentación que disponía (presuntas cartas firmadas por los clientes en las que no reconocían su autorización para cancelar de dichos clientes, para acreditarle las cancelaciones irregulares. No obstante, en el citado correo TME le indicaba a Vodafone que el volumen de cancelaciones no consentidas podía ser mayor y que por parte de algunos distribuidores de Vodafone esa práctica se había convertido "en la actuación por defecto". Finalmente TME solicitaba de nuevo colaboración a Vodafone para poner fin a la práctica irregular de sus distribuidores.

Vodafone confirma en sus diversos escritos de alegaciones que TME le estuvo notificando la existencia de cancelaciones irregulares de la portabilidad entre los años 2008 a 2010. En concreto, en su escrito de 18 de abril de 2012 Vodafone reconoce la existencia de los correos enviados por TME al afirmar que ambas empresas han estado "intercambiando información en relación con los casos irregulares detectados y colaborando en la adopción de distintas medidas para la resolución de los mismos". Asimismo, alega que ésta ha venido siendo "la praxis entre las dos compañías desde la detección de los primeros casos en 2009 (...)". Por último, Vodafone alegaba que "precisamente en base a la información recibida por TME que pudo ser contrastada" ha llegado a penalizar económicamente a alguno de sus distribuidores.

Por tanto, de lo expuesto se concluye que desde diciembre de 2008 y hasta octubre de 2010 Vodafone tramitó peticiones de cancelación de las portabilidades solicitadas a TME por clientes del segmento de pequeña empresa sin su consentimiento.

2. De las copias de las cartas de reclamación de los clientes del segmento de pequeña empresa sobre la cancelación sin su consentimiento de la portabilidad de sus líneas por parte de Vodafone de fechas comprendidas entre mayo de 2010 y abril de 2012, de los escritos de confirmación de las citadas cartas enviados por los clientes, de las incidencias registradas por TME en el Nodo Central, así como del análisis de las peticiones de cancelación cursadas por Vodafone en el Nodo Central respecto a dichos clientes.

Durante el periodo de información previa, TME presentó ciento treinta y dos (132) cartas de reclamación (siendo dos de ellas un correo electrónico y una copia de una solicitud de retransmisión de la portabilidad donde se detallan los motivos por los que el cliente volvía a solicitar el proceso de cambio), correspondientes a las empresas y Ayuntamientos que habían resultado afectados por las cancelaciones no consentidas de sus solicitudes de portabilidad hacia TME cursadas por Vodafone. Las fechas de estas cartas y documentos (en adelante, cartas de reclamación) están comprendidas entre mayo de 2010 y abril de 2012, salvo diecisiete cartas en las que no consta la fecha de su firma. (Documento nº 1.1)

Con carácter general, de estas cartas se constata que los ., clientes reclaman no haber autorizado o firmado algún documento para cancelar la portabilidad de sus líneas desde Vodafone hacia TME y señalan a Vodafone o a alguno de sus distribuidores como los autores de haber paralizado sus portabilidades pudiendo haber falsificado su firma y, por tanto, suplantado su identidad. Además, analizado el contenido de estas cartas se ha podido comprobar que veinte de dichas cartas de reclamación de fechas comprendidas entre junio y diciembre de 2011 aparecen dirigidas directamente a Vodafone.

Asimismo, de las cartas de reclamación se constata que, con carácter general, las mismas han sido firmadas por el representante, apoderado, administrador, gerente de las entidades o alcaldes de los municipios, consta el NIF o el CIF del particular y/o de la empresa en nombre de la cual se reclamaba, así como su sello.

En sus alegaciones al inició del expediente sancionador Vodafone alegaba que esta Comisión no ha podido comprobar en caso alguno que la persona que firmó la carta fuera realmente el representante legal de la empresa en ese momento, ni que la firma que aparecía correspondiera al representante legal de la empresa. Vodafone considera que no basta intuir que la firma sea válida sino que debe comprobarse con la que figura en un documento con validez legal como el NIF.

Respecto al valor probatorio de las cartas de reclamación de los clientes cabe hacer referencia a lo establecido por la prolija jurisprudencia del Tribunal Supremo (en adelante, TS) en relación con el valor probatorio de los documentos privados no reconocidos legalmente. A este respecto, cabe indicar, entre otras, las Sentencias del TS de 27 de enero de 1987 (RJ/1987/359), de 26 de noviembre de 1993 (RJ/1993/9140) y de 8 de noviembre de 1994 (RJ/1994/8476).

Pues bien, atendiendo a lo dispuesto por las dos últimas sentencias citadas en relación con la falta de reconocimiento, en concreto, de la copia de una carta y de la firma de los documentos privados, respectivamente:

- Sentencia de 26 de noviembre de 1993: "se insiste especialmente. en impugnar la copia de una carta (...), con la pretensión de considerar infringido el art 1228 Código Civil, cuando el supuesto de hecho de esta norma nada tiene que ver con el contenido de la misma, que se refiere a «papeles» que se forman y conservan por un particular para mantenerlos consigo (...) y no al supuesto de una carta dirigida por una persona a otra, carta que, además, ha sido apreciada por la Sala «a quo» conjuntamente con el resto de la prueba, y que por ello se refiere a hechos que solo pueden tener demostración por el propio documento pero no cuando existen otras pruebas. que acreditan la realidad del hecho a que se refiere (...). Además, la falta. de reconocimiento por la recurrente de tal documento no le priva íntegramente de valor y puede ser tomado en consideración ponderando su grado de credibilidad atendidas las circunstancias del debate [SS 11 marzo y 29 mayo 1987 (RJ 1987/3849)], que fue lo que hizo el Tribunal de instancia. Según las SS. 25 febrero y 21 septiembre 1991 (RJ 1991\1598 y RJ 1991\6276), nada impide dar relevancia a un documento privado no reconocido conjugando su valor con el resto de la prueba, su reconocimiento no es el único medio de probar su autenticidad".

- Sentencia de 8 de noviembre de 1994: "Incluso, en este tema y con abstracción del texto documentario, adquiere valor capital el reconocimiento de la firma de la persona contra la que se presenta el documento, como se desprende de los artículos 1430 a 1433 de la precitada Ley 1226 del Código Civil, sin que su artículo 1225, citado como básico en el motivo, permita atribuir al reconocimiento del documento privado una eficacia absoluta e incondicional ya que el cumplimiento de esa exigencia, lo que le confiere es el mismo valor que la escritura pública entre los que lo hubiesen suscrito y sus causahabientes siendo indudable que la Sala de instancia puede valorar el carente de reconocimiento en unión de otros elementos de juicio obrantes en autos, sin que la ausencia de esa formalidad pueda impedir su relevancia probatoria, ponderando su credibilidad atendidas las circunstancias del debate, y en este sentido se pronuncia la constante doctrina mantenida por la Sala, recogida, entre otras, en las Sentencias de 26 noviembre y 4 diciembre 1993 (RJ 1993\9140 y RJ 1993\9834); 16 noviembre 1992 (RJ 1992\9409); 21 septiembre, 11 octubre y 11 marzo 1991 (RJ 1991\6276 y RJ 1991\6914); 23 noviembre, 18 julio, 26 mayo y 3 marzo 1990 (RJ 1990\9043, RJ 1990\5948, RJ 1990\4083 y RJ 1990\1663); 16 julio y 1 febrero 1989 (RJ 1989\649); 12 julio y 5 febrero 1988 (RJ 1988\5685 y RJ 1988\705 y 27 enero 1987 (RJ 1987\359).

De ellas, se concluye que si bien el reconocimiento de la firma otorga al documento privado el mismo valor probatorio del que goza un documento público la falta de reconocimiento de los documentos privados o de su firma no priva a éstos de valor probatorio, ya que su grado de credibilidad dependerá de las circunstancias del debate o de la existencia de otros elementos de juicio, es decir conjugando su valor con el resto de pruebas.

A tales efectos, se indica que los hechos denunciados por los ciento treinta y dos clientes del segmento empresa son los mismos, esto es: (i) no haber autorizado la cancelación de la portabilidad de su numeración a favor de TME que cursó Vodafone sin su consentimiento, (u) seguir interesados en que se lleve a cabo la portabilidad y (iii) manifestar expresamente, en algunos casos, haber existido falsificación de su firma.

Estos hechos denunciados por los clientes coinciden con los que TME comunicó a Vodafone en los correos electrónicos intercambiados durante los años 2008 a 2010, a través de los cuales hacía llegar a Vodafone las cartas que le enviaban los clientes reclamando cancelaciones sin su consentimiento. Estos hechos han podido ser acreditados a través de las siguientes pruebas:

1.- Mediante escrito de la instructora de fecha 13 de diciembre de 2012, al que se anexaba una copia de la carta de reclamación correspondiente a cada empresa o Ayuntamiento se notificó a las personas físicas que habían



suscrito las citadas cartas una solicitud de información en relación con los datos consignados en las mismas. En concreto la información solicitada fue la siguiente:

1. Identificación de la persona que solicitó la portabilidad de la numeración a la que se refiere la carta, indicando si lo hizo en calidad de representante, administrador o apoderado de la empresa o como persona física titular de la citada numeración.
2. Indicar los números móviles que fueron objeto de la solicitud de portabilidad.
3. El nombre del operador de telefonía móvil que prestaba servicios en el momento de solicitar la portabilidad.
4. El nombre del operador de telefonía móvil al que se solicitó la portabilidad de la numeración referida.
5. Confirmación de que enviaron la carta de reclamación que se adjuntaba así como los hechos denunciados en la misma, indicando si lo hizo en calidad de representante, administrador o apoderado de la empresa o como persona física titular de la citada numeración.
6. En caso de conocerse, quién cursó la petición de cancelación de la portabilidad sin el consentimiento de la persona señalada en el punto primero.
7. Algún otro dato que considerara relevante en relación con la portabilidad de la numeración indicada en el punto 2, como por ejemplo, si se sufrió más de una cancelación de la portabilidad sin consentimiento o cuánto tiempo transcurrió hasta que se cursó finalmente la solicitud de portabilidad de la numeración.

Asimismo, se solicitaba que hicieran figurar el nombre y apellido, firma y NIF o CIF de la persona que diera contestación a la solicitud de información.

De los ciento treinta y dos (132) clientes del segmento de pequeña empresas que, durante mayo de 2010 y enero de 2012, denunciaron en sus cartas que Vodafone o sus distribuidores habían procedido a cancelar las portabilidades de sus líneas sin su consentimiento, se consiguió notificar a ciento veinticuatro empresas (124). Respecto de las ocho (8) empresas restantes se ignora su paradero tras realizar varias notificaciones sin éxito.

De las ciento veinticuatro empresas (124) notificadas se han recibido en el Registro de esta Comisión cincuenta y cuatro (54) escritos de contestación a la solicitud de información realizada por la instructora, lo que representa el 41 % de las empresas que reclaman por carta cancelaciones sin su consentimiento. Los escritos de contestación se encuentran firmados por las personas que los suscriben, indicando su nombre y apellidos así como su NIF, salvo en nueve escritos en los que no consta el NIF.

En contestación a la pregunta 1, salvo las empresas [CONFIDENCIAL] JOYCAR EXPRESS, S.L., DISEÑO SANITARIO, S.L. y HORTICULTORES, EL TORCAL, S.L. [FIN CONFIDENCIAL], se ratifica que quien firmó la carta de reclamación solicitó la portabilidad de su numeración.

En todos se responde afirmativamente a la pregunta cinco, mediante la que se confirma la autenticidad de las cartas enviadas y firmadas por ellos y en que calidad las enviaron (como representantes, apoderados, administradores, consejero delegado) -en un escrito se informa que la carta fue enviada por los abogados de la empresa pero se ratifica la misma y en otro se informa que la persona que suscribió la carta ya no pertenece a la empresa pero confirman que la carta se envió en nombre de la empresa por el apoderado.

Mencionar como excepción el escrito enviado y firmado por la empresa [CONFIDENCIAL] ACEITUNAS CHICON LEBRON, S.L. [CONFIDENCIAL] el que, si bien no se da respuesta a las preguntas solicitadas, a su entender y con el objeto de resolver el expediente, remite de nuevo la carta de reclamación enviada por su administrador así como las copias de las solicitudes de portabilidad cursadas hacia TME sin firmar, donde se observa que el operador donante de la portabilidad era Vodafone y que la numeración objeto de la solicitud de portabilidad coincide con la que consta en el expediente respecto de este usuario.

En relación a la pregunta 6 relativa a si conocen quien cursó la petición de cancelación de la portabilidad, pocos escritos quince (15) respuesta a esta pregunta, y de éstos quince (15) escritos, diez (10), dan el nombre del comercial o distribuidor de Vodafone que considera que fue quien cursó las cancelaciones sin su consentimiento.

Asimismo, veinticinco (25) de las cincuenta y cuatro (54) empresas, conforme a la pregunta 7, aportan información sobre el número de cancelaciones no consentidas sufridas (entre 1 y 10 veces), el tiempo estimado que tardaron en portarse (hasta 3 meses) y los problemas que tuvieron con Vodafone para portar sus numeraciones (cobros de penalizaciones, cortes del servicio por pedir la portabilidad, otros).

Además, ocho (8) usuarios han aportado documentación adicional en acreditación de sus manifestaciones, tales como las copias del usuario de las solicitudes de portabilidad hacia TME, copia del contrato firmado con TME aunque no consta la fecha del mismo, copia de las facturas giradas por Vodafone tras resolver el contrato, los faxes, burofaxes y las cartas enviadas a Vodafone para reclamar que no se cancelasen sus portabilidades, las



copias de los correos enviados a Vodafone y al comercial que considera que le suplantó la identidad para cancelar las solicitudes de portabilidad, copias de correos enviados por TME así como pantallazos de la aplicación del distribuidor de TME por los que se comunica a los clientes el estado (alta cancelada) en el que se encuentran las portabilidades de sus numeraciones.

En consecuencia, de los datos que constan en las cartas de reclamación, reconocidas por las personas que las suscribieron, así como de la información contenida en sus escritos de contestación a la solicitud de información formulada por la instructora, queda probado que dichas empresas y Ayuntamientos sufrieron cancelaciones no consentidas de las portabilidades de sus líneas solicitadas a TME (operador receptor) por parte de Vodafone (operador donante).

2.- Por otra parte, durante los días 26 y 30 de abril de 2013 se procedió consultar en el Nodo Central las posibles incidencias que TME habría comunicado a Vodafone con motivo de las cancelaciones no consentidas que estaban sufriendo los clientes, (empresas) que le habían solicitado la portabilidad de sus líneas. Para ello se procedió a utilizar como criterio de búsqueda la fecha de estado de las solicitudes de portabilidad en el periodo comprendido entre enero de 2011 y febrero de 2012. De dicha consulta se ha podido comprobar que al menos durante dicho periodo TME notificó cincuenta y seis (56) incidencias de portabilidad a Vodafone, con motivo de que determinados clientes del segmento empresa estaban sufriendo cancelaciones de la portabilidad sin su consentimiento.

Del total de incidencias encontradas, treinta y una (31) corresponden a clientes que presentaron carta de reclamación, mientras que del resto de incidencias, veinticinco (25), diecisiete (17) corresponden a clientes (empresas) que TME incluyó en la denuncia contra Vodafone que motivó la apertura del presente expediente sancionador, ya que constan en los listados Excel de incidencias y de MSISDN (números móviles) que anexó en su escrito de 29 de febrero de 2012, pero sobre los que no se dispone de carta de reclamación del cliente.

En todas las incidencias TME informaba: (i) del nombre del cliente, (ii) de la fecha de la solicitud, (iii) del número de la solicitud de portabilidad que había sido cancelada por Vodafone, (iv) de que dichas cancelaciones se habían hecho sin haberlo solicitado el cliente, (v) del número de líneas canceladas (entre 2 y 21), así como (vi) de la fecha de la nueva solicitud de portabilidad que TME había vuelto a introducir en el Nodo, pidiendo que no se volviera a cancelar. Además, en algunas incidencias TME también indicaba a Vodafone el número de veces que la portabilidad había sido cancelada (hasta 4 veces).

Pues bien, analizado contenido de las cartas de reclamación de estos treinta y un (31) clientes, la fecha del documento, los escritos de confirmación que aportaron siete (7) de estos treinta y un (31) clientes, así como la información que se desprende de los listados Excel aportados por TME respecto de los citados diecisiete (17) clientes sobre los que se ha encontrado el registro de su incidencia en el Nodo, se constata que todos ellos concuerdan con los datos consignados por TME en las comunicaciones de incidencias sobre las solicitudes de portabilidad canceladas por Vodafone.

3.- Por último, los hechos denunciados en las cartas de reclamación de los clientes así como la confirmación de éstas se han podido cotejar a través de las solicitudes de cancelación que TME pudo aportar en sus escritos de 10 y 16 de enero de 2013 y 14, de conformidad con la información registrada por Vodafone en el Nodo Central, acerca de ciento ocho (108) empresas (82% de los clientes con carta de reclamación afectados por las cancelaciones de su portabilidades sin su consentimiento). (Documento nº 87 y 88).

Durante la instrucción del expediente se ha analizado la citada información enviada por TME referentes a los ciento ocho clientes del segmento empresa. De esta información se ha podido comprobar que existen peticiones de cancelación de Vodafone referentes a diez (10) empresas en las que no consta la fecha de su supuesta petición.

A pesar de ello, se ha observado que todos los usuarios han sufrido al menos una cancelación de la portabilidad, aunque más del 80%, han sufrido entre dos (2) y diez (10) cancelaciones sucesivas de las portabilidades solicitadas a TME, lo que coincide: (i) con lo manifestado por TME en sus correos electrónicos enviados a Vodafone entre 2008 y 2010, (ii) con lo alegado por las empresas que han confirmado sus cartas de reclamación fechadas entre mayo de 2010 y enero de 2012, y (iii) con la información que . de las incidencias registradas en el Nodo Central que se han obtenido durante la instrucción.

Por último, se ha cotejado que en el 73% de las peticiones de cancelación por TME coincide que, a pesar de constar como personas autorizadas, las mismas que han firmado las cartas de reclamación y en su caso los escritos de confirmación, las firmas de las peticiones de cancelación no coinciden con las que figuran en los citados documentos, siendo en muchos casos un garabato tal y como también se pudo comprobar de la muestra de peticiones de cancelación que Vodafone aportó durante el periodo de información previa. .



Respecto al 27% de los clientes restantes, cabe, indicar que ni la persona indicada en la petición de cancelación ni su firma, que suele ser también un garabato, coinciden con los datos que constan en su carta de reclamación, pero quince (15) de estos clientes han confirmado mediante escrito que han sufrido cancelaciones sin su consentimiento.

Finalmente, comentar que sobre seis (6) usuarios no se dispone de otro elemento distinto a la carta de reclamación que permita valorar su credibilidad, por lo que no se tendrán en cuenta a la hora de probar la infracción cometida por Vodafone.

A la vista de todo lo expuesto, se concluye que existen pruebas y elementos de juicio suficientes que permiten admitir la credibilidad de las cartas de reclamación de los clientes así como los hechos constatados en ellas. Por tanto, conjugando todas las pruebas obrantes en el expediente se 'concluye que también durante el año 2011 y hasta enero de 2012 Vodafone siguió tramitando reiteradas peticiones de cancelación de la portabilidad solicitada / a TME por los clientes del segmento de pequeña empresa sin su consentimiento.'

Muy en síntesis, se han producido ciento treinta y dos cartas de reclamación de **TME**, con reconocimiento ulterior de lo ocurrido por parte de cincuenta y cuatro afectados, lo que pone de manifiesto una acción reiterada en el tiempo, en ningún caso esporádica o excepcional, que ha justificado, sin ningún asomo de dudas, la pertinencia del expediente sancionador cuyas resultas ahora se combaten.

TERCERO.- El segundo aspecto de la impugnación se basa en una pretendida falta de culpabilidad, que también hemos de rechazar, en cuanto resulta insostenible que una operadora de la enjundia de la interesada pueda pasar por alto los hechos o no actuar contra distribuidores oficiales ante la notoriedad de una práctica como la denunciada, el "slamming", en un mercado o actividad que le es propia sin pleno conocimiento y conciencia de cuantas obligaciones le incumban. Nada empece a atribuir intencionalidad a la interesada, en ámbito administrativo sancionador en el que incluso se puede responder a título de simple inobservancia, ex artículo 130.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre. Y además no debe dejar de tenerse presente que la actora se encuentra ligada al regulador en el seno de una relación de sujeción especial en la que se supone un conocimiento cabal de sus obligaciones y de lo que pueda comportar su incumplimiento, tal como esta Sala y Sección ha indicado reiteradamente en supuestos similares.

CUARTO.- Y en relación con el principio de proporcionalidad, en el primero de los actos administrativos cuestionados se justifica el importe de las sanciones en la forma que sigue:

"En aplicación de los criterios de graduación de las sanciones al presente caso se han obtenido las siguientes conclusiones:

- Se considera que el incumplimiento de Vodafone ha sido tipificado como infracción continuada dado el periodo de tiempo que ha durado la infracción, al menos desde diciembre de 2008 hasta enero de 2012, y las tramitaciones sucesivas de las peticiones de cancelación sin consentimiento que han sufrido los clientes afectados.

- Además, se aprecia la concurrencia de la existencia de reiteración en la infracción como circunstancia agravante de la responsabilidad.

- Debido a que se estima que los clientes afectados por la infracción cometida por Vodafone durante más de tres años no representan un número elevado sobre el total de líneas portadas que se tramitaron durante esos años, se considera que la infracción de Vodafone tuvo escasa repercusión social.

- Conforme al principio de proporcionalidad enunciado en el artículo 131.2 de la LRJPAC, el establecimiento de la sanción debe prever que la comisión de la infracción no resulte más beneficiosa para el infractor que el cumplimiento de la norma infringida.

Debido a la falta de datos exactos sobre los clientes afectados por la comisión de la infracción durante el periodo de desarrollo de la misma, los días de retraso sufridos por cada uno de los clientes y los consumos de tráfico telefónico, de datos y audiovisual realizados por cada uno de ellos, así como de los costes implicados en la comisión de la infracción, no resulta posible determinar el beneficio directo que Vodafone obtuvo por su conducta."

A los fines ahora atendidos, es oportuno recordar, como hacíamos en nuestras Sentencias de 28 de septiembre de 2009 (Recurso 1019/2006), 31 de marzo de 2010 (Recurso 493/08), 30 de enero de 2012 (Recurso 413/2010), 9 de marzo de 2015 (Recurso 463/2013) y 8 de mayo de 2015 (Recurso 586/2013) que el principio de proporcionalidad comporta que cualquier actuación de los poderes públicos limitativa o restrictiva de derechos responda a los criterios de necesidad y adecuación al fin perseguido, dicho en términos legales, debe de existir una "debida adecuación entre la gravedad del hecho constitutivo de la infracción y la sanción aplicada" (artículo 131.3 de la Ley 30/1992).



El artículo 56.1.b) de la LGT de 2003 determina una sanción para las infracciones muy graves con un límite máximo de dos millones de euros. Es evidente que la sanción impuesta, seiscientos mil euros, no vulnera entonces el principio invocado, habiendo sido impuesta con una racional ponderación de las circunstancias concurrentes y sin rebasar la mitad de todo el margen posible.

Dispone el art. 131.3 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre :

"En la determinación normativa del régimen sancionador, así como en la imposición de sanciones por las Administraciones Públicas se deberá guardar la debida adecuación entre la gravedad del hecho constitutivo de la infracción y la sanción aplicada, considerándose especialmente los siguientes criterios para la graduación de la sanción a aplicar:

a) *La existencia de intencionalidad o reiteración.*

b) *La naturaleza de los perjuicios causados.*

c) *La reincidencia, por comisión en el término de un año de más de una infracción de la misma naturaleza cuando así haya sido declarado por resolución "firme".*

Sentado lo anterior, ha de concluirse que la sanción se encuentra dentro de el límite fijado, utilizando una dosimetría punitiva racional y ajustada a las circunstancias concurrentes.

En suma, en atención a todo lo expuesto, la Sala es de criterio que procede desestimar el recurso jurisdiccional ahora deducido.

QUINTO.- Se imponen las costas a la parte actora, ex artículo 139.1 de la Ley Jurisdiccional .

FALLAMOS

En nombre de S.M. EL REY, y en atención a lo expuesto, la Sala ha decidido:

PRIMERO.-DESESTIMAR el recurso contencioso-administrativo formulado por "**VODAFONE SAU**" , contra las resoluciones de fechas 30 de julio de 2013 y 19 de noviembre de 2013, dictadas, respectivamente, por la **CMT** y la **CNMC** , a que se contraen las presentes actuaciones.

SEGUNDO .- Se imponen las costas a la parte actora.

Así por esta nuestra Sentencia, que será notificada a las partes personadas haciéndoles indicación de que la misma viene a ser firme y de que no cabe interponer contra ella recurso ordinario alguno, a tenor de lo prevenido en el artículo 86, apartado 2, letra b), y artículos concordantes, todos ellos de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa , y de la cual será remitido testimonio en su momento a la Oficina Pública de origen, a los efectos legales oportunos, junto con el expediente de su razón .