

---

## **RESOLUCIÓN RELATIVA AL RECURSO DE REPOSICIÓN INTERPUESTO POR VODAFONE ESPAÑA SAU CONTRA LA RESOLUCIÓN DE FECHA 30 DE JULIO DE 2013 SOBRE EL PROCEDIMIENTO SANCIONADOR RO 2012/464 POR EL INCUMPLIMIENTO DE LAS CONDICIONES PARA LA PRESTACIÓN DE LOS SERVICIOS Y LA EXPLOTACIÓN DE LAS REDES DE COMUNICACIONES ELECTRÓNICAS (AJ 2013/1667).**

### **I ANTECEDENTES DE HECHO**

#### **PRIMERO.- Denuncia presentada por Telefónica Móviles España S.A.U.**

Con fecha 29 de febrero de 2012 Telefónica Móviles España, S.A.U. (en adelante, TME) presentó un escrito ante el Registro de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones (en adelante, CMT) por el que interpuso 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 cliente) solicitudes de portabilidad móvil correspondientes al segmento de pequeña empresa.

#### **SEGUNDO.- Apertura de un período de información previa.**

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 2012 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 13 y 18 de abril de 2012, se recibieron en el Registro de la CMT sendos escritos de los operadores TME y VODAFONE dando contestación tanto al inicio del periodo de información previa como al requerimiento de información. Mediante escrito de 25 de abril de 2012, se requirió a TME información adicional relativa a las solicitudes de portabilidad realizadas por los abonados objeto de la denuncia, con la finalidad de poder comprobar los hechos puestos de manifiesto por este operador.

#### **TERCERO.- Finalización del período de información previa y apertura de procedimiento sancionador RO 2012/464.**

Con fecha 20 de septiembre de 2012, el Consejo de la CMT aprobó la Resolución por la que se puso fin al citado período de información previa. En virtud de dicha resolución, se acordó iniciar la apertura de un procedimiento sancionador contra VODAFONE como

presunto responsable directo de una infracción administrativa calificada como muy grave, tipificada en el artículo 53.s) de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones (en adelante LGTel) 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<sup>1</sup>.

#### **CUARTO.- Tramitación del procedimiento sancionador RO 2012/464 y traslado de la propuesta de Resolución.**

Mediante sendos escritos de fechas 20 y 25 de septiembre de 2012, se procedió a notificar a la operadora VODAFONE y a la instructora, la Resolución que abrió el procedimiento sancionador RO 2012/464. Durante la tramitación de dicho procedimiento se requirió a TME para que informase sobre distintos extremos sobre solicitudes de portabilidad y peticiones de cancelación<sup>2</sup>, solicitándose también a las personas que suscribieron las cartas de reclamación<sup>3</sup> información en relación con los datos consignados en sus cartas.

Y entre los días 26 y 30 de abril de 2013 la instructora del expediente procedió a consultar en el Nodo Central<sup>4</sup> las posibles incidencias que TME habría comunicado a VODAFONE con motivo de las cancelaciones no consentidas denunciadas por los clientes del segmento empresarial.

Con fecha 30 de mayo de 2013, la instructora del expediente emitió la correspondiente propuesta de resolución en la que, tras relatar los antecedentes de hecho, fijar el hecho considerado probado y analizar los fundamentos de derecho aplicables al caso, propuso resolver lo siguiente:

*“Primero.- Que se declare responsable directo a VODAFONE ESPAÑA, S.A.U. de la comisión de una infracción muy grave tipificada en el artículo 53.s) de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones, por haber incumplido gravemente su obligación de conservar la numeración según lo dispuesto en 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 424/2005, de 15 de abril, como consecuencia de tramitar sucesivamente*

<sup>1</sup> De acuerdo con lo establecido en 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.

<sup>2</sup> Concretamente, se solicitó a TME que informase sobre: (i) las solicitudes de portabilidad y las peticiones de cancelación correspondientes a los usuarios afectados por presuntas cancelaciones indebidas que presentaron carta de reclamación; (ii) la explicación de por qué TME procedía a validar las peticiones de cancelación que cursaba de Vodafone a pesar de dudar del consentimiento dado por el usuario; y (iii) los motivos por los que se dejaron de comunicar a Vodafone durante los años 2010 y 2011 las incidencias que detectaba TME.

<sup>3</sup> Por la presunta cancelación no consentida de las portabilidades de las líneas de su empresa por parte de VODAFONE.

<sup>4</sup> De conformidad con la Circular 1/2008, de 19 de junio, sobre la conservación y migración de la numeración telefónica y las Especificaciones técnicas de los Procedimientos Administrativos para la Conservación de Numeración Móvil en caso de Cambio de Operador aprobadas el 19 de junio de 2008, el fin de semana del 13 y 14 de marzo de 2010 entró en funcionamiento el sistema de portabilidad centralizado a través del Nodo Central.

*peticiones de cancelación de la portabilidad solicitada por clientes del segmento de pequeña empresa hacia Telefónica Móviles España, S.A.U. sin su consentimiento, durante el plazo comprendido entre diciembre de 2008 y enero de 2012.*

*Segundo.- Que se imponga a VODAFONE ESPAÑA, S.A.U. una sanción por importe de seiscientos mil (600.000) euros por la anterior conducta”.*

Dicha propuesta de resolución fue notificada a VODAFONE el 3 de junio de 2013, formulando dicho operador las alegaciones que estimó pertinentes sobre la misma, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 19 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).

#### **QUINTO.- Resolución sancionadora de 30 de julio de 2013.**

Mediante la Resolución de 30 de julio de 2013, recaída en el procedimiento sancionador RO 2012/464, el Consejo de esta Comisión acordó:

*Primero.- Declarar responsable directo a VODAFONE ESPAÑA, S.A.U. de la comisión de una infracción muy grave tipificada en el artículo 53.s) de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones, por haber incumplido gravemente su obligación de conservar la numeración según lo dispuesto en 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 424/2005, de 15 de abril, como consecuencia de tramitar sucesivamente peticiones de cancelación de la portabilidad solicitada por clientes del segmento de pequeña empresa hacia Telefónica Móviles España, S.A.U. sin su consentimiento, durante el plazo comprendido entre diciembre de 2008 y enero de 2012.*

*Segundo.- Imponer a VODAFONE ESPAÑA, S.A.U. una sanción por importe de seiscientos mil (600.000) euros por la anterior conducta.*

#### **SEXTO- Recurso de reposición de VODAFONE ESPAÑA SAU.**

Mediante escrito de fecha 8 de agosto de 2013, VODAFONE interpuso recurso de reposición contra la antes citada Resolución de 30 de julio de 2013.

Los razonamientos aducidos por VODAFONE en su recurso de reposición pueden resumirse, fundamentalmente, en lo siguiente:

**1º.-** La supuesta conducta infractora se limita a la existencia de irregularidades puntuales en el tratamiento procedimental de algunas portabilidades, no revistiendo entidad bastante para ser calificada de infracción y mucho menos de infracción muy grave.

**2º.-** No existen elementos probatorios suficientes para acreditar el incumplimiento de la obligación de VODAFONE de garantizar la conservación de la numeración de clientes del

---

segmento empresarial, infringiéndose el principio de no responsabilidad administrativa sancionadora y el principio de carga de la prueba en el procedimiento sancionador.

**3º.-** No concurre el elemento intelectual o volitivo necesario para fundar la existencia de culpabilidad en la presunta infracción, al darse en todo momento una manifiesta voluntad por parte de la entidad recurrente por cumplir con la obligación de garantizar el derecho de los abonados al cambio de operador con conservación de su numeración telefónica.

**4º.-** La calificación de la infracción como muy grave carece de motivación y se vincula, irregularmente, a la supuesta existencia de reiteración en la conducta del operador.

**5º.-** No existen elementos jurídicos que permitan calificar la infracción de VODAFONE de “*infracción continuada*”, de acuerdo con la exigencia jurisprudencial de dolo unitario.

**6º.-** La graduación de la sanción ha sido incorrecta, al haberse considerado la reiteración como elemento agravante cuando ya había sido tenido en cuenta en la calificación de la infracción y al haberse infringido, asimismo, el principio de proporcionalidad con relación a la intencionalidad del infractor y al perjuicio causado por la presunta infracción.

VODAFONE solicita expresamente en su recurso la suspensión de la ejecutividad de la resolución objeto de impugnación, al amparo del artículo 111.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante, LRJPAC). No obstante, dicha solicitud no resulta necesaria en este caso, al tratarse de un procedimiento sancionador y operar, por tanto, la suspensión automática del artículo 138.3 LRJPAC hasta que la sanción agote la vía administrativa, esto es, hasta la notificación de la presente resolución. Así lo corrobora la STC 78/1996, de 20 de mayo de 1996<sup>5</sup>.

#### **SÉPTIMO.- Notificación del inicio del procedimiento a los interesados.**

Mediante escrito de la CMT fechado el día 4 de septiembre de 2013 se informó a la recurrente y a todos los interesados, de acuerdo con lo establecido por el artículo 42.4 de la LRJPAC, del inicio del correspondiente procedimiento de tramitación del recurso potestativo de reposición interpuesto por VODAFONE contra la Resolución del Consejo de 30 de julio de 2013.

#### **OCTAVO.- Alegaciones de TME.**

Con fecha 17 de septiembre de 2013 se recibió escrito de alegaciones de TME por el que dicho operador manifiesta su oposición al recurso de VODAFONE. TME considera probada la existencia de una infracción continuada muy grave e imputable a VODAFONE, existiendo responsabilidad y dolo en la actuación de VODAFONE.

A los anteriores antecedentes de hecho les son de aplicación los siguientes,

---

<sup>5</sup> BOE número 150 (suplemento), de 21 de junio de 1996.

## II FUNDAMENTOS DE DERECHO

### II.1 FUNDAMENTOS JURÍDICOS PROCEDIMENTALES

#### **Primero.- Calificación del escrito.**

El artículo 107.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante, LRJPAC) establece que *“contra las resoluciones y los actos de trámite, si estos últimos deciden directa o indirectamente el fondo del asunto, determinan la imposibilidad de continuar el procedimiento, producen indefensión o perjuicio irreparable a derechos e intereses legítimos, podrán interponerse por los interesados los recursos de alzada y potestativo de reposición, que cabrá fundar en cualquiera de los motivos de nulidad o anulabilidad previstos en los artículos 62 y 63 de esta Ley”*.

A su vez, el artículo 116.1 de la LRJPAC prevé que los actos administrativos que pongan fin a la vía administrativa podrán ser recurridos potestativamente en reposición ante el mismo órgano que los hubiera dictado o ser impugnados directamente ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativo.

La entidad recurrente califica expresamente su escrito como recurso potestativo de reposición, alegando la causa de nulidad del artículo 62.1.a) por infracción del principio de presunción de no responsabilidad administrativa del artículo 137 LRJPAC en relación con el artículo 24 CE. También se aduce la anulabilidad de la resolución por vulneración del ordenamiento jurídico del artículo 63.1 LRJPAC, al no estar debidamente motivada (art.54 LRJPAC) y violar el principio de interdicción de arbitrariedad de los poderes públicos del artículo 9.3 CE.

Teniendo en cuenta que las disposiciones y resoluciones de esta Comisión ponen fin a la vía administrativa, procede calificar el escrito presentado por VODAFONE como recurso potestativo de reposición.

#### **Segundo.- Legitimación de la entidad recurrente.**

El artículo 107 de la LRJPAC requiere la condición de interesado para estar legitimado en la interposición de los recursos de alzada y potestativo de reposición. La entidad recurrente ostenta la condición de interesado en el presente recurso por cuanto que ya lo era en el procedimiento RO 2012/464, en cuyo marco fue dictada la resolución sancionadora objeto de impugnación.

En atención a lo anterior se reconoce legitimación activa a VODAFONE para la interposición del recurso potestativo de reposición objeto de la presente resolución.

**Tercero.- Admisión a trámite.**

Además de los requisitos establecidos en el artículo 107.1 de la LRJPAC ya señalados en el Fundamento procedimental primero, los recursos administrativos que interpongan los interesados deberán contener los elementos formales que requiere el artículo 110 e interponerse en el plazo de un mes desde su notificación al interesado, tal y como dispone el artículo 117.1 de la LRJPAC.

En el presente caso, el recurso de reposición interpuesto por VODAFONE cumple con los requisitos de forma establecidos en el artículo 110.1 de la LRJPAC y se ha presentado dentro del plazo previsto por el artículo 117 de la citada Ley, por lo que procede su admisión a trámite.

**Cuarto.- Competencia y plazo para resolver.**

De conformidad con lo establecido en el artículo 116 de la LRJPAC, la competencia para resolver los recursos de reposición le corresponde al órgano administrativo que dictó el acto impugnado.

La Resolución recurrida fue dictada por el Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones. Sin embargo, de acuerdo con lo establecido en la Disposición Adicional Segunda, apartado 1, de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, la constitución de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia implicará la extinción, entre otros organismos, de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones. Asimismo, de conformidad con lo dispuesto en la Disposición Transitoria Quinta, apartado 1, de la misma Ley 3/2013, los procedimientos iniciados con anterioridad a la entrada en vigor de esta Ley continuarán tramitándose por los órganos de la autoridad a los que esta Ley atribuye las funciones anteriormente desempeñadas por los organismos extinguidos. Por lo tanto, una vez constituida la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia y atendiendo a lo previsto en los artículos 20.1 y 20.2 de la citada Ley y al artículo 14.1.b) del Real Decreto 657/2013, de 30 de agosto, el órgano competente para resolver el recurso de reposición presentado por VODAFONE es la Sala de Regulación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia.

**II.2 FUNDAMENTOS JURÍDICOS MATERIALES**

**PRIMERO.- Sobre la posible falta de prueba de cargo motivada en la resolución recurrida.**



---

La entidad recurrente alega en el primer motivo de su recurso<sup>6</sup> que la Resolución de 30 de julio carece de motivación en cuanto a la carga probatoria de los hechos que se le imputan.

VODAFONE se apoya para ello en el detalle de que 9 cartas de las 132 que constan en el expediente, en las que la fecha de su firma es poco anterior a la fecha de las peticiones de cancelación irregulares, se computaron para delimitar el hecho probado. Ello se hizo así porque los hechos consignados en las cartas coincidían con los datos obtenidos en el resto de pruebas practicadas (cartas de confirmación de los clientes, incidencias del nodo central, otros).

Como se indica en la resolución recurrida, aunque no todos los medios de prueba obtenidos durante la instrucción del procedimiento sancionador, como son las copias de las peticiones de cancelación cursadas por VODAFONE o las incidencias encontradas en el Nodo Central, permiten aislada y separadamente demostrar la conducta infractora de VODAFONE, sí lo acreditan en su conjunto y cuando se ponen en relación entre sí dichos medios. Concretamente, en las páginas 14 a 15 de la resolución recurrida se dice que:

*“En segundo lugar, si bien es cierto que la mayoría de los medios de prueba obtenidos durante la instrucción del procedimiento, como son las copias de las peticiones de cancelación cursadas por Vodafone o las incidencias encontradas en el Nodo Central, por sí solos no permiten demostrar la conducta infractora que le ha sido imputada a Vodafone, el valor probatorio de estos medios ha sido analizado con coherencia y en conjunto con el resto de pruebas obrantes en el expediente (ej. escritos de confirmación de las cartas de reclamación, las propias cartas de reclamación, la fecha y el contenido de los correos electrónicos intercambiados entre TME y Vodafone, etc.).*

*Pues bien, en base a un razonamiento lógico y no arbitrario, ha sido posible alcanzar suficientes elementos probatorios para determinar el Hecho Probado Único, esto es, que desde diciembre de 2008 hasta enero de 2012 Vodafone cursó reiteradamente peticiones de cancelación de la portabilidad hacia TME sin consentimiento de los clientes pertenecientes al segmento de pequeña empresa, sin que haya podido ser desvirtuado por Vodafone<sup>7</sup>.”*

La valoración conjunta de la prueba en el procedimiento administrativo ha sido expresamente reconocida por los Tribunales y, entre otras, por la STSJ Madrid núm.120/1998, de 30 de enero de 1998<sup>8</sup>, donde se dice que:

*“...debe destacarse como son totalmente aplicables al procedimiento seguido en vía administrativa los principios de la libre valoración probatoria - como excepcionalidad de la prueba legal o tasada- e incluso el de la valoración conjunta de la practicada.”*

---

<sup>6</sup> Véanse páginas 4 a 7 del recurso de Vodafone.

<sup>7</sup> Ver Sentencias del Tribunal Constitucional, de 28 de septiembre de 1998 (RTC/1998/189) y de 18 de julio de 2011 (RTC/2011/126) y Sentencia del Tribunal Supremo, de 22 de febrero de 2011 (RJ/2011/2472), sobre la prueba indiciaria.

<sup>8</sup> RJCA 1998\895.

La motivación de las resoluciones sancionadoras exige la indicación del fundamento legal de la sanción (STC 113/2008, de 29 de septiembre) y las razones de la imposición de la misma (SSTS de 19 de octubre de 2001 –RJ 2001\8814- y de 10 de noviembre de 1999 –RJ 1999\8426). Y esta Comisión, atendiendo a dichos requisitos de motivación, además de indicar el precepto legal aplicable en las páginas 15 a 18 de la resolución recurrida, dio más que una sucinta especificación clara e inequívoca de los hechos que se habían conseguido probar. En base a un razonamiento lógico y detallado a lo largo de más de once páginas (véanse páginas 4 a 15 de la resolución impugnada) y no arbitrario, como indican las Sentencias del Tribunal Constitucional, de 28 de septiembre de 1998 (RTC/1998/189) y de 18 de julio de 2011 (RTC/2011/126) y Sentencia del Tribunal Supremo, de 22 de febrero de 2011 (RJ/2011/2472) sobre la prueba indiciaria, ha sido posible alcanzar suficientes elementos probatorios para determinar el Hecho Probado Único, esto es, que desde diciembre de 2008 hasta enero de 2012 VODAFONE cursó reiteradamente peticiones de cancelación sin consentimiento de los clientes del segmento empresa.

Por tanto, se rechazan las alegaciones vertidas por VODAFONE contra la falta de motivación y la arbitrariedad en la valoración de las pruebas, más aun cuando este operador no ha aportado alegación o prueba alguna nueva que motive su recurso o que desvirtúe las conclusiones alcanzadas en la resolución recurrida.

Resta comentar que VODAFONE insiste en que determinado usuario se ha considerado a la hora de delimitar el hecho probado a pesar de que a ella no le consta que haya cursado petición de cancelación alguna.

Es de interés señalar que, tanto en la propuesta de resolución formulada por la instructora como en la resolución recurrida, ya se indicó que sobre este usuario, además de sobre otros 5, no se disponía de otro elemento de prueba distinto a la carta de reclamación que permitiera valorar su credibilidad, por lo que no se tuvo en cuenta a la hora de probar y sancionar la infracción cometida por VODAFONE (véase página 11 de la resolución recurrida).

## **SEGUNDO.- Sobre la posible falta de culpabilidad en la conducta sancionada.**

Sobre esta cuestión, la entidad recurrente repite las alegaciones que ya presentó durante el trámite de audiencia del procedimiento sancionador y cuya desestimación fue motivada en la resolución recurrida (véanse páginas 18 a 23 de la resolución recurrida). Además, VODAFONE trata de encontrar contradicciones entre los fundamentos expuestos en la Resolución de 30 de julio de 2013 por los que se imputaba la concurrencia de dolo en la comisión de su infracción. Para ello utiliza el hecho de que esta Comisión no considerara que su conducta fuera intensiva, a la vista del total de clientes respecto de los que se había podido acreditar que sufrieron cancelaciones de la portabilidad sin su consentimiento, para entender que por ello su conducta no ha sido ni grave ni dolosa.

En la resolución recurrida se indicó que si bien la conducta infractora no podía considerarse intensiva a la vista del total de clientes respecto de los que se había podido acreditar que sufrieron cancelaciones de la portabilidad sin su consentimiento, ello no



impedía tipificar su infracción como muy grave, conforme a lo dispuesto en el artículo 53.s) de la LGTel. Ello es así porque no es posible aceptar que la infracción cometida por la entidad recurrente haya sido aislada o excepcional en el tiempo. Su conducta fue reiterada y continuada durante más de 3 años, a raíz de lo dispuesto en el Hecho Probado Único. Los usuarios -clientes empresariales con una media de 10 numeraciones cada uno- tuvieron que soportar entre 2 y 10 cancelaciones sucesivas viendo retrasada la portabilidad de su numeración con una media de entre 15 días y 1 mes.

Con esta conducta VODAFONE menoscabó de modo reiterado y continuado un derecho de los usuarios finales que es de interés general como es el cambio de operador con garantía de la portabilidad, considerado por la normativa comunitaria y nacional como un factor clave que favorece las posibilidades de elección de los consumidores y la competencia efectiva en mercados competitivos de comunicaciones electrónicas (véase considerando 47 de la Directiva 2002/22/CE modificada por la Directiva 2009/136/CE).

Por otra parte, resulta inexcusable que VODAFONE conociera perfectamente que esta situación de los clientes empresariales se estaba produciendo desde que comenzó a recibir los correos electrónicos de TME en el año 2008 y, sin embargo, esta operadora permitió que la conducta de sus comerciales continuara aún en año 2012 y que se convirtiera en una práctica generalizada, tal y como se constató en el Hecho Probado, donde se comprobó que las cancelaciones indebidas se habían producido sobre clientes radicados en distintas provincias del ámbito nacional.

Pues bien, sin tener en cuenta dichos hechos, esta operadora intenta exculparse alegando que TME era quien en último término validaba las cancelaciones de portabilidad no consentidas por los clientes y que tomó las medidas adecuadas para impedirlo, ya que tiene establecidas penalizaciones y cláusulas contractuales contra el *slamming* al objeto de controlar y reducir las conductas. Debe recordarse que el Tribunal Supremo, en el Fundamento Primero de la STS de 2 de octubre de 2009<sup>9</sup>, ha definido el *slamming* como “*término de lengua inglesa utilizado en el ámbito de las telecomunicaciones para indicar el cambio de compañía de telecomunicaciones sin la autorización del cliente, empleando técnicas fraudulentas*”.

VODAFONE obvia que quien realizaba la conducta infractora de suplantar la firma del cliente para paralizar las portabilidades y, por tanto, impedir el derecho de los usuarios a cambiar de operador eran sus comerciales/distribuidores, sin que esta operadora adoptase alguna acción para impedirlo, por lo que no se admitió el traspaso de la culpabilidad de tal conducta a TME.

En este sentido, VODAFONE no ha acreditado, ni en el procedimiento sancionador ni en el presente recurso de reposición, la efectiva imposición de penalizaciones ni la aplicación de las cláusulas contractuales disuasorias de *slamming* contra los distribuidores que cometieron la práctica de suplantar a los clientes empresariales para retenerlos mediante la cancelación indebida de la portabilidad. De hecho, en la página 23 de la resolución recurrida ya se indicó que:

---

<sup>9</sup> Recurso de casación núm.1310/2005.

---

*“de los datos obtenidos durante la instrucción y tal y como confirmó la propia Vodafone en su escrito de 3 de julio de 2013 se demuestra que esta operadora no aplicó las citadas medidas disuasorias que contempla en sus contratos contra los distribuidores implicados en la infracción que se le imputa, ni demuestra que tuviera intención en hacerlo a pesar de las sucesivas comunicaciones e incidencias que le cursaba TME.”*

VODAFONE justificó la no aplicación de las medidas contractuales disuasorias de realizar prácticas fraudulentas contra sus distribuidores y comerciales en que la documentación aportada por TME no era suficiente, añadiendo que decidió no adoptar ninguna medida de control (omisión) contra sus distribuidores, porque existían *“dudas razonables sobre la conducta del distribuidor hasta la fecha”*.

En consecuencia, a la vista de lo expuesto, es clara la falta de voluntad de VODAFONE en evitar las cancelaciones irregulares que TME y los clientes empresariales le comunicaban, así como su dejación a la hora de controlar a sus distribuidores y comerciales y aplicarles las penalizaciones y cláusulas contractuales establecidas por esta operadora a la vista de dichas reclamaciones.

### **TERCERO.- Sobre la posible ausencia del elemento jurídico del dolo unitario que permita calificar la infracción como continuada.**

La entidad recurrente considera inverosímil (véase página 14 del recurso) que las irregularidades que se pudiesen haber detectado respondan a un elemento volitivo de dolo único, y mucho menos verosímil que se concibiera un plan de manera previa para infringir las obligaciones en materia de portabilidad. Asimismo, considera que de considerarse la infracción como continuada debería eliminarse la gravedad de la calificación de su infracción.

Como se indicó en la resolución recurrida (véanse páginas 24 y 25) el Tribunal Supremo en diversas ocasiones, entre otras, en la Sentencia de 30 de noviembre de 2004<sup>10</sup>, ha señalado que la acción continuada se produce cuando ***“se fragmenta en la realización por sus empleados (de la sociedad sancionada) de una pluralidad de actos conducentes a evitar el cumplimiento (...)”*** de las normas aplicables (y que en el caso de autos se refería a la Circular 1/1999, de 4 de noviembre, de esta Comisión, en materia de preselección).

Pues bien, siguiendo dicho criterio y a la vista de lo que se expuso en el Hecho Probado de la resolución impugnada sí como en el análisis de la concurrencia de culpabilidad en la comisión de la infracción, es evidente que la conducta seguida por los distribuidores de VODAFONE así como por esta operadora, al omitir ejercer los controles pertinentes para eliminar las prácticas de *slamming* que aquellos realizaban cuando ésta venía teniendo conocimiento de dichas prácticas desde diciembre de 2008, se enmarca dentro de la definición que el Tribunal Supremo ha establecido de “acción continuada”. Esto es, la actividad fragmentada en una pluralidad de actos realizados por los empleados conducentes a evitar garantizar el derecho de los abonados a portar la numeración telefónica a su libre elección, en cuanto que es una condición que debe cumplir

---

<sup>10</sup> Recurso de casación núm.6573/2001.

---

VODAFONE como operador explotador de una red y prestador de servicios telefónicos (véanse artículos 19.d) y 20.e) del Real Decreto 424/2005, de 15 de abril, por el que se aprueba el Reglamento sobre las condiciones para la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas, el servicio universal y la protección de los usuarios, en adelante, Reglamento de Servicio Universal).

Así es, desde 2008 los distribuidores y comercializadores de los servicios de VODAFONE repartidos por todo el ámbito nacional, con la aquiescencia de esta operadora, han estado cancelando reiteradamente sin consentimiento de los clientes las solicitudes de portabilidad cursadas a favor de TME con la finalidad de impedir su derecho a cambiar de operador conservando su numeración. En consecuencia, no es admisible que VODAFONE pretenda ignorar el tipo de conducta infractora que ha estado desarrollando durante más de 3 años, sin ninguna voluntad de cesar en ella.

Además, debemos indicar que la calificación de la infracción como muy grave, dada la clara reiteración del grave incumplimiento de una de las condiciones que tiene establecidas VODAFONE como operador (esto es, garantizar la conservación de la numeración), es independiente de que la infracción sea considerada como continuada en el tiempo (desarrollada durante más de 3 años), en base a los criterios que fija la normativa que regula el procedimiento administrativo sancionador y la jurisprudencia para considerar la infracción con dicho carácter. Una cosa es el tipo infractor que se imputa y otra la naturaleza de la infracción como continuada –o no-.

#### **CUARTO.- Sobre la consideración de la reiteración de la conducta tanto para calificar la infracción como para graduar la sanción.**

La entidad recurrente considera en la página 15 de su recurso que se está utilizando el elemento de la reiteración para calificar la infracción como muy grave y, a la vez, como circunstancia agravante de la responsabilidad de Vodafone.

VODAFONE confunde en su alegación la reiteración como circunstancia agravante de la responsabilidad en la comisión de su infracción (por haber sido sancionada anteriormente por una infracción similar) con la circunstancia de que la conducta de Vodafone sancionada en este procedimiento haya sido reiterada tanto en cuanto al número de cancelaciones indebidas sufridas por cada cliente como reiteradas en un periodo de tiempo determinado, lo que hace que haya sido considerada muy grave y continuada en la resolución impugnada.

En derecho administrativo sancionador, y a la luz de lo establecido en el derecho penal, podrá apreciarse reiteración cuando al cometer la infracción el culpable hubiese sido castigado por una infracción a la que la ley señale igual o mayor sanción, o por dos o más infracciones a las que la ley señale una sanción menor<sup>11</sup>. La aplicación de la reiteración por parte de esta Comisión como circunstancia agravante en el ejercicio de su

---

<sup>11</sup> Véase en este sentido, por ejemplo, la Sentencia núm.23/2007, de 26 de enero de 2007, del Juzgado contencioso-administrativo núm.3 de Oviedo/Uviéu (JUR 2008\105373).

competencia sancionadora ha sido confirmada por los Tribunales y, entre otras, por la SAN de 28 de febrero de 2011<sup>12</sup> (véase Fundamento Jurídico Décimo).

La circunstancia agravante de reiteración imputada a VODAFONE deriva de haber sido sancionada anteriormente, y, concretamente, en 2011<sup>13</sup> por la comisión de otra infracción muy grave tipificada en el artículo 53.s) de la LGTel y, en concreto, por incumplir su obligación de conservar la numeración de los abonados al retrasar la tramitación de las solicitudes de portabilidad de numeración móvil una vez puesto en marcha el Nodo Central, que comenzó a funcionar dos semanas después de la fecha establecida en la Circular 1/2008 debido a la indisponibilidad de este operador para implementar las modificaciones en su sistema<sup>14</sup>.

#### **QUINTO.- Sobre la posible infracción del principio de proporcionalidad en la graduación de la sanción impuesta.**

En la página 15 del recurso VODAFONE alega que su conducta no debería haber sido calificada de infracción muy grave sino únicamente grave. Y, en este último caso, la sanción no tendría que haber alcanzado su grado máximo. Por ello, a juicio del operador recurrente, se habría vulnerado el principio de proporcionalidad del derecho administrativo sancionador.

La SAN de 16 de diciembre de 2003<sup>15</sup> aborda directamente la conceptualización del principio de proporcionalidad en su Fundamento Jurídico Octavo, donde señala que:

*«El principio de proporcionalidad, inherente al Estado de Derecho, exige la adecuación de los medios empleados a los fines perseguidos y la correspondencia entre la trascendencia y gravedad de la acción sancionable y la sanción misma. Tal principio, positivizado en el artículo 131 de la Ley 30/1992, impone la debida adecuación entre la gravedad del hecho constitutivo de la infracción y la sanción aplicable, pautando como criterios para la graduación de la sanción: la existencia de intencionalidad o reiteración, la naturaleza de los perjuicios causados y la reincidencia.»*

En el Fundamento Jurídico Quinto de la SAN de 18 de septiembre de 2001<sup>16</sup> el Tribunal recuerda que la “proporcionalidad” constituye uno de los límites de la potestad sancionadora de la Administración, si bien corresponde al operador sancionado alegar y acreditar oportunamente la necesidad de la reducción de la sanción.

<sup>12</sup> JUR 2011, 87424.

<sup>13</sup> Resolución, de 2 de junio de 2011, del procedimiento sancionador incoado contra Vodafone por el presunto incumplimiento de la Circular 1/2008, de 19 de junio, sobre conservación de la numeración y migración de numeración telefónica y de los artículos 19.d) y 20.e) del Reglamento sobre las condiciones para la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas, el servicios universal y la protección de los usuarios.

<sup>14</sup> Véase RO 2010/328.

<sup>15</sup> JUR 2004, 132052.

<sup>16</sup> JUR 2002, 9241.

---

Y en la S AN de 17 de junio de 2005<sup>17</sup> se añade que el principio de proporcionalidad en la imposición de sanciones es respetado cuando la individualización de la sanción obedece a criterios “ponderados” y “razonables”.

Pues bien, en las páginas 15 a 18 y 28 a 32 de la resolución recurrida se tipifica razonadamente el hecho probado como “infracción muy grave” del artículo 53.s) de la LGTel y se exponen y ponderan todas las circunstancias modificativas de la responsabilidad infractora concurrentes en el caso de VODAFONE, esto es, la circunstancia agravante de “reiteración” y las circunstancias atenuantes de “escasa repercusión social de la infracción” y del “escaso beneficio” reportado al infractor.

### **5.1.- Sobre la naturaleza de “infracción muy grave” de la conducta infractora.**

El artículo 53 s) de la LGTel califica como 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 electrónicas. Y, tal y como consta en los artículos 18 de la LGTel y 19.d) y 20.e) del Reglamento de Servicio Universal, uno de los derechos de los usuarios, y, por tanto, una correlativa obligación de los operadores es la garantía de conservación de la numeración en los supuestos de portabilidad numérica. El incumplimiento repetido en el tiempo de esta obligación por parte de VODAFONE, según se indica en la página 17 de la resolución recurrida, constituye un “incumplimiento reiterado”:

*“En conclusión, y en base a las comprobaciones llevadas a cabo, se estima que Vodafone cometió una infracción muy grave tipificada en el artículo 53.s) de la LGTel, ya que durante el periodo comprendido entre diciembre de 2008 y enero de 2012 esta operadora incumplió reiteradamente su obligación de garantizar la conservación de la numeración de los clientes del segmento empresarial, en los supuestos establecidos en el artículo 18 de la LGTel, tal y como disponen los artículos 19.d) y 20.e) del Reglamento del Servicio Universal relativos a las condiciones exigibles a los operadores explotadores de red y/o prestadores del servicio telefónico disponible al público, en relación con el artículo 44 del Reglamento de Mercados.”*

Por tanto, siendo una infracción muy grave su límite legal máximo es de dos millones y no de 500.000 Euros, según se indica en la página 30 de la resolución impugnada y no como señala la recurrente en la página 15 de su recurso, al resultar de aplicación el apartado b) y no el apartado c) del artículo 56.1 de la LGTel.

### **5.2.- Sobre las circunstancias modificativas de responsabilidad infractora y su ponderación en la resolución recurrida.**

---

<sup>17</sup> RJCA 2005, 1055.



---

### 5.2.1.- Sobre las circunstancias modificativas de la responsabilidad infractora concurrentes.

Anteriormente se ha indicado que la resolución recurrida consideró tres circunstancias modificativas: una agravante (reiteración) y dos atenuantes (escasa repercusión social de la infracción y escaso beneficio reportado).

No obstante, la entidad impugnante alega que deberían haberse considerado dos circunstancias atenuantes adicionales: la falta de de intencionalidad y la no generación de perjuicios a la Administración o a terceros.

De un lado, la presunta falta de intencionalidad de VODAFONE ha sido descartada en el Fundamento Segundo de la presente resolución, donde se constata lo inexcusable de la conducta del operador que, teniendo conocimiento de prácticas de *slamming* relativas a clientes empresariales desde que comenzó a recibir correos electrónicos de TME en el año 2008, permitió, sin embargo, que la conducta de sus comerciales continuara aún en año 2012 y que se convirtiera en una práctica generalizada, tal y como se constató en el Hecho Probado de la resolución recurrida.

Y de otro lado, no puede afirmar la entidad recurrente que no ha habido perjuicios a terceros, ya que tanto TME (competidor de VODAFONE en el mercado de telefonía móvil) como los empresarios afectados por el *slamming* se han visto perjudicados por dicha práctica. Ello se ha puesto de manifiesto en la página 23 de la resolución recurrida:

*“.....siendo plenamente consciente del incumplimiento que se estaba produciendo y de los importantes perjuicios e inconvenientes que esa conducta estaba causando tanto sobre los clientes -que veían falseado su consentimiento, tenían que tramitar varias veces su portabilidad y, dada su condición de empresas, las incidencias reiteradas sobre las portabilidades de sus líneas podían estar repercutiendo sobre sus actividades comerciales-, como sobre TME en cuanto competidor directo.”*

### 5.2.2.- Sobre la ponderación de las circunstancias modificativas de la responsabilidad efectuada por la resolución recurrida.

La sanción impuesta (600.000 Euros) es sensiblemente inferior al límite máximo legalmente permitido (dos millones de Euros) para la conducta infractora, según el artículo 56.1.b) LGTel y sigue la línea de anteriores procedimientos sancionadores en los que concurrían el mismo número (tres) y tipo de circunstancias modificativas (dos atenuantes y una agravante). Por ejemplo, puede mencionarse especialmente el procedimiento AJ 2000/3222-3497<sup>18</sup>, cuya decisión fue posteriormente confirmada en su integridad por la STS de 20 de diciembre de 2006<sup>19</sup>.

---

<sup>18</sup> Resoluciones de la CMT de 5 de abril y 31 de mayo de 2001, sancionadora y desestimatoria de recurso de reposición, respectivamente.

<sup>19</sup> RJ 2007/166.



---

En la citada STS de 20 de diciembre de 2006, donde, a los efectos de ponderación de la cuantía de la sanción existían también dos circunstancias agravantes y una atenuante, el Tribunal Supremo ratificó el criterio del organismo regulador considerando:

*“Por un lado, la importancia del fiel y puntual cumplimiento de las resoluciones de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones para el buen funcionamiento del sector de las telecomunicaciones, sometido como ya se ha indicado antes a una situación de extraordinaria movilidad, lo que otorga una especial gravedad a la deliberada inejecución u obstaculización de dichas resoluciones (...). Por otro lado, **pese a su elevada cuantía la sanción impuesta se encuentra en la franja inferior respecto al límite máximo al que podría ascender en función del criterio legalmente establecido** (...).”*

Por todo lo anterior, no cabe hablar de una posible vulneración del principio de proporcionalidad en la resolución recurrida al fijar la sanción, máxime si se considera la conducta dolosa y reiterada de la entidad recurrente en los hechos probados y la naturaleza de infracción muy grave de los mismos.

Por todo cuanto antecede, esta Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia,

Por todo lo anterior, la Sala de Supervisión Regulatoria del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, en su sesión de 14 de noviembre de 2013

## RESUELVE

**ÚNICO.-** DESESTIMAR íntegramente el recurso de reposición interpuesto por Vodafone España SAU contra la Resolución de fecha 30 de julio de 2013 del expediente sancionador RO 2012/464, incoado al citado operador por el presunto incumplimiento de las condiciones para la prestación de los servicios y la explotación de las 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.

Contra esta Resolución puede interponerse recurso contencioso-administrativo ante la Audiencia Nacional, en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente al de su notificación.