



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

MIGUEL SÁNCHEZ BLANCO, Director de Asesoría Jurídica de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones en sustitución, por vacante, del Secretario del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones (artículo 6.2 del Texto Consolidado del Reglamento de Régimen Interior de la de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, aprobado por la Resolución de su Consejo de 30 de marzo de 2012, B.O.E. nº 149 de 22.06.2012), 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 30/13 del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, celebrada el día 30 de julio de 2013, se ha adoptado el siguiente

ACUERDO

Por el cual se aprueba la

Resolución del expediente sancionador RO 2012/464, incoado a Vodafone España, S.A.U. 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.

Finalizada la instrucción del presente expediente sancionador incoado contra Vodafone España, S.A.U. por acuerdo del Consejo de esta Comisión de 5 de julio de 2012 y, vista la propuesta de resolución elevada a este Consejo por la instructora del citado procedimiento sancionador, el Consejo de esta Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones ha adoptado en su sesión núm 30/13 del día de la fecha, la siguiente Resolución:

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 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.

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.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Finalmente, TME comunicaba a esta Comisión que Vodafone era conocedora del problema denunciado en relación con las cancelaciones indebidas, ya que TME le había informado, de forma continua y por varias vías, sobre 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”.*

TME solicitaba a esta Comisión que se ordenara a Vodafone el cese en la práctica de cancelar irregularmente las solicitudes de portabilidad de mi representada y se procediera a abrir un procedimiento administrativo sancionador contra Vodafone por el incumplimiento de su obligación de garantizar la portabilidad. (Documentos nº 1)

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 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. (Documentos nº 2 y 3)

Con fechas 13 y 18 de abril de 2012, se recibieron en el Registro de esta Comisión sendos escritos de los operadores TME y Vodafone dando contestación tanto al inicio del periodo de información previa como al requerimiento de información. (Documentos nº 6 y 7)

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 realizadas por los abonados objeto de la denuncia, con la finalidad de poder comprobar los hechos puestos de manifiesto por este operador. (Documentos nº 8)

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. (Documentos nº 10, 11, 13, 15 y 16)

CUARTO.- Con fecha 20 de septiembre de 2012, el Consejo de esta Comisión 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 España, S.A.U. como presunto responsable directo de una infracción administrativa 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 telefónica¹.

QUINTO.- Mediante sendos escritos del Secretario de la Comisión, de fechas 20 y 25 de septiembre de 2012, se procedió a notificar a la operadora Vodafone y a la instructora, la citada Resolución que abrió el presente procedimiento sancionador. (Documentos nº 24 y 25)

SEXTO.- Con fecha 25 de octubre de 2012, tuvo entrada en el Registro de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones un escrito de Vodafone, por el que presentaba alegaciones en relación con la apertura del expediente sancionador. (Documento nº 28)

¹ 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.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

SÉPTIMO.- Con fecha 28 de noviembre de 2012, la instructora del expediente realizó un requerimiento de información a TME en el que le solicitaba 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 (ii) los motivos por los que se dejaron de comunicar a Vodafone durante los años 2010 y 2011 las incidencias que detectaba TME. (Documento nº 29).

A través de tres escritos de fechas 13 de diciembre de 2012 y 10 y 16 de enero de 2013 TME dio contestación al citado requerimiento formulado por la instructora. (Documento nº 32, 87 y 88).

OCTAVO.- Mediante escrito de fecha 13 de diciembre de 2012, al que se anexaba una copia de la carta de reclamación correspondiente a cada empresa, la instructora del expediente solicitó a las personas que suscribieron las cartas de reclamación (por la cancelación no consentida de las portabilidades de las líneas de su empresa por parte de Vodafone) información en relación con los datos consignados en sus cartas. (Documento nº 31).

Durante el periodo de tiempo comprendido entre el 2 de enero y el 4 de febrero de 2013 se recibieron en la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones los escritos de contestación a las solicitudes de información referentes a cincuenta y cuatro (54) empresas. (Documentos nº 33 a 86).

NOVENO.- Durante los días 26 y 30 de abril de 2013 la instructora del expediente procedió a consultar en el Nodo Central² las posibles incidencias que TME habría comunicado a Vodafone con motivo de las cancelaciones no consentidas que le reclamaban los clientes del segmento empresarial. (Documentos nº 91).

DÉCIMO.- 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: (Documento nº 94).

***“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 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.

² 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.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

DECIMOQUINTO.- Durante el trámite de audiencia y mediante escrito de fecha 3 de julio de 2013 Vodafone formuló las alegaciones que estimó pertinentes sobre la propuesta de resolución formulada por la instructora, 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). (Documento nº97).

II

HECHOS PROBADOS

De la documentación obrante en el expediente y de las pruebas practicadas han quedado probados, a los efectos del procedimiento de referencia, los siguientes hechos:

ÚNICO.- 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.

De conformidad con las actuaciones realizadas y los documentos obrantes en el expediente del presente procedimiento sancionador, este Hecho Probado resulta de lo siguiente:

1. 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 extraordinaria³ 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.

³ Es decir, fuera de los cauces establecidos en las Especificaciones técnicas de los procedimientos administrativos para la conservación de la numeración móvil en caso de cambio de operador vigentes en ese momento (basadas aún en el sistema distribuido) para comunicar las incidencias al operador involucrado en la misma.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

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 concreto, TME le comunica a Vodafone la existencia de cuarenta (40) nuevos clientes afectados que representaban en total más de trescientas cincuenta (350) líneas afectadas⁴.

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 la portabilidad) de treinta (30) 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 distribuidores⁵.

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

⁴ Los clientes del segmento de empresas suelen ser titulares de más de una numeración. Para estos clientes comunicados por TME a Vodafone, el 6 de octubre de 2010, el número medio de líneas por clientes era superior a 8 (350/40).

⁵ [CONFIDENCIAL]

[FIN CONFIDENCIAL].



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

de sus líneas por parte de Vodafone⁶, 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 2012⁷, 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 Vodafone⁸.

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 inicio 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).

⁶ Cartas de reclamación de clientes correspondientes al periodo comprendido entre mayo de 2010 y abril de 2012 y aportadas por TME al expediente junto con su escrito de denuncia que motivó la apertura del periodo de información previo al presente procedimiento.

⁷ Se ha comprobado que la única carta fechada en abril de 2012, concretamente, el 27 de abril, es la carta de reclamación del cliente **[CONFIDENCIAL] [FIN CONFIDENCIAL]**. Sin embargo, se considera que ha podido existir una errata en el año consignado por el usuario, ya que la petición de cancelación cursada por Vodafone es de 18 abril de 2011. Por lo que la última carta de reclamación considerada es de 12 de enero de 2012 correspondiente al cliente **[CONFIDENCIAL] [FIN CONFIDENCIAL]**, tal y como se ha podido analizar durante la instrucción.

⁸ **[CONFIDENCIAL] [FIN CONFIDENCIAL]**



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

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 del 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 sólo 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, ya que 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 y 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 público⁹, 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,

⁹ Artículo 319 de la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000, relativo a la Fuerza probatoria de los documentos públicos: *“Con los requisitos y en los casos de los artículos siguientes, los documentos públicos comprendidos en los números 1.º a 6.º del artículo 317 harán prueba plena del hecho, acto o estado de cosas que documenten, de la fecha en que se produce esa documentación y de la identidad de los fedatarios y demás personas que, en su caso, intervengan en ella”.*



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

(ii) 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 notificó¹⁰ 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 éxito¹¹.

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

¹⁰ En el domicilio que consta en cada carta o en el domicilio social registrado en la inscripción de dichas empresa en el Registro Mercantil Central.

¹¹ **[CONFIDENCIAL] [FIN CONFIDENCIAL]**



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

carta cancelaciones sin su consentimiento¹². Todos 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]** **[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 qué 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]** **[FIN CONFIDENCIAL]** en 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 quién cursó la petición de cancelación de la portabilidad, pocos escritos, quince (15), dan 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 a consultar en el Nodo Central las posibles incidencias que TME habría comunicado a Vodafone con motivo

¹² De estos cincuenta y cuatro (54) escritos de contestación diez (10) corresponden a las diecisiete (17) cartas de reclamación en las que no consta fecha.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

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 portabilidad¹³ 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 el 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 2013¹⁴, 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)¹⁵ empresas en las que no consta la fecha de su supuesta petición.

¹³ Según los datos que constan en los listados Excel que TME aportó junto con su escrito de denuncia que motivó la apertura del periodo de información previo al presente procedimiento.

¹⁴ Siguiendo lo alegado por Vodafone en su escrito de 25 de octubre de 2012, donde se recordaba a la Comisión, "que todos y cada uno de los documentos de cancelación de todas y cada una de las empresas, están registrados en el NC, por lo que pueden ser extraídos en cualquier momento tanto por la CMT como por TME", el 28 de noviembre de 2012 se requirió a TME que aportase la copia de todas las peticiones de cancelación que Vodafone pudo cursar al Nodo Central sobre las numeraciones correspondientes a los abonados que presentaron carta de reclamación, así como sus correspondientes solicitudes de portabilidad. Para dar cumplimiento al citado requerimiento, TME alegó en su escrito de 13 de diciembre de 2012 que había tenido que efectuar una petición al Nodo Central de portabilidad móvil para obtener las peticiones de cancelación registradas allí por Vodafone.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

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 se desprende 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 aportadas 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 garabato¹⁶, 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)¹⁷ 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.

• Alegaciones de Vodafone en relación con el Hecho Probado

Vodafone centra sus alegaciones entorno a la validez de las cartas de reclamación de los clientes. En este sentido, Vodafone alega que esta Comisión no ha podido constatar si las solicitudes de portabilidad están firmadas o no y considera *“crucial e indispensable”*, para valorar la validez de las cartas de reclamación de los clientes, disponer de la solicitud de portabilidad debidamente firmada por el representante legal de la empresa.

Esta Comisión no comparte dicha consideración de Vodafone. Tal y como se ha concluido en el Hecho Probado Único la credibilidad de las cartas de reclamación de los clientes ha podido ser valorada en virtud del resto de pruebas obrantes en el expediente. Además, cabe indicar que no existe ningún indicio que permita dudar sobre la validez o la existencia de las solicitudes de portabilidad a diferencia de lo que ocurre con las peticiones de cancelación.

Ni de las cartas de reclamación de los clientes, que precisamente piden que no se cancele sin su consentimiento la portabilidad cursada hacia TME, ni posteriormente de los escritos de confirmación que han enviado cincuenta y cuatro (54) de dichos clientes, ni de las

¹⁵ [CONFIDENCIAL] [FIN CONFIDENCIAL]

¹⁶ Según la Real Academia de la Lengua la palabra “garabato” significa: Rasgo (línea o trazo) irregular hecho con la pluma, el lápiz, etc.

¹⁷ [CONFIDENCIAL] [FIN CONFIDENCIAL]



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

incidencias que se han podido recabar del Nodo Central se desprende que no hubo una previa solicitud de portabilidad o que éstas fueran falsas. Asimismo, se señala que en un 40% de las peticiones de cancelación que constan en el expediente, aportadas tanto por TME como por Vodafone, se indica la fecha en la que se efectuó la solicitud de portabilidad así como el código de referencia de dicha solicitud.

En referencia a las fechas que constan en las cartas de reclamación, Vodafone alega que:

- 1) existen trece cartas cuyas fechas de firma no cuadran con las peticiones de cancelación ya que han sido firmadas con bastante antelación, incluso con un año de diferencia. Cita como ejemplos **[CONFIDENCIAL] [FIN CONFIDENCIAL]**
- 2) hay ciento siete (107) cartas en las que aparece que los clientes las han firmado poco antes o el mismo día de la detección de la supuesta irregularidad por parte de TME. Cita como ejemplos **[CONFIDENCIAL] [FIN CONFIDENCIAL]**, y
- 3) en diecisiete (17) cartas no aparece la fecha y en once (11) la fecha es muy posterior (hasta 100 días) a la fecha en la que se produjo la primera cancelación, lo que hace pensar que TME ha ido recabando las cartas una vez denunciados los hechos, pues de tenerlas anteriormente las hubiera presentado en el momento de enviar el escrito de denuncia a esta Comisión. Cita como ejemplos **[CONFIDENCIAL] [FIN CONFIDENCIAL]**.

Vodafone funda sus alegaciones basándose solamente en la muestra de peticiones de cancelación que ella aportó durante el periodo de información previa y no en el total de cancelaciones que cursó al Nodo Central, de las que se constata que algunos clientes llegaron a acumular hasta diez (10) cancelaciones sucesivas. Asimismo, cabe aclarar a Vodafone que TME aportó todas las cartas de reclamación de los clientes junto con su escrito de fecha 29 de febrero de 2012 (anexo I), que motivó la apertura de la información previa a este expediente sancionador, no una vez denunciados los hechos.

Analizadas las peticiones de cancelación que constan en el expediente y las solicitudes de portabilidad aportadas por TME durante la instrucción del procedimiento se ha podido comprobar que tan sólo en nueve cartas de reclamación figura una fecha de firma que es poco anterior (días) a las peticiones de cancelación. Estas cartas pertenecen a los clientes **[CONFIDENCIAL] [FIN CONFIDENCIAL]**. Sólo para el cliente **[CONFIDENCIAL] [FIN CONFIDENCIAL]** se da la situación de que en su carta de reclamación figura firmada un año y siete meses antes de sufrir la primera de las tres cancelaciones que constan en el expediente, tal y como ocurre en el resto de los clientes citados.

Pues bien, se considera que la falta de concordancia de la fecha de las cartas relativas a los citados clientes no resta credibilidad a los hechos denunciados en dichas cartas, ya que los mismos han podido ser contrastados con el resto de pruebas descritas en el Hecho Probado Único (correos electrónicos, escritos de confirmación, incidencias y peticiones de cancelación).

Con respecto a las fechas que constan en el resto de las cartas de reclamación se señala que las mismas tienen correlación con las que figuran en las peticiones de cancelación así como en las solicitudes de portabilidad, ya que entre estos documentos existe como máximo una diferencia de fechas de diecinueve (19) días posteriores a las peticiones de cancelación y no de más de un año como alega Vodafone.

En este sentido, se ha comprobado que existen solicitudes de portabilidad posteriores a las peticiones de cancelación que constan en el expediente, de lo que se infiere que los clientes tuvieron que tramitar su portabilidad en varias ocasiones. Asimismo, se ha comprobado para varios clientes que aún después de la fecha que consta en su carta de reclamación Vodafone ha continuado cancelando sucesivamente su portabilidad.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Finalmente, Vodafone alega con respecto a un cliente, **[CONFIDENCIAL [FIN CONFIDENCIAL]**, que en su escrito de 13 de abril de 2012 presentó una carta del representante legal de la empresa en la que manifestaba que todas y cada una de las cancelaciones cursadas durante el periodo comprendido entre finales del año 2011 y principios de 2012 estaban autorizadas por su empresa. Por lo que considera que este cliente debería estar excluido del expediente.

Resulta curioso que Vodafone cuestione la validez de las cartas de reclamación de los clientes objeto de este expediente, como la de esta empresa, y sin embargo pretenda acreditar la autorización de las cancelaciones de la portabilidad cursadas sobre el citado cliente mediante otra carta de las mismas características que aquéllas pero sin acreditar el reconocimiento de la misma, tal y como dicha operadora exige a esta Comisión, o sin presentar otro elemento de prueba sobre la credibilidad de los hechos constatados en ella.

Además, siguiendo los criterios esgrimidos por Vodafone, cabe indicar que la carta está fechada el 2 de abril de 2012, cuatro meses después de que se produjeran las cancelaciones indebidas de su portabilidad¹⁸, reclamadas mediante una carta de fecha 23 de diciembre de 2011, y una vez iniciado el periodo de información previa, de lo que se infiere que Vodafone recabó expresamente esta carta tras conocer la denuncia de TME.

Asimismo, es interesante indicar que, como se determinó en la Resolución de 20 de septiembre de 2012, en el expediente de información previa esta Comisión, durante los días 16 y 18 de julio y 8 y 9 de agosto de 2012, consultó una media de dos numeraciones móviles por cada uno de los clientes con carta de reclamación en la herramienta de consulta de la numeración móvil¹⁹ y comprobó que la mayoría de las numeraciones se encontraban finalmente portadas a TME.

Entre las numeraciones que en las citadas fechas figuraban portadas a TME se encontraban las dos numeraciones consultadas de **[CONFIDENCIAL] [FIN CONFIDENCIAL]**, por lo que no se entiende que cuatro meses antes a la consulta (abril de 2012) esta empresa manifestara que las cancelaciones de la portabilidad de sus líneas cursadas por Vodafone y que reclamó en diciembre de 2011 fueron autorizadas por ella, ya que en ese caso la portabilidad hacia TME no debería haberse llevado a cabo por Vodafone.

En su escrito de alegaciones al trámite de audiencia, Vodafone intenta justificar el comportamiento seguido por esta empresa en la suposición de que la misma pudo estar negociando en paralelo con ambos operadores (donante y receptor), mediando reclamaciones en ambos sentidos, a pesar de que su intención final era quedarse con el operador que le ofreciera la oferta más atractiva.

Pues bien, a falta de mayor acreditación y aclaración sobre los hechos acaecidos durante esos cuatro meses en relación a la portabilidad de esta empresa, entre diciembre de 2011 y abril de 2012, así como sobre lo manifestado en la carta aportada por Vodafone respecto al cliente citado, no es posible valorar lo constatado en la misma.

En resumen, no es posible admitir las alegaciones presentadas por Vodafone con respecto a la falta de validez de las cartas de reclamación de los clientes a los que se refiere.

Finalmente, en su escrito de alegaciones al trámite de audiencia Vodafone considera que el Hecho Probado debería ceñirse a los cincuenta y cuatro (54) clientes que han confirmado sus denuncias de haber sufrido cancelaciones sin su consentimiento, ya que entiende que *“utilizar otro tipo de documentos, como la copia de los correos electrónicos enviados entre*

¹⁸ Al menos dos (2) cancelaciones sucesivas sin su consentimiento según las copias de las peticiones aportadas por TME.

¹⁹ <http://www.cmt.es/estado-portabilidad-movil>



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

TME y VODAFONE, para poder ampliar el alcance de los hechos probados, entiende mi representada que es artificial y que carece de sentido, puesto que los mismos no constituyen hechos probados por sí solos (...)”.

En consecuencia, Vodafone considera que la conducta que se le atribuye **“se ha basado únicamente en meras presunciones e indicios, y no en la necesaria constatación objetiva de hechos justificados (...)**”.

En primer lugar, cabe recordar a Vodafone que ha sido ella misma quien ha confirmado en varias ocasiones la existencia de dichos correos electrónicos intercambiados con TME así como los hechos descritos en ellos. Por ello, esta Comisión considera justificado que dichos correos electrónicos se acepten como prueba de la conducta fraudulenta cometida por los comerciales de Vodafone, a los efectos del cómputo del tiempo de la infracción que se le imputa a esta operadora.

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 Vodafone²⁰.

3. Conclusión

En el presente apartado, si bien no ha sido posible determinar con exactitud la totalidad de los clientes empresariales afectados por la conducta de Vodafone, si se ha acreditado que Vodafone cursó sucesivas peticiones de cancelación sin consentimiento de los usuarios (clientes empresariales) e impidió la portabilidad de sus numeraciones a favor de TME, durante el periodo comprendido entre diciembre de 2008 y enero de 2012.

Lo anterior prueba que Vodafone al menos entre diciembre de 2008 y enero de 2012 ha estado incumpliendo su obligación de garantizar la conservación de la numeración de determinados clientes pertenecientes al segmento empresarial.

A los anteriores Antecedentes y Hechos Probados les son de aplicación los siguientes

III

FUNDAMENTOS DE DERECHO

²⁰ 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.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

PRIMERO.- Habilitación competencial de la Comisión para resolver el presente procedimiento sancionador.

El Pleno del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones es el órgano competente para incoar y resolver el presente procedimiento sancionador, a tenor de lo establecido en el artículo 58.a).1º de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones (en adelante, LGTel). De acuerdo con este precepto, corresponde a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, por medio de su Consejo, el ejercicio de la competencia sancionadora cuando se trate de infracciones muy graves tipificadas en los párrafos q) a x) del artículo 53, infracciones graves tipificadas en el párrafo p) y, en el ámbito material de su actuación, en el párrafo q) del artículo 54.

SEGUNDO.- Tipificación del Hecho Probado.

El presente procedimiento sancionador se inició ante la posible comisión de una infracción tipificada en el artículo 53.s) de la LGTel, que 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.

En particular, los artículos 19.d) y 20.e) del Reglamento del Servicio Universal establecen la obligación de garantizar la conservación de los números de los abonados en los supuestos establecidos en la LGTel y en su normativa de desarrollo, a todos los operadores que exploten redes telefónicas públicas y/o que presten el servicio telefónico disponible público.

En este sentido, la LGTel regula, en su artículo 18, el citado derecho de los abonados a conservar, previa solicitud, la numeración que les haya sido asignada con independencia del operador que le preste el servicio. La regulación de tal derecho se ha desarrollado a través del Reglamento sobre mercados de comunicaciones electrónicas, acceso a las redes y numeración, aprobado por el Real Decreto 2296/2004, de 10 de diciembre (en adelante, Reglamento de Mercados), el cual establecía en su artículo 44, relativo a “Obligaciones y procedimientos”, lo siguiente:

“1. Todos los operadores de redes telefónicas públicas, y los del servicio telefónico disponible al público, deberán facilitar a los abonados que lo soliciten la conservación de sus números, en los términos previstos en este reglamento.

(...)

3. La conservación del número se efectuará en el plazo de cuatro días hábiles contados desde el siguiente a la recepción de la solicitud de baja con conservación de números. (...).

Durante el tiempo de la tramitación de la baja o de la conservación de números, al abonado sólo se le interrumpirá o limitará la prestación del servicio por el tiempo mínimo indispensable para adoptar las medidas a las que se refiere el párrafo anterior. A tal fin, los operadores afectados deberán prestarse recíproca colaboración. (...). (Subrayado nuestro)

Es decir, los operadores están obligados a conservar la numeración asignada a sus clientes, cuando éstos deciden cambiar de operador, en un plazo determinado a contar desde la recepción de la solicitud. Asimismo, en el desarrollo de dicho proceso de portabilidad los operadores donantes sólo podrán interrumpir la prestación del servicio durante el mínimo tiempo indispensable para llevar a cabo el cambio de operador.

A este respecto, cabe indicar que el plazo de cuatro días hábiles que establecía el Reglamento de Mercados para llevar a cabo la portabilidad numérica se redujo a dos días hábiles por la Disposición final primera de la Carta de derechos del usuario de los servicios de comunicaciones electrónicas, aprobada mediante Real Decreto 899/2009, de 22 de



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

mayo, pero se supeditó la entrada en aplicación de dicho plazo a la previa aprobación por esta Comisión de las especificaciones reguladoras de los procesos de conservación.

No obstante, el 25 de noviembre de 2009 se aprobó la Directiva 2009/136/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, que modificó, entre otros, el artículo 30.4 de la Directiva 2002/22/CE, relativa al servicio universal y los derechos de los usuarios en relación con las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas, en los siguientes términos:

*“La conservación del número y su activación subsiguiente se ejecutarán con la mayor brevedad. En cualquier caso, a los abonados que han suscrito un acuerdo para transferir un número a una nueva empresa se les activará dicho número en el plazo de un día laborable”.*²¹

A la vista de lo anterior, con fecha 7 de julio de 2011 se aprobaron las Especificaciones técnicas de los procedimientos administrativos para la conservación de numeración en caso de cambio de operador en redes móviles, a través de las cuales se ajustó el plazo para hacer efectiva la portabilidad a un día hábil, sin embargo hasta el 1 de junio de 2012 dicho plazo no estuvo disponible por parte de los operadores.

Pues bien, de acuerdo con el Hecho Probado Único, ha quedado acreditado que Vodafone al menos desde diciembre de 2008 hasta enero de 2012 estuvo tramitando reiteradamente peticiones de cancelación de la portabilidad hacia TME de la numeración perteneciente a clientes del segmento empresarial sin su consentimiento. Lo que demuestra que durante más de tres años Vodafone estuvo impidiendo la portabilidad hacia TME de la numeración perteneciente a clientes del segmento empresa en el plazo establecido (cuatro días hábiles) en la regulación sectorial vigente durante dicho periodo.

La importancia de garantizar la portabilidad numérica radica en el hecho de que, además de ser un instrumento que favorece el funcionamiento eficaz de la competencia en los mercados competitivos de comunicaciones electrónicas, es un factor clave que favorece las posibilidades de libre elección de los usuarios, al objeto de que puedan disfrutar de una amplia oferta de servicios sin ningún tipo de restricción. No obstante, para que esto sea posible es necesario que todos los operadores hagan un seguimiento preciso del procedimiento regulado para la conservación de la numeración, ya que el mismo trata de asegurar que los cambios de operador solicitados por los usuarios se lleven a cabo con efectividad, esto es, en el tiempo establecido, con total transparencia y con plenas garantías de protección del derecho de los usuarios a conservar la numeración.

El origen y justificación del establecimiento a los operadores de la obligación de conservar la numeración a los abonados se encuentran tanto en la Directiva 2002/22/CE como en la Directiva 2009/136/CE que la modificó. Así, citando el considerando 47 de esta última Directiva se dispone que: “La posibilidad de conservar el número es un factor clave que favorece las posibilidades de elección de los consumidores y la competencia efectiva en mercados competitivos de comunicaciones electrónicas, (...). La experiencia en algunos Estados miembros ha demostrado que existe el riesgo de transferencia de los consumidores a otro proveedor sin que hayan dado su consentimiento. Si bien se trata de un asunto que compete principalmente a las autoridades policiales, los Estados miembros deben poder imponer, en lo que se refiere al proceso de transferencia, las medidas proporcionadas mínimas necesarias para minimizar los riesgos y garantizar que los consumidores queden

²¹ Dicha Directiva 2002/22/CE previó como plazo máximo de transposición a la legislación nacional la fecha de 25 de mayo de 2011. En este sentido, la incorporación a la LGTel de la modificación del artículo 18 estableciendo la reducción del plazo de portabilidad a un día laborable, se llevó a cabo a través del Real Decreto-ley 13/2012, de 30 de marzo, por el que se traspusieron las Directivas en materia de mercados interiores de electricidad y gas y en materia de comunicaciones electrónicas.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

protegidos durante todo el proceso de transferencia, incluidas las sanciones pertinentes, sin restar por ello atractivo al proceso para los consumidores”.

Esta previsión ha sido recogida a través del artículo 30.4 de la Directiva 2002/22/CE en términos muy similares.

La conducta de Vodafone impactó sobre el citado derecho de los clientes del segmento empresarial afectados por su conducta infractora consistente en cursar sucesivamente la cancelación de la portabilidad solicitada a TME sin su consentimiento. Así es, debido a la conducta de Vodafone, los clientes afectados tuvieron que reiniciar, en algunos casos hasta diez (10) veces, la solicitud de cambio de operador a través de TME.

Todo ello conllevó un retraso en la ejecución efectiva de sus solicitudes de cambio de operador, que según se ha podido estimar, a través de las peticiones de cancelación que constan en el expediente, en la mayoría de los casos ha sido de entre quince (15) días y un (1) mes, frente al plazo de cuatro (4) días hábiles establecido en el Reglamento de Mercados, llegando a soportar alguno de los clientes un retraso de hasta más de tres (3) meses, tal y como confirman los clientes en sus escritos de contestación a la solicitud de información formulada por la instructora sobre su carta de reclamación.

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.

En su escrito de 3 de julio de 2013, Vodafone considera que la decisión de calificar como muy grave la infracción que se le imputa es discrecional, al considerar que no se ha motivado suficientemente que concurre el requisito de gravedad en su conducta. Vodafone entiende que para poder tipificar su conducta como muy grave es necesario motivar que concurren los condicionantes de “*gravedad y reiteración*”, por lo que a falta de motivación sobre la gravedad de su conducta, Vodafone considera que ésta debería tipificarse como infracción grave.

Esta Comisión no está de acuerdo con Vodafone. Así es, cabe reiterar a esta operadora que el artículo 53.s) de la LGTel dispone que es 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*”. En consecuencia, siguiendo una interpretación literal de este artículo se desprende que para tipificar la conducta de Vodafone como infracción muy grave es necesario que concorra como agravante incorporado al tipo o bien la gravedad o, alternativamente, la reiteración en la conducta infractora.

Por tanto, a la vista de lo establecido tanto en este Fundamento de Derecho como en el siguiente, ambos procedentes de la propuesta de resolución elevada por la instructora y mantenidos en la presente Resolución, la concurrencia de la reiteración en la conducta infractora de Vodafone no sólo ha sido oportunamente motivada sino además acreditada, por lo que esta Comisión confirma la tipificación de la conducta infractora de Vodafone como muy grave de conformidad con lo prescrito en el artículo 53.s) de la LGTel y rechaza las acusaciones expuesta por Vodafone.

No obstante, para determinar si procede imponer una sanción, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 56.b) del mismo texto legal, es preciso a continuación analizar si concurrió culpabilidad (dolo o culpa) por parte de Vodafone en la comisión de la citada infracción.



TERCERO.- Culpabilidad en la comisión de la infracción.

De conformidad con la jurisprudencia, actualmente no se reconoce la responsabilidad objetiva en la comisión de la infracción, sino que se exige el elemento de la culpabilidad, lo que supone que la conducta antijurídica sea imputable a un sujeto pasivo responsable de dicha conducta, esto es, que exista un nexo psicológico entre el hecho y el sujeto.

Este es un presupuesto que procede del derecho penal y que es aplicado en el ámbito del derecho administrativo sancionador, como lo acreditan entre otras las sentencias del Tribunal Constitucional 76/1990, de 26 de abril (en adelante, STC) y del Tribunal Supremo (en adelante, STS) de fechas 3 de abril de 2000 (RJ/2000/2579), de 22 de noviembre de 2004 (RJ/2005/20), o 21 de enero de 2011 (RJ/2011/485).

Así se interpreta la expresión recogida por el legislador español cuando, al regular la potestad sancionadora de la Administración, en el artículo 130.1 de la LRJPAC establece que *“sólo podrán ser sancionados por hechos constitutivos de infracción administrativa las personas físicas y jurídicas que resulten responsables de los mismos aun a título de simple inobservancia”*.

Como se desprende del precepto anterior y se ha afirmado asimismo en reiteradas ocasiones, en el Derecho Administrativo sancionador no se exige dolo o intención maliciosa para responder de la comisión de una infracción sino que basta la culpa o imprudencia²². En consecuencia, con carácter general, cabe atribuir responsabilidad a título de simple negligencia, entendida como la falta de diligencia debida para evitar un resultado antijurídico, previsible y evitable.

En lo que aquí interesa, resulta que la consideración conjunta de lo dispuesto por el artículo 130.1 de la LRJPAC y el artículo 1.104 del Código Civil lleva a concluir que, en el cumplimiento de las obligaciones, ha de ponerse aquella diligencia que resulte exigible en función de la propia naturaleza de la obligación y de las circunstancias de las personas, el tiempo y el lugar.

Por tanto, actúa culposamente quien evita la diligencia debida en la observancia de la norma [STS de 22 de noviembre de 2004 (RJ/2005/20)] y dolosamente quien quiere realizar el tipo de infracción.

Es decir, la culpa se caracteriza por la ausencia de voluntad de producir un determinado resultado y el descuido del sujeto para evitarlo, siendo evitable, ya sea de forma consciente, cuando se ha previsto, o inconsciente, cuando no se ha previsto el resultado pero éste era previsible.

Por otro lado, nos encontramos ante la figura del dolo cuando se cumplen los dos elementos que lo integran: el intelectual y el volitivo. El primero implica que el autor tiene conocimiento de los hechos constitutivos del tipo de infracción así como de su significación jurídica, mientras que el segundo supone querer realizar el hecho ilícito.

Precisamente, en la normativa sectorial de telecomunicaciones podemos encontrar ambos supuestos: unos en los que la ley recoge el dolo como un elemento subjetivo del tipo de forma expresa, excluyendo así la posibilidad de cometer la infracción por mera imprudencia, como por ejemplo el artículo 53.e) o el 53.o) de la LGTel²³, donde el ilícito debe cometerse

²² Por todas, la STS de 3 de marzo de 2003 (RJ 2003\2621), afirmaba que *“en Derecho Administrativo Sancionador (...) por regla basta la imprudencia para que se entienda cometida la infracción y, salvo advertencia legal expresa en contrario, no es exigible el dolo que de otra suerte, caso de haberse dado, únicamente opera como elemento de graduación (agravante) de la sanción. Así se establece con carácter general en el artículo 131.3.a) LRJPAC – con el rótulo de intencionalidad – sin perjuicio de que en muchas leyes sectoriales se haga esta prevención con mayor o menor precisión”*.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

de forma deliberada, y otros como el artículo 53.r) de la misma norma en el que no se exige la concurrencia de dolo, siendo suficiente la negligencia consistente en no dar cumplimiento a las condiciones que tiene impuestas como operador durante un período de tiempo, lo que equivale a una infracción del deber de cuidado que le era exigible y cuyo resultado podría haber previsto.

En el presente procedimiento y de conformidad con el Hecho Probado Único, se imputa a Vodafone una conducta antijurídica, consistente en el incumplimiento de su obligación de garantizar la conservación de la numeración de los clientes del segmento empresarial que solicitaban portarse a TME.

Valorado el elemento intelectual de la culpabilidad se considera que Vodafone era plenamente consciente, desde diciembre de 2008, de que se estaba produciendo un incumplimiento de la obligación de garantizar la conservación de la numeración de los clientes del segmento empresaria, ya que conocía que sus distribuidores estaban registrando reiteradamente peticiones de cancelación sin consentimiento de los clientes y sin embargo esta operadora seguía cursándolas, con lo que paralizaba el proceso de portabilidad de la numeración solicitada hacia TME.

En efecto, según lo dispuesto en el Hecho Probado Único, desde diciembre de 2008 TME estuvo comunicando a Vodafone las incidencias que se estaban produciendo sobre las portabilidades solicitadas por sus clientes empresariales, primero a través del envío de correos electrónicos y posteriormente a través de las incidencias registradas en el Nodo Central, y sin embargo se ha acreditado que hasta enero de 2012 este tipo de incidencias se continuaron produciendo.

A este respecto, Vodafone afirma que entre el año 2010 y 2011 TME dejó de comunicar por correo electrónico *“las posibles irregularidades”* y entendió que prácticamente se habían erradicado y que no tuvo constancia de que se volvían a producir hasta el traslado por esta Comisión de la denuncia de TME.

En el seno de la instrucción del presente expediente sancionador, se requirió a TME que explicara si durante los años 2010 y 2012 había dejado de enviar correos a Vodafone comunicándole las incidencias y por qué. A este respecto, TME manifestó que aunque durante esos años si bien puede admitirse que dejó de comunicar vía email las incidencias a Vodafone, no dejó de abrir incidencias en el Nodo Central²⁴, según los procedimientos establecidos para ello, comunicando a Vodafone que la cancelación era indebida así como los motivos de la incidencia²⁵.

Tal y como ya se ha señalado en el Hecho Probado Único, durante los días 26 y 30 de abril de 2012, la instructora de este expediente pudo comprobar a través del Nodo Central que

²³ El artículo 53.e) de la LGTel establece que se considera infracción muy grave *“la producción deliberada de interferencias definidas como perjudiciales en esta ley (...)”*. De la misma forma, el artículo 53.o) determina como infracción muy grave *“el incumplimiento deliberado, por parte de los operadores, de las obligaciones en materia de interceptación legal de las comunicaciones impuestas en desarrollo del artículo 33 de esta ley”*.

²⁴ A partir del 15 de marzo de 2011 se puso en funcionamiento el sistema centralizado de la portabilidad a través del Nodo Central, de conformidad con lo establecido en la Circular 1/2008, de 19 de junio, sobre conservación y migración de numeración telefónica, así como de las Especificaciones técnicas de los procedimientos administrativos para la conservación de numeración móvil en caso de cambio de operador, aprobadas también el 19 de junio de 2008.

²⁵ Como ejemplo TME transcribe una de las incidencias registradas en el Nodo Central:

[CONFIDENCIAL]

[FIN CONFIDENCIAL]



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

efectivamente TME durante el año 2011 y hasta enero de 2012 siguió comunicando a Vodafone las incidencias que se seguían produciendo en torno a la cancelación no consentida de las portabilidades cursadas por clientes empresariales, por lo que no es posible admitir que Vodafone pensara que este tipo de prácticas se había erradicado.

Por otra parte, Vodafone en su escrito de 25 de octubre de 2012, manifiesta que **“reconoce el hecho de que presumiblemente se hayan podido producir casos puntuales y aislados de ciertas irregularidades de los que ningún operador está exento y que ésta ha tratado de analizar y solucionar en cuanto ha tenido constancia de ello, (...)”**. En este sentido, esta operadora alega que los casos irregulares en la recogida de la firma del cliente en el ámbito de la portabilidad móvil siempre pueden existir, pero de haberse producido, solo pueden haber sido:

1. Marginales y excepcionales: la resolución que dio lugar a la apertura del procedimiento sancionador reconoce la marginalidad de las irregularidades. De manera similar se indica que **“el número de casos que presumiblemente se estaban llevando a cabo era sólo de un 0,18% del total de clientes de pequeñas empresas que solicitaron portarse entre las referidas fechas. Teniendo en cuenta el número de numeraciones por cada cliente, el número de casos representa el 0,32% del total de numeraciones que solicitaron portarse entre las fechas referidas. Lo que representa que, de ser ciertas, se trataría de meras irregularidades puntuales y aisladas, no de una práctica generalizada”**.²⁶
2. Tratadas en el momento de tener constancia de las mismas: entre el año 2008 y 2010 se analizaron las presuntas irregularidades marginales y excepcionales que podían estar aconteciendo y que TME comunicaba, para darles una respuesta.
3. De imposible control exhaustivo con carácter preventivo y achacable a distribuidores concretos sobre los que se han aplicado actuaciones correctoras, formativas y disuasorias: Vodafone alega que se ha actuado con la mayor contundencia: (i) penalizando económicamente con importantes sumas de dinero a algunos distribuidores y **[CONFIDENCIAL] [FIN CONFIDENCIAL]**
4. Recíprocas y existentes en todas las empresas: también Vodafone ha detectado y notificado a TME presuntas prácticas irregulares consistentes tanto en solicitudes de portabilidad como en peticiones de cancelación realizadas aparentemente sin consentimiento del clientes. A tales efectos, Vodafone menciona y aporta cartas y correos sobre dos clientes por presuntas cancelaciones indebidas que se notificaron a TME.

En primer lugar, cabe responder a Vodafone que, es cierto que tal y como se dispuso en la Resolución de 20 de septiembre de 2012 que dio lugar a la apertura de este expediente y así se desprende del Hecho Probado Único y de la tipificación de la conducta infractora de Vodafone, no se considera que dicha conducta infractora haya sido intensiva o que el incumplimiento de su obligación de garantizar la conservación de la numeración pueda graduarse como grave, a la vista del total de clientes respecto de los que se ha podido acreditar que sufrieron cancelaciones de la portabilidad sin su consentimiento por parte de Vodafone durante los años 2008 a 2012.

²⁶ En su escrito de alegaciones al trámite de audiencia Vodafone insiste en este argumento con la finalidad de cuestionar la tipificación que de su conducta se determinó en la Propuesta de Resolución como de infracción muy grave, al considerar que su conducta no ha sido grave ni tampoco reiterada en el tiempo. Por tanto, procede remitirse a lo dispuesto en la Propuesta de Resolución para dar contestación a Vodafone así como a lo anteriormente señalado sobre la acreditación de la conducta reiterada de Vodafone.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Sin embargo, no es posible aceptar que la infracción cometida por Vodafone hay sido aislada o excepcional en el tiempo, ya que la misma se ha tipificado y graduado como reiterada a raíz de lo dispuesto en el Hecho Probado Único, no sólo por el número de cancelaciones sin consentimiento cursadas por Vodafone que ha tenido que soportar cada cliente afectado (entre 2 y 10), sino porque Vodafone comenzó a tener conocimiento de estas incidencias al menos en diciembre de 2008 y sin embargo continuaron hasta el año 2012.

Además, cabe tener en cuenta que las cancelaciones indebidas se han producido sobre clientes radicados en distintas provincias de España, de lo que se concluye que se permitió que se convirtiera en una práctica generalizada entre los distribuidores o comerciales de Vodafone.

Es más, siguiendo con lo indicado en la Resolución de 20 de septiembre de 2012 en cuyas conclusiones se apoya Vodafone, esta Comisión pudo determinar, a raíz de los datos y gráficas aportadas por TME en el periodo de información previa sobre el porcentaje mensual de cancelaciones supuestamente irregulares sufridas por los clientes de pequeña empresa, 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 incrementando a lo largo de los años 2010, 2011 y 2012, a pesar de las incidencias abiertas por TME a Vodafone en el Nodo 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”*.

En segundo lugar, es posible admitir lo alegado por Vodafone respecto a que, sin su conocimiento, puedan recibir a través de sus distribuidores o comerciales solicitudes de portabilidad o peticiones de cancelación de la portabilidad no consentidas por los clientes (principalmente del segmento empresarial por el elevado número de líneas de los que son titulares), con la finalidad de ganar clientes o evitar perderlos debido al impacto que ello supone sobre sus comisiones e incentivos, a pesar de incurrir en un posible delito de falsedad documental. Las prácticas de *“slamming”* (trasferencia del usuario sin su consentimiento mediante prácticas fraudulentas) en el sector de las telecomunicaciones es uno de los mayores escollos a los que las operadoras y esta Comisión se han venido enfrentando.

Sin embargo, es inexcusable que una vez conocida por Vodafone la realización de este tipo de práctica²⁷ por parte de sus distribuidores o comerciales esta operadora no adoptase las medidas oportunas y necesarias para intentar controlarla, reducirla y eliminarla ya que: (i) la misma continuó produciéndose durante más de tres años pese a que TME solicitaba colaboración activa a Vodafone en la detención de la misma, (ii) incluso se incrementó a lo largo de dichos años en determinados meses, tal y como TME demostró y comunicó a Vodafone en sus correos electrónicos de fechas 28 de junio, 18 de agosto y 6 de octubre de 2010, en los que señalaba que este tipo de cancelaciones se había convertido *“en la actuación por defecto”* por parte de algunos distribuidores de Vodafone, y (iii) se permitió que se convirtiera en una práctica generalizada entre sus distribuidores y comerciales ya que ha llegado a afectar a clientes con sedes en distintas provincias.

Si bien Vodafone alega que ha actuado con la mayor contundencia, penalizando económicamente a los distribuidores y estableciendo en los contratos la posibilidad de **[CONFIDENCIAL] [FIN CONFIDENCIAL]**, en la propuesta de resolución se determinó que

²⁷ Vodafone tuvo conocimiento de las incidencias que se estaban produciendo tanto por medio de la reclamación de sus propios clientes como por las comunicaciones enviadas por TME.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

la puesta en práctica de estas medidas no ha sido probada y en caso de haber sido utilizadas no se conocía cuándo Vodafone las había aplicado en la práctica. Asimismo, se señalaba que Vodafone tampoco había acreditado que las medidas mencionadas se hubieran adoptado para poner freno a las conductas denunciadas por TME, puesto que no han servido para controlar las conductas fraudulentas de sus distribuidores y comerciales a lo largo del periodo de infracción considerado.

Vodafone muestra su disconformidad con esta conclusión alcanzada sobre su culpabilidad en la comisión de la infracción y alega en su escrito de 3 de julio de 2013 que:

- Ha aplicado de forma reiterada las penalizaciones por fraude aunque confirma, a diferencia de lo alegado en otros escritos, que su aplicación *“no necesariamente hayan coincidido con los casos denunciado por TME, debido a que, en su opinión, los casos denunciados por TME no han llegado a ser suficientemente documentados como para poder aplicar las cláusulas contractuales correspondientes, generando dudas razonables sobre la conducta del distribuidor hasta la fecha”*.
- La aplicación de las medidas contractuales sobre los casos de fraude en la distribución sí que ha servido para controlar y reducir considerablemente dicha conducta en general.

Es cierto que los casos de *slamming* han podido controlarse, ya que esta Comisión no ha vuelto a tener conocimiento de este tipo de conducta fraudulenta por parte de los distribuidores/comerciales de Vodafone, desde que se inició el periodo de información previa a la apertura de este procedimiento. Sin embargo, de los datos obtenidos durante la instrucción y tal y como confirma 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, justifica su falta de voluntad en aplicar contra sus distribuidores/comerciales las medidas contractuales disuasorias de realizar prácticas fraudulentas en que la documentación aportada por TME no era suficiente. No obstante, Vodafone sabía que este tipo de conductas fraudulentas podían producirse, dadas las previsiones contractuales establecidas a sus distribuidores y el uso de las penalizaciones que alega haber aplicado contra algún distribuidor. Sin embargo, a pesar de que TME en 2008 y 2010 le solicitó que colaborara con ella y que tomara medidas para parar la conducta irregular que *“por defecto”* estaba detectando en sus distribuidores, Vodafone alega que decidió no adoptar ninguna medida de control (omisión) contra sus distribuidores, porque existían *“dudas razonables sobre la conducta del distribuidor hasta la fecha”*.

Esta Comisión considera que Vodafone debió solicitar más información a TME, en caso de considerar que la aportada no era suficiente, o hacer averiguaciones para conocer sobre la veracidad de las reclamaciones que cursaban los clientes -que eran aún usuarios suyos-, antes de continuar enviando cancelaciones de la portabilidad procedentes de los distribuidores implicados en las reclamaciones y poder penalizar a éstos por estar realizando prácticas de *slamming*.

En definitiva, todo lo expuesto permite concluir que en Vodafone concurre el requisito de la culpabilidad al existir indicios a título de dolo por su falta de voluntad en controlar y eliminar la realización de este tipo de prácticas por parte de sus distribuidores o comerciales y seguir tramitando peticiones de cancelación sin el consentimiento de los clientes (elemento voluntivo), 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



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

portabilidades de sus líneas podían estar repercutiendo sobre sus actividades comerciales-, como sobre TME en cuanto competidor directo²⁸ en el mercado minorista de telefonía móvil (elemento intelectual).

CUARTO.- Inexistencia de causas eximentes de responsabilidad.

En cuanto a la concurrencia en el presente caso de causas eximentes de la responsabilidad, se puede traer a colación la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, de 4 de octubre de 1998²⁹, que concluye que, atribuida una conducta infractora a un sujeto, concurre la culpabilidad salvo aparición de circunstancias eximentes:

“(...) junto a la exigencia de la tipicidad y antijuricidad como requisitos ineludibles del ejercicio de toda potestad sancionadora, ha de situarse el elemento de la culpabilidad que presupone que la acción u omisión enjuiciada ha de ser imputable a su autor por malicia, o imprudencia, negligencia o ignorancia inexcusable (Sentencia del Tribunal Supremo de 16 febrero 1990). Ahora bien, presupuesto o fundamento de la culpabilidad es la imputabilidad que ha sido definida por Luzón Domingo como la “posibilidad abstracta y potencial de que al hombre le sean atribuibles conductas que puede realizar, como a su causa eficiente, consciente y libre”. Pero este presupuesto de la culpabilidad no se formula de forma positiva sino que ha de deducirse de la no concurrencia de alguna de las causas que lo excluyen.”

Tales circunstancias eximentes, reguladas en el actual Código Penal (cuyos principios son aplicables con ciertas especialidades al procedimiento administrativo sancionador), no concurren en el supuesto que nos ocupa, pues o bien se refieren por ejemplo a circunstancias subjetivas que sólo pueden concurrir en las personas físicas y no en las jurídicas (alteraciones psíquicas en la percepción, minoría de edad), o a la existencia de causas que excluyen el nexo causal del sujeto con la acción (caso fortuito o fuerza mayor), o a la concurrencia de un error invencible (conocimiento equivocado de los elementos de la conducta típica) o a circunstancias de estado de necesidad o miedo insuperable, no desprendiéndose la existencia de ninguna de estas causas de los hechos probados.

En consecuencia, no cabe aplicar ninguna causa eximente de responsabilidad.

QUINTO.- Consideración de los hechos analizados como infracción continuada.

El artículo 57.1 de la LGTel establece que las infracciones muy graves prescriben a los tres años, las graves a los dos años y las leves a los seis meses. Asimismo, se dispone que el plazo de prescripción de las infracciones comenzará a computarse desde el día en que se hubieran cometido. Interrumpirá la prescripción la iniciación, con conocimiento del interesado, del procedimiento sancionador. No obstante, en el supuesto de infracción continuada, la fecha inicial del cómputo será aquélla en que deje de realizarse la actividad infractora o la del último acto con que la infracción se consume.

Por su parte, el artículo 4.6 del Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto, por el que se aprueba el Reglamento del procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora (en adelante, Real Decreto 1398/1993) establece lo siguiente en lo referente al “*Régimen, aplicación y eficacia de las sanciones administrativas*”:

“(...) será sancionable, como infracción continuada, la realización de una pluralidad de acciones u omisiones que infrinjan el mismo o semejantes preceptos administrativos, en ejecución de un plan preconcebido o aprovechando idéntica ocasión”.

²⁸ Vodafone es el segundo operador móvil con mayor cuota de mercado después de TME.

²⁹ RJCA 1998/3874



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Puesto que a lo largo de la presente propuesta se ha probado y tipificado que durante el periodo comprendido entre, al menos, diciembre de 2008 y enero de 2012, Vodafone incumplió reiteradamente su obligación de garantizar la conservación de la numeración de los clientes del segmento empresarial, cabe analizar si la conducta de Vodafone podría calificarse como continuada.

La interpretación de las condiciones requeridas para apreciar la concurrencia de una infracción continuada la ha realizado el Tribunal Supremo en diversas ocasiones, entre otras en la Sentencia de 30 de noviembre de 2004, con el siguiente tenor literal (RJ/2005/5402):

“Para apreciar la infracción continuada en el ámbito del Derecho administrativo sancionador, que constituye una transposición de los contornos jurídicos de esta institución referidos en el artículo 74 del Código Penal, se exige que concurren con carácter general los siguientes requisitos:

“a) La ejecución de una pluralidad de actos por el mismo sujeto responsable, próximos en el tiempo, que obedezcan a una práctica homogénea en el modus operandi por la utilización de medidas, instrumentos o técnicas de actuación similares.

b) La actuación del responsable con dolo unitario, en ejecución de un plan previamente concebido que se refleja en todas las acciones plurales que se ejecutan o con dolo continuado, que se proyecta en cada uno de los actos ejecutados al renovarse la voluntad infractora al presentarse una ocasión idéntica a la precedente.

c) La unidad del precepto legal vulnerado de modo que el bien jurídico lesionado sea coincidente, de igual o semejante naturaleza.”

En relación con esta última condición, el Tribunal Supremo señaló 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). (Negrita nuestro)

Aplicando los criterios a las circunstancias del presente caso, se concluye que concurre una infracción continuada en relación con la conducta seguida por Vodafone.

- En primer lugar, existe pluralidad de actos que se concretan en una serie de acciones por parte de Vodafone consistentes en impedir el cambio de operador con conservación de la numeración a clientes del segmento empresarial. Como se ha señalado en el Hecho Probado Único, tales incumplimientos se manifiestan en haber cursado reiteradamente peticiones de cancelación de las solicitudes de portabilidad cursadas por los citados clientes a TME, incumpliendo el plazo para tramitar la portabilidad (cuatro días hábiles), desde diciembre de 2008 hasta enero de 2012.
- En segundo lugar, se da una actuación por parte de Vodafone con dolo continuado. Tal y como se ha indicado es inexcusable la falta de voluntad mostrada por Vodafone en controlar y eliminar la realización de este tipo de prácticas por parte de sus distribuidores o comerciales durante más de tres años, por lo que existen indicios de una actitud dolosa en cuanto a la comisión de la infracción. Vodafone ha venido realizando la infracción de manera continuada, sabiendo que los incumplimientos afectaban tanto a los clientes como a TME.
- En tercer lugar, existe unidad del precepto legal vulnerado, que es el artículo 53.s) de la LGTel incumplimiento grave o reiterado por los operadores de las condiciones para la prestación de servicios o la explotación de redes de comunicaciones electrónicas, como consecuencia de no garantizar la conservación de la numeración, de conformidad con lo establecido en la legislación sectorial, tal y como prescriben los artículo 19.d) y 20.e) del



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

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.

En relación con la calificación de su conducta como de “infracción continuada”, Vodafone en su escrito presentado en trámite de audiencia alega que no puede hablarse de una práctica homogénea en la medida en que los sucesivos cambios en el modelo para la tramitación de los procesos de portabilidad móvil habrían impedido de entrada esta posibilidad de homogeneizar las supuestas técnicas.

Asimismo, esta operadora entiende que no puede afirmarse que actuara con dolo continuado, ya que las sucesivas solicitudes de cancelación cursadas por Vodafone se efectuaron porque entendían que eran consentidas por los clientes y porque no ha tenido falta de voluntad en controlar y eliminar la realización de este tipo de prácticas por parte de los distribuidores o comerciales.

Sobre el primero de los puntos señalados por Vodafone, se indica que el cambio que se produjo en marzo de 2011 sobre el sistema de la portabilidad, que migró del modelo distribuido³⁰ al centralizado³¹, no impide considerar que la conducta realizada por Vodafone no haya sido homogénea a lo largo de los más de tres años en los que se ha acreditado que Vodafone estuvo cursando peticiones de cancelación de la portabilidad sin consentimiento de los clientes.

Así es, el cambio de modelo de gestión de la portabilidad en nada afectó a la posibilidad de cancelar las portabilidades mediante el envío de la petición por el operador donante al operador receptor, con la única salvedad de que en el modelo distribuido y por acuerdo entre los operadores era el operador receptor quien las tramitaba en el sistema, tras el envío de la petición de cancelación por el operador donante debidamente cumplimentada con el nombre del cliente, su firma y los MSISDN afectados (numeración móvil), y en el modelo centralizado era el operador donante quien introducía directamente las peticiones de cancelación en el nodo³² y enviaba una copia de dichas peticiones a la Entidad de Referencia, con una antelación mínima de dos días y medio hábiles antes de la ventana de cambio, para que el operador receptor las validaba.

Pero es que además Vodafone parece obviar que, con independencia de los modelos de gestión de la portabilidad vigentes a lo largo de la comisión de la infracción que se le imputa, desde que en el año 2000 se implementó la portabilidad móvil en España³³, la obligación de los operadores de recabar el consentimiento expreso de los usuarios, tanto para portar sus líneas como para cancelar el proceso de portabilidad, respetando su derecho a elegir libremente quien quiere que sea su proveedor de servicios, siempre ha estado regulado. Sin embargo, Vodafone ha permitido durante más de tres años que sus distribuidores

³⁰Sistema gestionado mediante páginas Web por cada uno de los operadores móviles de red.

³¹Sistema gestionado a través de un nodo central que canaliza todos los procesos administrativos de la portabilidad y almacena toda la información de la portabilidad móvil.

³² Desde la entrada en vigor, el 1 de junio de 2012, de la reducción del plazo de la portabilidad móvil a un día hábil desde que la solicita el cliente, la posibilidad de cancelar una solicitud de portabilidad a través del operador donante ha sido eliminada, de conformidad con lo establecido en la Resolución de 7 de julio de 2011 por la se aprobaron las Especificaciones técnicas de la portabilidad móvil. Por tanto, con la puesta en funcionamiento de los nuevos procesos de portabilidad el 1 de junio de 2012, sólo los operadores receptores deben asegurar a los usuarios el derecho a cancelar la solicitud de portabilidad.

³³ Con fecha 8 de junio de 2000, la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones aprobó mediante Resolución las primeras Especificaciones Técnicas aplicables a la conservación de numeración en caso de cambio de operador en redes telefónicas públicas móviles, cuya implantación estuvo operativa en diciembre de ese año 2000.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

reiteradamente realizaran prácticas de *slamming*, al cursar peticiones de cancelación sin consentimiento de los clientes empresariales, incumpliendo de este modo su obligación de conservar la numeración al abonado y de respetar su derecho a elegir libremente a su prestador de servicios durante todo el proceso de portabilidad y en el plazo establecido.

Por lo que respecta a los siguientes dos aspectos alegados por Vodafone en relación con su culpabilidad en la comisión de la infracción cabe remitirse a lo establecido en el Fundamento de Derecho Tercero, donde dichas alegaciones han sido ya analizadas con detalle.

En consecuencia, en el presente caso se concluye que ha habido una pluralidad de acciones (cursar peticiones de cancelación de la portabilidad no consentidas por los clientes) que han dado lugar al continuado incumplimiento por parte de Vodafone de la obligación de conservar la numeración móvil de clientes del segmento empresarial a lo largo de más de tres años, como ha quedado acreditado en el Hecho Probado Único.

SEXTO.- Contestación al resto de alegaciones presentadas por Vodafone.

Vodafone alega el presente procedimiento le produce indefensión por no poder rebatir las pruebas presentadas por TME y que han sido *“retenidas”* por la CMT. Vodafone manifiesta que ***“la CMT basa su acusación y fundamenta la apertura del expediente sancionador a Vodafone en unas cartas de reclamación de clientes a las que ni siquiera ha podido acceder mi representada para comprobar la veracidad de las mismas (...). Por supuestos motivos de confidencialidad solo le ha dado acceso a una tabla Excel en el que constaba únicamente los siguientes datos de los clientes que supuestamente reclaman: CIFs, nombre, MSISDN (...) y fecha de la carta (...).”***

Por ello, esta operadora alega que la CMT se está basando en una prueba diabólica, *“ya que la CMT le niega el acceso a dichas cartas y en definitiva, a comprobar o cotejar su veracidad (...) y siguiendo la línea argumental de la CMT, acabar probando que las peticiones de cancelación de los clientes no han sido falsas”*. Sin embargo, contrariamente a lo anterior Vodafone sigue manifestando que ***“la CMT es a la que incumbe la carga de la prueba del presunto incumplimiento de mi representada”***.

Si bien es cierto que se ha limitado a Vodafone la posibilidad de obtener copias de las cartas de reclamación de los clientes, ello se ha hecho buscando un equilibrio entre el respeto a la confidencialidad de la cartas de reclamación de los usuarios aportadas por TME en su denuncia, en base al derecho constitucional que les ampara por el secreto de las comunicaciones y a la protección de los datos personales de quienes las suscriben, y el derecho de defensa de Vodafone.

Así es, siguiendo lo dispuesto en la Comunicación de la Comisión Europea de 22 de Diciembre de 2005, relativa a las normas de procedimiento interno para el tratamiento de las solicitudes de acceso al expediente en los supuestos de aplicación de los artículos 81 y 82 del Tratado CE, de los artículos 53, 54 y 57 del acuerdo EEE, y del Reglamento (CE) nº 139/2004 del Consejo, que desarrolla la práctica de la Comisión sobre la información confidencial³⁴, se ha proporcionado a Vodafone un resumen de los hechos denunciados por

³⁴ *“19. La categoría <<otra información confidencial>> incluye información distinta de los secretos comerciales que pueda considerarse confidencial en la medida en que su revelación perjudicaría significativamente a una persona o empresa. (...). El tribunal de Primera Instancia y el tribunal de Justicia han reconocido que es legítimo negarse a revelar a tales empresas ciertas cartas procedentes de sus clientes, puesto que su revelación podría exponer fácilmente a los autores al riesgo de medidas de represalia. Por lo tanto el concepto de otra información confidencial puede incluir la información que permita a las partes identificar a los denunciantes o a otros cuando éstos deseen de forma justificada permanecer en el anonimato. (...)*

43. Cuando exista el riesgo de que una empresa que está en condiciones de ejercer presiones de carácter económico o comercial muy fuertes sobre sus competidores o sobre sus socios comerciales, clientes o



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

los clientes con carácter general, en todas sus cartas de reclamación, así como un Excel con el resto de datos contenidos en las cartas o que sin aparecer, como los MSISDN (numeración móvil), se pudieron asociar a los clientes en base a la información disponible en el expediente³⁵. Los únicos datos de los que no ha dispuesto Vodafone son el nombre de la persona que suscribe la carta y sus datos personales (NIF y firma), precisamente con el objetivo de garantizar su derecho de defensa con pleno respeto a los derechos sujetos a protección de dichas personas.

En base a ello, Vodafone ha presentado alegaciones y documentos para defenderse y contradecir la presunción de responsabilidad en la comisión de la infracción por la que se le incoó este expediente y ha podido cotejar los datos de los clientes aportados en dicho Excel así como en los Excel que TME presentó en el periodo de información previa³⁶, sobre los que Vodafone ha podido tomar vista y obtener copias³⁷, y los descritos en la resolución que dio lugar a la incoación del presente expediente con los que a Vodafone le constan, dado que los clientes que presentaron carta de reclamación eran suyos hasta antes de hacerse efectiva la portabilidad.

Es más, precisamente Vodafone es la mejor posicionada para cotejar las peticiones de cancelación declaradas presuntamente fraudulentas con otras firmas y documentos que detentara de sus clientes. Sin embargo, y en ejercicio de su derecho a no asumir la carga probatoria de los hechos por los que se le incoaba procedimiento sancionador, ha sido ella quien, además de proponer que se recabara determinada información, ha solicitado a esta Comisión que pruebe la validez de las cartas y, por tanto, el carácter fraudulento de las peticiones de cancelación cursadas por dicha operadora, de acuerdo con el Hecho Probado Único.

En consecuencia, se rechaza la acusación que Vodafone vierte sobre esta Comisión y en ningún modo se acepta que se haya generado indefensión a Vodafone o que se le haya producido inversión de la carga de la prueba (prueba diabólica).

Vodafone también alega falta de motivación y no garantía de la presunción de inocencia por el hecho de que, según esta operadora, la resolución que dio lugar a la apertura del presente procedimiento se basa únicamente en indicios de la conducta infractora que ha sido probada en este expediente.

Como establece la Sentencia del Tribunal Constitucional, de 10 de julio, (RTC/2000/187) la motivación ha de vincularse *“a comprobar si existe fundamentación jurídica y, en su caso, si el razonamiento que contiene constituye, lógica y jurídicamente, suficiente motivación de la decisión adoptada, cualquiera que sea en brevedad y concisión, incluso en supuestos de motivación por remisión”*.

Asimismo, es significativo lo dispuesto en la STS, de 10 de marzo de 2003, (RJ/2003/2786) a la que han seguido otras muchas sentencias, entre otras, la STS de 30 junio 2011 (RJ/2011/5641): *«La motivación no significa, sin embargo, un razonamiento exhaustivo y*

proveedores, adopte medidas de represalia contra éstos como consecuencia de su colaboración en la investigación llevada a cabo por la Comisión, ésta protegerá el anonimato de los autores proporcionando acceso a una versión o a un resumen no confidencial de sus respuestas. (...).”

³⁵ Vodafone alega que el Excel que se le proporcionó contenía cinco CIFs de las empresas incompleto o incorrecto. Detectado dichos errores tipográficos que se han procedido a subsanar, por lo que en el expediente consta el listado Excel de usuarios aportado a Vodafone oportunamente corregido. (Documento nº 93).

³⁶ Documentos nº 1.2

³⁷ Asimismo, durante el plazo de trámite de audiencia Vodafone ha tenido acceso a todas las pruebas recabadas a lo largo de la instrucción del presente procedimiento (copia confidencial de los escritos de confirmación de las cartas de reclamación, incidencias obtenidas del nodo central, peticiones de cancelación y solicitudes de portabilidad aportadas por TME, etc.).



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

detallado, pero tampoco una fórmula convencional y meramente ritual, sino la especificación de la causa, esto es, la adecuación del acto al fin previsto; por ello, para cumplir este requisito formal, se precisa la fijación de los hechos determinantes, su subsunción en la norma y una especificación sucinta de las razones por las que de ésta se deduce y resulta adecuada la resolución adoptada.» (Subrayado nuestro)

Por tanto, para el cumplimiento de los fines de la motivación basta con dar a conocer al destinatario las auténticas razones de la decisión que se adopta y permitir frente a ella la adecuada defensa, aspectos que sin duda se cumplen a lo largo de toda la Resolución de 20 de septiembre de 2012 (ver páginas 3 en adelante).

Además, baste aclarar a Vodafone que, de acuerdo con la Jurisprudencia del TS (baste por todas citar la sentencia del TS, de 25 de mayo de 1987 [RJ/1987/5844]), la apertura de un procedimiento administrativo sancionador no constituye una actuación discrecional de las Administraciones Públicas, sino que procede su apertura obligatoria en cuanto se den elementos de juicio o indicios suficientes de la comisión de una falta o infracción administrativa. En consecuencia, la existencia de indicios de la comisión de una infracción administrativa exige a la Administración abrir un procedimiento sancionador, no debiendo existir otras justificaciones para ello.

SÉPTIMO.- Circunstancias modificativas de la responsabilidad infractora.

En este epígrafe se procede a analizar, de acuerdo con los criterios de graduación contenidos tanto en el artículo 56.2 de la LGTel como en el artículo 131.3 de la LRJPAC, si concurren circunstancias modificativas de la responsabilidad infractora.

El artículo 56.2 de la LGTel establece que la cuantía de la sanción que se imponga se graduará teniendo en cuenta lo siguiente:

- “a) La gravedad de las infracciones cometidas anteriormente por el sujeto al que se sanciona.*
- b) La repercusión social de las infracciones.*
- c) El beneficio que haya reportado al infractor el hecho objeto de la infracción.*
- d) El daño causado.*

Además, para la fijación de la sanción se tendrá en cuenta la situación económica del infractor, derivada de su patrimonio, de sus ingresos, de sus cargas familiares y de las demás circunstancias personales que acredite que le afectan.”

Por su parte, el artículo 131.3 de la LRJPAC señala que: *“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.”*

A.- Circunstancias agravantes

En el presente caso se considera que concurre la siguiente causa de agravación de la responsabilidad de Vodafone.

Reiteración



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

El artículo 131.3.a) de la LRJPAC se refiere a la reiteración como un posible criterio a tomar en consideración en la graduación de la sanción a aplicar.

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.

Asimismo, se ha reconocido que la consideración de la agravante de reiteración resulta independiente de que la infracción en cuestión participe o no de la naturaleza de la considerada anteriormente o que sea considerada o no continuada, tal y como se ha analizado anteriormente.

En relación con el presente caso, Vodafone es perfectamente conocedora del necesario cumplimiento de la obligación de conservar la numeración de los abonados, habiendo sido sancionada por el incumplimiento de esta obligación. En concreto, en la 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 servicio universal y la protección de los usuarios, se resolvió lo siguiente:

***“PRIMERO.-** Declarar responsable directa 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, al rechazar, durante el plazo comprendido entre el 15 de marzo y el 11 de mayo de 2010, un número muy elevado de solicitudes de portabilidad numérica.*

***SEGUNDO.-** Imponer a VODAFONE ESPAÑA, S.A.U. una sanción por importe de doscientos cincuenta mil (250.000) euros por la anterior conducta”.*

En el citado procedimiento, Vodafone fue sancionada por retrasar la tramitación de las solicitudes de portabilidad, incumpliendo su obligación de conservar la numeración en caso de cambio de operador, lo que se consideró constitutivo de una infracción muy grave tipificada en el artículo 53.s) de la LGTel.

En conclusión, de conformidad con lo establecido en el artículo 131.3 a) de la LRJPAC, la existencia de reiteración será tomada en cuenta a la hora de determinar la sanción a aplicar.

B.- Circunstancias atenuantes.

Se considera que concurren en el presente caso las siguientes circunstancias atenuantes de la responsabilidad:

- a) La escasa repercusión social de la infracción: No ha sido posible determinar el número exacto de clientes afectados por la infracción de Vodafone, durante el periodo comprendido entre diciembre de 2008 y enero de 2012, sin embargo a la vista de los datos que se desprenden del Hecho Probado Único se estima que el número de clientes que vieron cómo sus solicitudes de portabilidad eran canceladas sin su



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

consentimiento, durante el periodo comprendido entre diciembre de 2008 y enero de 2012, no fue muy elevado teniendo en cuenta el total de líneas portadas que tramitó Vodafone durante esos años.

Asimismo, si bien la conducta infractora de Vodafone perjudicó tanto a los clientes que sufrieron el retraso en la tramitación de sus portabilidades sin su consentimiento, como sobre TME en cuanto competidor en el mercado minorista de telefonía móvil, dada la pérdida de ingresos que le generó el retraso injustificado de la tramitación de las portabilidades de dichos clientes empresariales, no se tiene constancia de que la conducta infractora de Vodafone haya afectado al desarrollo de la competencia en el mercado o que le haya generado una ventaja competitiva con respecto al resto de los operadores móviles.

- b) El escaso beneficio que ha reportado a Vodafone el hecho objeto de la infracción, según el criterio marcado por el artículo 56 de la LGTel. Durante la tramitación del procedimiento no ha sido posible establecer unas cifras exactas, sobre el beneficio bruto reportado a Vodafone consecuencia de la infracción por incumplir con su obligación de garantizar la conservación de la numeración en caso de cambio de operador³⁸.

Sin embargo, se estima que el beneficio reportado a Vodafone no ha sido muy significativo. Según los datos que constan en esta Comisión los ingresos por comunicaciones de empresas [CONFIDENCIAL] [FIN CONFIDENCIAL] a pesar de que a partir de 2009 se produjo la eclosión de los servicios de banda ancha móvil.

CUARTO.- Sanción aplicable a la infracción.

1.- Límite legal

La LGTel establece unas reglas para fijar la máxima cuantía que puede imponerse en la sanción de infracciones, aunque sólo se establece una cuantía mínima en caso de que pueda cuantificarse la sanción con arreglo al beneficio económico obtenido por el infractor. Así, de conformidad con lo establecido en el artículo 56 de la LGTel, por la comisión de la demás infracciones muy graves, distintas a las 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 el límite máximo de la sanción será de dos millones de euros”.

Además, para determinar la cuantía de la sanción hay que tener en cuenta las circunstancias modificativas de la responsabilidad señaladas en el apartado anterior y lo dispuesto en los apartados 2 y 3 del artículo 131 de la LRJPAC.

La aplicación de estos criterios otorga a esta Comisión un cierto grado de flexibilidad a la hora de fijar la cuantía máxima aplicable en cada caso, debiendo respetarse los principios de proporcionalidad y disuasión.

2.- Aplicación al presente caso de los criterios legales.

³⁸ En su escrito de alegaciones al trámite de audiencia Vodafone aporta cifras estimadas sobre los ingresos que ha podido obtener de su infracción en dos escenarios: (i) tomando en consideración los ingresos obtenidos por cincuenta y cuatro (54) clientes, y (ii) calculando los ingresos obtenidos por ciento treinta y un (131) clientes. Dichas estimaciones de ingresos no pueden ser consideradas para determinar el beneficio exacto obtenido de la infracción que se le imputa, conforme a lo establecido en el Hecho Probado Único.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

No es procedente utilizar en el presente procedimiento el **criterio del beneficio bruto obtenido** por la comisión de la infracción imputada a Vodafone.

Tal y como se ha comentado al tratar las circunstancias atenuantes de la responsabilidad, no ha sido posible estimar un beneficio directo, ya que no se dispone de datos exactos sobre el total del número de clientes afectados durante el periodo de la infracción, los ingresos que reportaron cada uno de esos clientes, así como los días de retraso sufrido por cada uno de ellos en la tramitación de sus solicitudes de portabilidad. En todo caso, se estima que los posibles beneficios obtenidos habrán sido menores que el límite superior de la sanción establecido por defecto por el artículo 56 de la LGTel: 2 millones de euros.

Por tanto, analizados los criterios legales establecidos para la determinación de la sanción, es posible concluir que la mayor cantidad de todas las anteriormente citadas es 2 millones de euros, constituyendo dicha cuantía el límite máximo de la sanción que puede imponerse a la imputada por la infracción cometida.

3.- Determinación de la sanción.

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.

Así, de los principios y límites cuantitativos a que se hace referencia, y atendiendo al principio de proporcionalidad que debe presidir la actividad sancionadora de la Administración y a los criterios de graduación establecidos en el artículo 131.3 de la LRJPAC y 56 de la LGTel, a la vista de la cuantía máxima obtenida aplicando los criterios legales, se considera procedente imponer a Vodafone una sanción de seiscientos mil (600.000) euros por el incumplimiento de la obligación de conservar la numeración telefónica móvil de conformidad con lo establecido en la LGTel y su normativa de desarrollo (artículo 44 del Reglamento de Mercados), según lo dispuesto en los artículos 19.d) y 20.e) del Reglamento del Servicio Universal.

Vistos los Antecedentes de hecho, el Hecho probado y los Fundamentos de Derecho y, vistas, asimismo, la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones, la



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, el Reglamento del Procedimiento para el Ejercicio de la Potestad Sancionadora, aprobado por Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto y demás normas de aplicación, el Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones,

RESUELVE

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.

El pago de la sanción deberá efectuarse mediante ingreso en la cuenta número 2100-5000-57-0200029123 abierta al efecto en la entidad financiera Caixabank, S.A. ("La Caixa"). Una vez efectuado el ingreso, se remitirá un ejemplar del recibo de ingreso a esta Comisión para su archivo. El plazo para realizar el pago en período voluntario es el establecido en el artículo 62.2, apartados a y b, de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, dependiendo del día en que se reciba la notificación de la presente resolución. En el supuesto de no efectuar el ingreso en el plazo concedido, se procederá a su exacción por la vía de apremio.

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, recurso de reposición ante esta Comisión en el plazo de un mes desde el día siguiente al de su notificación o, directamente, recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente a su notificación, de acuerdo con 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 3 del artículo 48 de la misma Ley.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

El presente documento está firmado electrónicamente por Miguel Sánchez Blanco, Director de la Asesoría Jurídica en sustitución, por vacante, del Secretario del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones (art. 6.2 del Texto Consolidado del Reglamento de Régimen Interior de la CMT, aprobado por la Resolución de su Consejo de 30.03.2012, B.O.E. nº 149 de 22.06.2012), con el Visto Bueno del Presidente, Bernardo Lorenzo Almendros.