



Roj: **SAN 1672/2016** - ECLI: **ES:AN:2016:1672**

Id Cendoj: **28079230082016100220**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **8**

Fecha: **08/04/2016**

Nº de Recurso: **294/2014**

Nº de Resolución: **257/2016**

Procedimiento: **PROCEDIMIENTO ORDINARIO**

Ponente: **FERNANDO LUIS RUIZ PIÑEIRO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAN 1672/2016,**
STS 3390/2018

AUDIENCIA NACIONAL

Sala de lo Contencioso-Administrativo

SECCIÓN OCTAVA

Núm. de Recurso: 0000294 / 2014

Tipo de Recurso: PROCEDIMIENTO ORDINARIO

Núm. Registro General: 02957/2014

Demandante: VODAFONE ESPAÑA, SAU

Procurador: D^a. ASCENSIÓN DE GRACIA LÓPEZ ORCERA

Demandado: COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y DE LA COMPETENCIA

Abogado Del Estado

Ponente Ilmo. Sr.: D. FERNANDO LUIS RUIZ PIÑEIRO

SENTENCIA N^o:

Ilmo. Sr. Presidente:

D. FERNANDO LUIS RUIZ PIÑEIRO

Ilmos. Sres. Magistrados:

D^a. MERCEDES PEDRAZ CALVO

D. JOSÉ ALBERTO FERNÁNDEZ RODERA

D. JUAN CARLOS FERNÁNDEZ DE AGUIRRE FERNÁNDEZ

D^a. ANA ISABEL GÓMEZ GARCÍA

Madrid, a ocho de abril de dos mil dieciséis.

VISTOS por la Sección Octava de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional el recurso contencioso administrativo nº **294/2014** promovido por la Procuradora de los Tribunales **D^a. Ascensión de Gracia López Orcera**, en nombre y representación de **Vodafone España, SAU**, contra resolución de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, de 24 de abril de 2014, por la que se impone sanción en cuantía de 3.116.000 euros por infracción del artículo 53.s) de la Ley 32/2003 .



Ha sido parte recurrida la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, representada por el Abogado del Estado.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Frente a la resolución indicada, el recurrente interpuso recurso contencioso administrativo y reclamado el expediente a la Administración y siguiendo los trámites legales, se emplazó a la parte recurrente para la formalización de la demanda, lo que verificó mediante escrito que obra en autos. Termina suplicando a la Sala se dicte sentencia dejando sin efecto el acto impugnado o, subsidiariamente, reduciendo el importe de la sanción, con imposición de costas a la administración.

SEGUNDO.- Emplazado el Abogado del Estado para que contestara a la demanda, así lo hizo en escrito en el que, tras expresar los hechos y fundamentos de derecho que estimó convenientes, terminó solicitando que se dictara una sentencia inadmitiendo el recurso, desestimándolo o moderando la sanción, con imposición de costas a la parte recurrente.

TERCERO.- Se practicó la prueba solicitada y admitida por la Sala, las partes presentaron por su orden escrito de conclusiones y las actuaciones quedaron pendientes de señalamiento para votación y fallo, la cual tuvo lugar el día 6 de abril de 2016.

CUARTO.- La cuantía de este recurso es de 3.116.000 euros.

Ha sido Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado **D. FERNANDO LUIS RUIZ PIÑEIRO**, quien expresa el parecer de la Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- En primer se alega, por la Administración demandada, la falta de constancia de la aportación al proceso de la acreditación de las facultades para manifestar la voluntad de recurrir. Se afirma que no se ha dado traslado del escrito de interposición, siendo necesaria la manifestación de voluntad y la acreditación de las facultades para vincular a la parte recurrente con tal manifestación de voluntad.

La Sala considera que la documentación aportada es suficiente a los efectos del artículo 45.2.d) LRJCA . Así, se ha incorporado a autos manifestación expresa del Secretario del Consejo de Administración de Vodafone de interponer el presente recurso contencioso administrativo. El Consejo de Administración ha autorizado al referido Secretario para "decidir la interposición" de acciones judiciales en general o contencioso administrativas en particular. Se ha aportado también copia de los Estatutos de la entidad recurrente y del acta del Consejo de Administración en que se delega a favor del Secretario "la facultad que según los Estatutos de la Sociedad corresponde al Consejo de Administración, de decidir la interposición de o personación en acciones judiciales en general o contencioso administrativas en particular, de conformidad con lo previsto en el artículo 45.2.d)..."

La resolución impugnada impone sanción de 3.116.000 euros a Vodafone, en el expediente SNC/DTSA/388/13 por incumplimiento del Reglamento 531/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de junio de 2012, relativo a la itinerancia en las redes públicas de comunicaciones móviles de la Unión. Se considera cometida una infracción tipificada en el artículo 53.s) de la Ley 32/2003, General de Telecomunicaciones .

El hecho que genera la apertura del expediente y posterior sanción, se centra en que Vodafone comercializó desde el 12 de noviembre de 2012 (hasta el 10 de junio de 2013) los planes de precios nacionales denominados RED y Base, junto con los cuales el cliente contrataba la tarifa de roaming o itinerancia internacional "Hablar y Navegar en Europa".

En resolución de la CNMC de 30 de abril de 2013 se concluyó que <<existían indicios de incumplimiento por parte de Vodafone del Reglamento de Roaming al asociar automáticamente a la contratación de los planes de precios RED y Base la tarifa de roaming "Hablar y Navegar en Europa", sin ofrecer al contratante la posibilidad de elegir las eurotarifas o cualquier otra tarifa alternativa de roaming que considere oportuna>>.

En la resolución sancionadora que es objeto del presente recurso, se señala como hechos probados:

<<Vodafone Asociaba automáticamente a los planes de precios nacionales RED y Base de Vodafone la tarifa roaming "Hablar y Navegar en Europa"..... Así, las condiciones legales de las tarifas Vodafone RED y Baseestablecían que "las condiciones de Roaming serán de aplicación en el uso del teléfono móvil desde el extranjero: el cliente podrá hablar desde Zona 1 hasta 20 minutos (computando las llamadas tanto enviadas como recibidas), enviar hasta 20 SMS y navegar desde el móvil hasta 20 MB por 4 euros (4,84 con IVA) adicionales>>



SEGUNDO.- Tal y como señala la resolución impugnada, el Reglamento de Roaming -que refunde el Reglamento de 2007, modificado en 2009- señala en el Considerando 41 que "hasta el momento en que las medidas estructurales hayan aportado una competencia suficiente al mercado interior de los servicios de itineranciael enfoque más efectivo y proporcionado para regular el nivel de los precios por efectuar y recibir llamadas en itinerancia dentro de la Unión es la fijación por parte de ésta de una tarifa máxima promedio por minuto en el nivel mayorista y la limitación de las tarifas en el nivel minorista mediante la eurotarifa introducida en el Reglamento (CE) nº 717/2007, enfoque ampliado con la eurotarifa SMS a que se refiere el Reglamento (CE) 544/2009 y que debe ampliarse con la eurotarifa de datos establecida en el presente Reglamento". Y el Considerando 42 dispone "los proveedores de itinerancia deben atraer activamente la atención de los consumidores sobre la información relativa a las eurotarifas y ofrecerlas a todos sus clientes itinerantes, de forma gratuita, clara y transparente".

Y en los artículos 8, 10 y 13 se establece la obligación de los proveedores de itinerancia de "facilitar y ofrecer activamente a todos sus clientes itinerantes, con claridad y transparencia una eurotarifa" de voz, de SMS o de datos, según cada uno de los artículos. Dichas eurotarifas no llevan aparejada suscripción alguna ni cargos fijos o periódicos y debe poder combinarse con cualquier tarifa al por menor.

Pues bien, <<a juicio de esta Comisión, el hecho de tener una tarifa de roaming alternativa a la eurotarifa asociada directa y automáticamente a un plan de precios nacional, aunado a que no se permita al usuario contratar las eurotarifas desde el principio (de hecho no se les informaba de su existencia), supone un incumplimiento de la obligación establecida en el Reglamento de Roaming de "facilitar y ofrecer activamente" las eurotarifas, pues esta comercialización de tarifas alternativas de roaming limita la libertad de los clientes de Vodafone para optar por las eurotarifas>>.

Y se añade <<es preciso indicar que este incumplimiento se produce sin perjuicio de que con posterioridad a la contratación de RED o Base los clientes pudieran cambiar esa tarifa alternativa de roaming por las eurotarifas de Vodafone. Ello es así porque, más aún, en el caso que nos ocupa, el cliente no podía contratar los planes de precios RED y Base sin contratar a su vez la tarifa de roaming "Hablar y Navegar en Europa", es decir, no podía en el acto de contratación de los planes de RED o Base, seleccionar las eurotarifas de Vodafone, sino que tenía que contratar primero la tarifa "Hablar y Navegar en Europa" y, posteriormente, solicitar el cambio a las eurotarifas>>.

Y se resalta que el Organismo de Reguladores Europeos de las Comunicaciones Electrónicas (ORECE) pone de manifiesto, en relación con los artículos 8, 10 y 13 del Reglamento de Roaming ya citados que "las tarifas minoristas para servicios distintos de aquellos servicios de voz, SMS y datos en itineranciano se deben ofrecer de forma que no se permita combinarlos con las eurotarifas de voz, SMS o datos".

Se sostiene por la resolución recurrida que "el acto de elegir unas tarifas de roaming distintas de las eurotarifas ha de ser voluntario, intencionado o hecho a propósito", lo que no ocurría en este caso, en que la tarifa Hablar y Navegar en Europa estaba asociada automáticamente a los planes RED y Base. De hecho, <<hasta la notificación de la apertura del periodo de información previa que dio inicio al presente procedimiento sancionador, en la información que figuraba en la página Web de Vodafone sobre los planes de precios RED y Base no se hacía referencia a las tarifas de roaming que se aplicarían al contratar estos planes de precios, si no que había que consultar el apartado denominado "Viajar al Extranjero" donde se indicaba que la tarifa "Hablar y Navegar en Europa" se activaba automáticamente al contratar las tarifas RED y Base. No obstante lo anterior, tras la citada notificación se pudo comprobar que Vodafone modificó su página web, de manera que entre la información recogida en el apartado correspondiente a los planes de precios RED y Base figuraba expresamente que estos planes de precios tenían asociada la tarifa Hablar y Navegar en Europa>>.

La CNMC concluye que <<dado que el acto de contratar las tarifas alternativas de roaming ha de ser intencionado, la tarifa nacional contratada por el cliente existente no debe tener asociada ninguna tarifa alternativa de roaming sin al mismo tiempo dar la oportunidad de contratar las eurotarifas o, en caso de tener asociada alguna tarifa, debería tratarse de las eurotarifas>>, por lo que considera infringido el artículo 53.s) LGTel.

El citado artículo 53.s) LGTel sanciona el incumplimiento grave o reiterado de las condiciones para la prestación de servicios o explotación de redes de comunicaciones electrónicas. Señala la resolución recurrida que la conducta de Vodafone se considera muy grave al incumplir un requisito esencial establecido en el Reglamento de Roaming, durante un periodo de 7 meses.

Resaltamos, por último, que la resolución señala que <<tanto en el Reglamento de 2007 como en la modificación del 2009 se contemplaban medidas similares a las establecidas en el Reglamento del Roaming del 2012y que Vodafone venía respetando hasta la introducción de los planes de precios nacionales RED y BaseTal y como se ha indicado en el Fundamento de Derecho segundo, tras la notificación de apertura



de información previa Vodafone procedió a modificar su página Web para que en sus planes RED y Base se indicara que la tarifa de itinerancia era "hablar y Navegar en Europa". A pesar de ese cambio, los abonados siguieron sin poder elegir las eurotarifas en el momento de la contratación u otra tarifa alternativa de roaming puesto que sus planes comerciales seguían vinculados a la tarifa "Hablar y Navegar en Europa">>.

TERCERO.- En el escrito de demanda se articulan dos motivos de impugnación con carácter principal: 1.- ausencia de tipicidad de la conducta imputada, inexistencia de incumplimiento del Reglamento de Roaming; 2.- Inexistencia de culpabilidad, interpretación razonable del Reglamento de Roaming y aplicación homogénea del mismo en toda la Unión; Y motivos con carácter subsidiario, 3.- Retroactividad de la norma sancionadora más favorable, la infracción sería grave conforme al artículo 77.17 de la Ley 9/2014, de 9 de mayo ; 4.- Falta de proporcionalidad de la sanción.

Pues bien, ninguno de los motivos articulados con carácter principal puede prosperar. Resaltamos, en este sentido que la propia Vodafone mantuvo una conducta anterior distinta a la que es objeto de sanción. Efectivamente, similares exigencias se contenían en el Reglamento aprobado en 2007 y en la modificación operada en 2009, bajo cuya vigencia la recurrente mantenía un criterio acorde con el que pretende la CNMC. Al introducir los planes de precios RED y Base -vigente el Reglamento de 2012- es cuando se ofrecen las referidas tarifas de precios con una vinculación a las tarifas de Vodafone "Hablar y Navegar en Europa", de tal suerte que el cliente se adhiere a dichas tarifas de roaming y necesita de un acto expreso y posterior para cambiar a las eurotarifas u otra tarifa alternativa, con lo que ello supone de efecto disuasorio o perturbador de la libre elección. Es más, como señala la CNMC, el cliente debía darse de alta en la referida tarifa "Hablar y Navegar en Europa" y solicitar posteriormente la baja y cambio de tarifa. Esta conducta nos parece, tal y como se sostiene por la actuación administrativa, contraria al espíritu del Reglamento invirtiendo la regla general que debe operar en esta cuestión: el cliente debe poder elegir, desde el inicio, la tarifa que desea y debe operar, por defecto, la eurotarifa.

En el caso que nos ocupa, ya hemos resaltado que la conducta de Vodafone supone que el cliente sólo puede optar por la eurotarifa en un acto diferente y posterior al de contratación de los planes de precios RED y Base. Así se recoge en la resolución impugnada y se reconoce por la recurrente. Además, tal y como resalta la Abogacía del Estado, la oferta activa a que se refiere el Reglamento determina que no baste con que la posibilidad de elegir la eurotarifa puede ser advertida por el cliente, sino que debe ser de inmediata apreciación por el mismo cuando se dispone a contratar y al momento inicial de elegir tarifa de itinerancia. En el caso concreto, en el documento en que se recogen las condiciones de la tarifa contratada y dentro de un párrafo, se afirma "de no tener ninguna tarifa o darse de baja en la Tarifa para Hablar y Navegar en Europa se aplicará la tarificación a precio de tarifa por defecto....".

En conclusión, la oferta que realizaba Vodafone no era activa, clara y transparente en las dos tarifas, la propia y la eurotarifa, sino que se favorecía de forma efectiva la propia, que la recurrente califica de innovadora, lo cual no se discute y carece de relevancia a los efectos que nos ocupan. Como hemos señalado y recoge la resolución impugnada, la falta de simultaneidad en la posibilidad de elegir la eurotarifa constituye infracción y además, la posibilidad de elegir la eurotarifa no es "activa", pues el usuario debe buscar y comparar la información y elegir en un acto posterior, disociado de la contratación inicial.

En todo caso, aún considerando que el cliente pudiera en el mismo momento de la contratación, solicitar la eurotarifa, lo cierto es que la misma solo podía estar operativa con demora, como reconoce la propia recurrente.

Ante lo expuesto, no es relevante que el precio de la tarifa "Hablar y Navegar en Europa" fuera más beneficioso para determinados clientes, pues de lo que se trata es de que el cliente tenga la posibilidad de decidir entre distintas tarifas y optar por la que más le convenga.

Unido a lo anterior, tipicidad de la conducta, entendemos que la culpabilidad tampoco ofrece duda alguna. Por un lado, no se podía contratar la eurotarifa al contratar los planes de precios RED o Base, sino que solo podía optarse por esta tarifa en un acto posterior -transcurrido un lapso temporal, aunque fueran pocas horas- lo que supone que dicha tarifa no se aplicaba por defecto, necesitando la conducta activa del cliente. Recordamos, aunque ya lo hemos recogido anteriormente, que el Reglamento previene que los operadores de itinerancia aplicarán automáticamente una eurotarifa a todos los clientes, salvo los que hayan optado deliberadamente por una tarifa distinta. Coincidimos con la resolución impugnada y la tesis que sostiene la Abogacía del Estado en cuanto la información ofrecida al cliente, debe ser una oferta "activa" y en el caso examinado, por lo ya expuesto, desde luego no lo era. A ello añadimos que la recurrente solo comenzó a cambiar de conducta cuando se le notificó la apertura de la información previa y el cese de dicha actividad se produjo como consecuencia de una medida cautelar adoptada en el seno del procedimiento. Nos remitimos a lo que se señala en la resolución impugnada a este respecto.



Solo resta añadir, que la resolución impugnada examina de forma acertada -a juicio de la Sala- lo relativo a la aplicación del Reglamento en el ámbito de la Unión. Señala que corresponde a las autoridades nacionales de reglamentación controlar el cumplimiento del Reglamento y la interpretación que se efectúa por el organismo regulador esta "en línea" con las Directrices publicadas por el ORECE, en las que se indica claramente que los operadores no deben ofrecer tarifas nacionales sin la posibilidad de que sus abonados puedan elegir las eurotarifas. También resalta que "ningún otro operador español lleva a cabo esta práctica, ni Vodafone la lleva a cabo en la mayoría de los países miembros de la UE". Y concluye que la CNMC "no ha tenido constancia de que Vodafone haya recibido confirmación o autorización de llevar a cabo dicha conducta en ningún país europeo".

CUARTO.- En cuanto a la retroactividad de la Ley General de Telecomunicaciones de 2014, la infracción objeto de expediente ha sido la establecida en el artículo 53.s) de la Ley anterior. Dicho tipo infractor sanciona, como hemos señalado el incumplimiento grave o reiterado de las condiciones para la prestación de servicios o explotación de redes de comunicaciones electrónicas. El mismo tipo infractor se contiene en la nueva ley como infracción grave, en el artículo 77.17, instando la actora que se aplique retroactivamente la ley más favorable. Dispone el artículo 77.17, como falta grave: <<La negativa a cumplir las condiciones para la prestación de servicios o la explotación de redes de comunicaciones electrónicas>>.

La administración demandada se opone a dicha pretensión afirmando que la conducta encuentra encaje como falta muy grave en la nueva Ley, artículo 77.37 "vulneración grave de los derechos de los consumidores y usuarios finales, según lo establecido en el Título III de la Ley y su normativa de desarrollo". No obstante ello, en el escrito de conclusiones, la administración reconoce que la infracción cometida no puede ser muy grave, por el cambio normativo, debiendo considerarse infracción grave, pero manteniendo la sanción impuesta, puesto que cabe multa del tanto al duplo.

La resolución administrativa señala que la sanción a imponer podría ser del tanto al quíntuplo, imponiendo la sanción aproximadamente en el doble, es decir, se mantiene en la mitad inferior de lo posible.

El artículo 79.1.c) de la nueva Ley establece que la sanción para las infracciones graves tendrá el límite del duplo del beneficio bruto obtenido o el máximo de dos millones. Los criterios para la graduación se establecen en el artículo 80. La resolución impugnada sitúa la sanción en la mitad inferior de lo posible, dos quintos de la cuantía máxima. Siguiendo el mismo criterio de proporcionalidad de la sanción, con la nueva normativa, la sanción a imponer, a juicio de la Sala, debe situarse en el tanto del beneficio estimado, es decir, en la cuantía de 1.557.740,28 euros. Dicha cuantía entendemos, además, que sería la mínima a imponer en el presente supuesto al constituirse como límite mínimo el beneficio estimado.

En cuanto a la proporcionalidad, dado que se aprecia la indicada retroactividad de la norma más favorable y se modula la sanción a imponer, no cabe apreciar que se vulnere dicho principio.

QUINTO.- En virtud de lo dispuesto en el artículo 139 LRLCA, no procede efectuar pronunciamiento impositivo de las costas causadas.

VISTOS los preceptos citados y demás de general y pertinente aplicación,

FALLAMOS

PRIMERO.- **Estimar parcialmente** el recurso contencioso administrativo promovido por la Procuradora de los Tribunales D^a. **Ascensión de Gracia López Orcera**, en nombre y representación de **Vodafone España, SAU**, contra resolución de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, de 24 de abril de 2014, la cual anulamos en el extremo referido al importe de la sanción, que queda fijado en la cuantía de 1.557.740,28 euros.

SEGUNDO. - No efectuar pronunciamiento impositivo de las costas causadas.

Así por esta nuestra sentencia, que se notificará a las partes haciéndoles saber que contra la misma cabe interponer recurso de casación ante la Sala Tercera del Tribunal Supremo, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 89 y concordantes LRJCA, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.