

RESOLUCIÓN DEL EXPEDIENTE SANCIONADOR CONTRA VODAFONE ESPAÑA, S.A.U. POR EL INCUMPLIMIENTO DEL REGLAMENTO Nº (UE) 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 (SNC/DTSA/388/13/ROAMING VODAFONE).

SALA DE SUPERVISIÓN REGULATORIA DE LA CNMC

Presidenta

D^a. María Fernández Pérez

Consejeros

D. Eduardo García Matilla

D. Josep María Guinart Solà

D^a. Clotilde de la Higuera González

D. Diego Rodríguez Rodríguez

Secretario de la Sala

D. Miguel Sánchez Blanco, Vicesecretario del Consejo

En Madrid, a 24 de abril de 2014

Visto el expediente sancionador incoado a Vodafone España, S.A.U. por el presunto incumplimiento del Reglamento Nº (UE) 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, la **SALA DE SUPERVISIÓN REGULATORIA** acuerda lo siguiente:

I ANTECEDENTES

Primero.- Período de información previa e inicio del presente procedimiento sancionador.

Una vez analizada por esta Comisión la información facilitada en la página web de Vodafone España, S.A.U. (en adelante, Vodafone) sobre las tarifas de roaming asociadas a los planes de precios nacionales RED y Base, mediante escrito del Secretario de esta Comisión de 11 de marzo de 2013 se acordó iniciar un periodo de información previa a un procedimiento sancionador a Vodafone en relación con el cumplimiento por parte de este operador de las obligaciones recogidas en el Reglamento Nº (UE) 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 (en adelante, Reglamento del Roaming).

Dicho periodo de información previa finalizó mediante Resolución del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de 30 de abril de 2013 (Documento núm. 5) en la que se concluyó que existían “*indicios de incumplimiento por parte de Vodafone del Reglamento del 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. Así pues, esta Comisión entiende que hay indicios suficientes de que Vodafone podría haber realizado actividades tipificadas en el artículo 53 s) de la LGTel susceptibles de motivar la incoación de un procedimiento sancionador, en los términos establecidos en el artículo 12.1 del Reglamento del Procedimiento Sancionador, debiéndose resolver en consecuencia*”.

Por ello, en dicha Resolución se acordó en su Resuelve primero:

“Primero.- *Iniciar 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, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones, y consistente en el incumplimiento del Reglamento Nº (UE) 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*”.

Segundo.- Alegaciones de Vodafone.

Con fecha 6 de junio de 2013 tuvo entrada en el Registro de esta Comisión escrito de Vodafone por el que formulaba una serie de alegaciones (Documento núm. 7), que en síntesis se referían a las siguientes cuestiones:

- Que el cliente contrataba expresamente esta tarifa junto con los planes de RED y Base puesto que Vodafone entregaba “*a los clientes en el momento de la contratación de cualquier tarifa RED y Base una ficha con los detalles de la tarifa elegida, en la que antes del 17 de mayo de 2013 se incluía como condición particular en roaming la tarifa Hablar y Navegar en Europa 4€. El propio contrato que firma el cliente remite en el apartado de tarifas a la ficha de tarifas, con lo que la ficha forma parte del mismo y tiene la misma validez legal*”.
- Que el cliente, en cualquier momento y sin ningún coste ni penalización de ningún tipo, podía cambiar esta tarifa por la tarifa regulada o por cualquier otra tarifa de roaming.
- Que “*Vodafone con el lanzamiento de la “Tarifa Hablar y Navegar en Europa” junto con sus planes RED y Base pretendía ofrecer a sus clientes una tarifa alternativa de roaming más ventajosa que la tarifa regulada, siempre y cuando se hiciera un uso racional del bono. Para aquellos clientes que tuvieran la intención de hacer poco uso de los servicios de telecomunicaciones en Europa siempre podían solicitar a Vodafone la activación de las eurotarifas en*

cualquier momento, pues mi representada daba la publicidad suficiente a la tarifa contratada y a la posibilidad de cambio de la misma”.

- Que, según Vodafone, *“de acuerdo con lo anterior, existe la posibilidad razonada de defender que la forma en que se comercializaba la “Tarifa Hablar y Navegar en Europa” cumplía con las previsiones recogidas en el Reglamento del Roaming”.*

Asimismo, Vodafone formulaba una serie de alegaciones en relación con el número de clientes potencialmente afectados por el supuesto incumplimiento, indicando que éstos no serían todos los clientes que suscribieron los planes de precios RED y Base, ya que de dicho número habría que detraer aquellos que hubieran optado por las eurotarifas y adicionalmente aquellos que no hubieran hecho uso del roaming.

Tercero.- Requerimiento de información.

Por resultar necesario para la determinación y conocimiento de las circunstancias concretas del asunto de referencia, con fecha 5 de julio de 2013 se formuló requerimiento de información a Vodafone (Documento núm. 8).

Con fecha 10 de julio de 2013 tuvo entrada en el Registro de esta Comisión escrito de Vodafone por el que solicitaba ampliación del plazo inicial concedido para responder el citado requerimiento de información (Documento núm. 9). Mediante escrito de 16 de julio de 2013 se acordó la ampliación del citado plazo en cinco días adicionales (Documento núm. 10).

Con fecha 26 de julio de 2013 tuvo entrada en el Registro de esta Comisión escrito de Vodafone por el que daba contestación al citado requerimiento de información (Documento núm. 11).

Cuarto.- Declaración de confidencialidad.

De conformidad con lo solicitado por Vodafone, con fecha 18 de diciembre de 2013 se procedió a declarar confidenciales los datos calificados como tales en los escritos presentados por Vodafone con fecha de entrada en el Registro de esta Comisión el 6 de junio y 26 de julio de 2013 (Documento núm. 12).

Quinto.- Propuesta de Resolución.

Con fecha 4 de febrero de 2014, la instructora del procedimiento sancionador emitió la correspondiente Propuesta de Resolución (Documento núm. 13), en la que proponía:

*“**Primero.-** Que se declare 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 de manera grave las condiciones para la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas.*

Segundo.- *Que se imponga a VODAFONE ESPAÑA, S.A.U. una sanción por importe de cuatro millones de euros (4.000.000 €) por la anterior conducta”.*

Dicha propuesta de resolución fue notificada debidamente a Vodafone el día 5 de febrero de 2014 (Documento núm. 14).

Sexto.- Alegaciones de Vodafone.

Con fecha 5 de marzo de 2014, tuvo entrada un escrito de alegaciones de Vodafone en relación con la propuesta de Resolución mencionada anteriormente (Documento núm. 15).

Séptimo.- Finalización de la fase de instrucción.

Con fecha 3 de abril de 2014, una vez finalizada la instrucción del procedimiento sancionador y en cumplimiento de lo previsto en el artículo 19.3 del Reglamento del Procedimiento Sancionador para el Ejercicio de la Potestad Sancionadora, aprobado por Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto, se elevó para resolución la propuesta de resolución junto con el expediente administrativo instruido, así como el escrito de alegaciones presentado por Vodafone a dicha propuesta de resolución (Documento núm. 16).

II HECHOS PROBADOS

Según consta en las actuaciones realizadas y en los documentos incorporados a la instrucción del procedimiento sancionador, resulta probado el siguiente hecho:

ÚNICO.- Vodafone asociaba automáticamente a los planes de precios nacionales RED y Base de Vodafone la tarifa de *roaming* “Hablar y Navegar en Europa”.

Tal hecho probado resulta del análisis de las actuaciones realizadas para el examen de los hechos, todas ellas documentadas en el expediente tramitado.

Así, las Condiciones Legales de las tarifas Vodafone RED y Base que figuraban en la página web de dicha entidad a fecha 5 de marzo de 2013 (Documento núm. 1.1), en su apartado primero relativo a las Condiciones Generales Completas Vodafone RED, establecían que:

“[L]as 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€ (4,84€ con IVA) adicionales. Los minutos, SMS o MB no utilizados en un día, no son acumulables para el día siguiente. Se considera día según horario Peninsular, desde las 00:00h hasta las 23:59h. Una vez consumidos los 20 minutos, 20 SMS o 20 MB diarios, o fuera de Zona 1, se aplicará tarificación correspondiente a cada uno de estos conceptos según la tarifa Roaming que

tuviera el cliente activa previamente. De no tener ninguna, se aplicará tarificación a precio de tarifas por defecto¹.

Según se pudo constatar² en su página web a fecha 5 de marzo de 2013, la Tarifa “Hablar y Navegar en Europa” estaría activada por defecto en las Tarifas RED o Base (Documento núm. 1.2).

Asimismo, según se establecía en las Condiciones Legales de la tarifa “Hablar y navegar en Europa”, en el apartado Condiciones Legales del Contrato, a fecha 6 de marzo de 2013 (Documento núm. 1.3):

“[C]on la tarifa para Hablar y Navegar, diariamente, podrás hablar desde Europa hasta 20 minutos (computan minutos de llamadas enviadas o recibidas), enviar hasta 20 SMS y navegar desde el móvil hasta 20 MB por 4€ (4,84€ con IVA). Los minutos, SMS o MB no utilizados en un día, no son acumulables para el día siguiente. Se considera día según horario Peninsular, desde las 00:00h hasta las 23:59h. Una vez consumidos los 20 minutos, 20 SMS o 20 MB diarios, o fuera de Zona 1, se aplicará tarificación correspondiente a cada uno de estos conceptos según la tarifa Roaming que tuviera el cliente activa previamente. De no tener ninguna, se aplicará tarificación a precio de tarifas por defecto [...]”.

A iguales términos se refería el apartado Condiciones Legales Tarjeta de la Tarifa “Hablar y Navegar en Europa”.

Este Hecho probado ha sido confirmado por Vodafone en los escritos remitidos a esta Comisión tanto en el periodo de información previa al presente procedimiento sancionador como en su escrito de alegaciones al acuerdo de inicio de este último. De todos ellos, destaca su escrito de contestación al requerimiento de información con fecha de entrada en el Registro de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones el 26 de marzo de 2013 (Documento núm. 4). En dicho escrito, tras haberle sido requerida “confirmación sobre si la tarifa “Hablar y Navegar en Europa” se activa por defecto con la contratación de las Tarifas RED y Base”, Vodafone indicó lo siguiente:

“La tarifa “Hablar y Navegar por Europa 4€” es la tarifa de roaming asociada a los planes de precios RED y Base, siendo una condición particular según se recoge en las condiciones particulares de la tarifa, y tal y como se informa al cliente en el momento de la contratación de cualquiera de estos planes a través de la ficha que se entrega a los clientes, o través de la URL: <http://www.vodafone.es/particulares/es/moviles-y-fijo/tarifas/legales/condiciones-legales-vodafone-red/?frame=1>”.

En dicho escrito de contestación al requerimiento de información Vodafone señaló también que “inició la comercialización de los planes de precios RED y Base el 12 de

¹ Esta tarifa se corresponde con “Hablar y Navegar en Europa”.

² La información de la página web sobre los planes de precios nacionales RED y Base y de la tarifa “Hablar y Navegar en Europa” fue modificada por Vodafone tras la notificación de inicio del periodo de información previa, firmado el 11 de marzo de 2013, y mencionado en el Antecedente Primero.

noviembre de 2012”. Asimismo, en las alegaciones a la propuesta de Resolución presentadas el 5 de marzo del presente año, Vodafone ha indicado que **“tomó la decisión de vincular la “Tarifa Hablar y Navegar en Europa” a los planes de precios nacionales RED y Base en el convencimiento de que cumplía plenamente con lo dispuesto en el Reglamento del Roaming [...] Esta convicción es la que motivó que no se cambiara la posición comercial hasta la adopción de medidas cautelares”** [La negrita es nuestra].

En cuanto a la fecha de finalización de dicha comercialización conjunta, ha de estarse a la medida cautelar que acordó el Consejo de la Comisión del Mercado de Telecomunicaciones en el propio acuerdo de inicio del presente procedimiento sancionador, de 30 de abril de 2013, y que consistía en lo siguiente:

“Vodafone deberá dejar de asociar automáticamente a sus planes de precios RED y Base la tarifa “Hablar y Navegar en Europa” en todas las altas nuevas en estos planes de precios que se produzcan transcurrido el plazo de 10 días desde la notificación de la presente Resolución.

En relación con los clientes que ya tengan contratados los planes de precios RED y Base y tengan asociada la tarifa “Hablar y Navegar en Europa”, Vodafone les deberá dar la posibilidad de optar por las eurotarifas de Vodafone o por cualquier otra tarifa de itinerancia alternativa. En el caso de que estos clientes existentes no se hayan decantado por una opción dentro de ese plazo, Vodafone deberá aplicar automáticamente las eurotarifas de Vodafone. Tanto la notificación a los clientes existentes como la modificación de las tarifas de itinerancia deberá realizarse en todo caso en el plazo de un mes desde la notificación de la presente Resolución”.

De esta manera, y en cumplimiento de la citada medida cautelar, el 17 de mayo de 2013 Vodafone dejó de asociar automáticamente la tarifa de roaming “Hablar y Navegar en Europa” a los planes de precios nacionales RED y Base, según consta en su escrito de 6 de junio de 2013. A partir de dicha fecha, las nuevas altas en estos planes de precios nacionales no llevan asociada la tarifa de roaming “Hablar y Navegar en Europa”.

Respecto a los clientes que ya tenían contratados los planes de precios nacionales RED y Base, Vodafone procedió a cambiar la tarifa de roaming asociada antes de 10 de junio de 2013 (o en esa fecha como muy tarde). A partir de dicha fecha únicamente mantuvieron la tarifa de roaming “Hablar y Navegar en Europa” aquellos clientes que así lo manifestaron expresamente.

En conclusión, Vodafone asoció a sus planes de precios nacionales RED y Base la tarifa de roaming “Hablar y Navegar en Europa” durante el periodo comprendido entre el 12 de noviembre de 2012 y el 10 de junio de 2013.

A los anteriores antecedentes y hecho probado les son de aplicación los siguientes

III FUNDAMENTOS JURÍDICOS

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

Las competencias de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia para intervenir resultan de lo dispuesto en la normativa sectorial. De conformidad con el artículo 16 del Reglamento del Roaming, “1. *Las autoridades nacionales de reglamentación controlarán y supervisarán la observancia del presente Reglamento dentro de su territorio. [...] 5. Las autoridades nacionales de reglamentación podrán intervenir por propia iniciativa con el fin de garantizar la observancia del presente Reglamento. [...]*”.

Por su parte, el artículo 18 de dicho Reglamento, relativo a las sanciones, establece que “[L]os Estados miembros establecerán las normas sobre las sanciones aplicables a las infracciones a lo dispuesto por el presente Reglamento y adoptarán todas las medidas necesarias para garantizar la aplicación de las mismas. Las sanciones establecidas serán efectivas, proporcionadas y disuasorias. Los Estados miembros notificarán estas disposiciones a la Comisión”.

El artículo 288 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea dispone que “[P]ara ejercer las competencias de la Unión, las instituciones adoptarán reglamentos, directivas, decisiones, recomendaciones y dictámenes. El reglamento tendrá un alcance general. Será obligatorio en todos sus elementos y directamente aplicable en cada Estado”. Es decir, el Reglamento del Roaming es directamente aplicable en España.

El presente procedimiento fue iniciado por la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, en virtud de la habilitación competencial prevista en el Título VIII y en el artículo 58.a) de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones (en adelante, LGTel). Sin embargo, la Disposición Adicional Segunda, apartado 1, de la Ley 3/2013, señala que la constitución de la CNMC implicará la extinción, entre otros organismos, de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones.

En virtud de lo anterior, de conformidad con lo dispuesto en la Disposición Transitoria Quinta, apartado 1³, de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (en adelante, Ley CNMC), una vez constituida la CNMC y atendiendo a lo previsto en el artículo 20.2 de la citada Ley, el órgano competente para resolver el presente procedimiento es la Sala de Supervisión Regulatoria de la CNMC.

Tal y como señala el artículo 6 de la Ley CNMC “la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia realizará las funciones atribuidas por la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, y su normativa de desarrollo”.

³ La citada Disposición señala que los procedimientos iniciados con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 3/2013, de 4 de junio, continuarán tramitándose por los órganos de la autoridad a los que la citada Ley atribuye las funciones anteriormente desempeñadas por los organismos extinguidos.

El artículo 29 del citado texto legal dispone que “[L]a Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia ejercerá la potestad de inspección y sanción de acuerdo con lo previsto en el [...] Título VIII de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, [...]”.

En concreto, el artículo 48.4.m) de la LGTel señala que “[E]n las materias de telecomunicaciones reguladas en esta Ley, la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones ejercerá las siguientes funciones: [...] m) Cualesquiera otras que legal o reglamentariamente se le atribuyan o que le encomienden el Gobierno o el Ministerio de Industria, Turismo y Comercio”. En el mismo sentido se pronuncia el artículo 5 de la Ley CNMC al establecer que “[P]ara garantizar, preservar y promover el correcto funcionamiento, la transparencia y la existencia de una competencia efectiva en todos los mercados y sectores productivos, en beneficio de los consumidores y usuarios, la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia realizará la siguientes funciones: [...] i) Realizar cualesquiera otras funciones que le sean atribuidas por Ley o por Real Decreto”.

En aplicación de lo dispuesto en el Reglamento del Roaming, mediante notificación de 31 de julio de 2007, la Subdirección General de Organismos Internacionales de Telecomunicaciones y Sociedad de la Información, de la Secretaría de Estado de Telecomunicaciones y para la Sociedad de la Información, notificó a la Comisión Europea el reparto de responsabilidades a que se refiere dicho Reglamento. Conforme a dicha notificación “[L]a Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones es la Autoridad Nacional de Reglamentación responsable de las tareas que se identifican en los artículos 3, 4, 7.2, 7.3 (salvo lo relativo a la itinerancia involuntaria transfronteriza) y 8.1, así como de la supervisión y observancia de dichas tareas y de la aplicación de las sanciones que en su caso correspondan”.

Si bien los artículos se encuentran referidos al Reglamento del Roaming del 2007^[1], de conformidad con el Anexo II del Reglamento del Roaming de 2012, dichos artículos han de entenderse referidos a los artículos 7, 8, 16 y 17 -relativos a las eurotarifas del Reglamento actual-, a los que habría que añadir los nuevos servicios regulados SMS –artículo 10- y datos –artículo 13- del Reglamento actual, al tratarse igualmente de condiciones impuestas a los operadores en relación con las eurotarifas. El presente expediente se ha incoado precisamente por el incumplimiento de los artículos 8, 10 y 13 del Reglamento del Roaming, como se analizará en el apartado siguiente.

De conformidad con el artículo 48.4.f) de la LGTel, entre las funciones de esta Comisión se encuentra “[E]l ejercicio de la potestad sancionadora en los términos previstos por esta Ley”. En este sentido, el artículo 58 de la LGTel atribuye la competencia sancionadora a esta Comisión cuando se trate, entre otras, de infracciones muy graves tipificadas en los párrafos q) a x) del artículo 53.

¹ Reglamento (CE) nº 717/2007, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de junio de 2007, relativo a la itinerancia en las redes públicas de comunicaciones móviles en la Comunidad.

En aplicación de los preceptos citados, la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia tiene competencia para conocer sobre la conducta mencionada en los antecedentes de hecho y resolver sobre el incumplimiento de las condiciones para la prestación de servicios o la explotación de redes de comunicaciones electrónicas, de conformidad con el artículo 53 s) de la LGTel, que tipifica como infracción muy grave dicho incumplimiento.

El procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora se rige por lo establecido en la Ley CNMC y en la LGTel, así como, en lo no previsto en las normas anteriores, por la LRJPAC. Por otra parte, según el apartado 2 del artículo 29 de la Ley 3/2013, “[p]ara el ejercicio de la potestad sancionadora, se garantizará la debida separación funcional entre la fase instructora, que corresponderá al personal de la dirección correspondiente en virtud de la materia, y la resolutoria, que corresponderá al Consejo”.

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.

Por ser necesario para analizar la tipicidad de la conducta de Vodafone, con carácter previo se considera necesario analizar las obligaciones establecidas en el Reglamento del Roaming.

1. Sobre las obligaciones establecidas en el Reglamento del Roaming

El actual Reglamento del Roaming de 2012 es una refundición del Reglamento del Roaming de 2007 que fue modificado a su vez en el año 2009⁴, y cuyo objetivo, tal y como dispone su Considerando cuarto, es reducir las diferencias entre las tarifas móviles nacionales y las de itinerancia, al considerarse que los altos precios de los servicios itinerantes de voz, SMS y datos resultan un obstáculo para el consumidor en el uso de los dispositivos móviles en un país de la Unión Europea distinto del suyo, y que son motivo de preocupación para los consumidores, para las autoridades nacionales de reglamentación y las instituciones comunitarias.

El Reglamento del Roaming establece una serie de medidas estructurales consistentes en la imposición de una obligación de acceso itinerante al por mayor a los operadores de redes públicas de comunicaciones móviles, así como una venta por separado, en virtud de las cuales los prestadores nacionales permitirán a sus clientes acceder a los servicios regulados itinerantes de voz, SMS y datos prestados por cualquier proveedor alternativo, de tal manera que los consumidores podrán optar por la venta de servicios de itinerancia separadamente de su paquete móvil nacional.

⁴ Reglamento (CE) nº 544/2009, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 18 de junio de 2009, por el que se modifican el Reglamento (CE) nº 717/2007, relativo a la itinerancia en las redes públicas de telefonía móvil en la Comunidad, y la Directiva 2002/21/CE, relativa a un marco regulado común de las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas.

No obstante, tal y como señala el Considerando 41 del Reglamento del Roaming “[H]asta el momento en que las medidas estructurales hayan aportado una competencia suficiente al mercado interior de los servicios de itinerancia, lo que daría lugar a reducciones de los costes al por mayor que a su vez revertirían en los consumidores, el 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) Nº 544/2009 y que debe ampliarse con la eurotarifa de datos establecida en el presente Reglamento”. El Considerando 42 por su parte establece que “[...] Durante dicho período, 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”⁵.

Asimismo, el Reglamento prevé el establecimiento de unos mecanismos de transparencia de tal manera que, según el Considerando 47, “[D]urante el período de transición con límites de salvaguardia, todos los consumidores deben ser informados al respecto y tener la opción de elegir, sin costes adicionales ni condiciones previas, una tarifa de itinerancia simple que no sobrepase las tarifas máximas. [...] Las eurotarifas transitorias de voz, de SMS y de datos son medios apropiados para proporcionar al mismo tiempo protección al consumidor y flexibilidad al proveedor de itinerancia”.

En definitiva, el Reglamento del Roaming estableció una serie de medidas estructurales que se aplicarán a partir del 1 de julio de 2014, y en tanto no entren en vigor estas medidas y produzcan los efectos esperados sobre la competencia en los servicios de comunicaciones electrónicas de itinerancia, el Reglamento ha establecido unas tarifas máximas (eurotarifas) y unos mecanismos de transparencia de estas eurotarifas frente a los clientes que el operador debe respetar o fomentar “activamente”, como señala la norma.

A continuación, se describen las eurotarifas establecidas en el Reglamento del Roaming.

El artículo 8 del Reglamento del Roaming, relativo a las *Tarifas al por menor para llamadas itinerantes reguladas*, establece lo siguiente:

“1. Los proveedores de itinerancia deberán facilitar y ofrecer activamente a todos sus clientes itinerantes, con claridad y transparencia, una eurotarifa de voz de conformidad con el apartado 2. Dicha tarifa no llevará aparejada suscripción alguna ni cualesquiera otros cargos fijos o periódicos y podrá combinarse con cualquier tarifa al por menor.

[...] 3. Los proveedores de itinerancia aplicarán automáticamente una eurotarifa de voz a todos los clientes itinerantes existentes, excepción hecha

⁵ De aquí en adelante, el subrayado es nuestro.

de los clientes itinerantes que hayan optado deliberadamente por un paquete o tarifa específica de itinerancia en virtud de la cual se beneficien de una tarifa para las llamadas en itinerancia reguladas distinta de la que se les habría aplicado en ausencia de dicha opción.

4. Los proveedores de itinerancia aplicarán una eurotarifa de voz a todos los clientes itinerantes nuevos que no seleccionen deliberadamente una tarifa de itinerancia distinta o una oferta tarifaria referida a los servicios de itinerancia que incluya una tarifa distinta para llamadas reguladas”.

El artículo 10, relativo a las *Tarifas al por menor de los mensajes SMS itinerantes regulados*, se manifiesta en el mismo sentido:

“1. Los proveedores de itinerancia deberán facilitar y ofrecer activamente a todos sus clientes itinerantes, con claridad y transparencia, una eurotarifa SMS de conformidad con el apartado 2. La eurotarifa SMS no comportará ningún abono anejo a ningún otro cargo fijo o recurrente, y podrá combinarse con cualquier tarifa al por menor, sin perjuicio de lo dispuesto en el presente artículo.

[...] 4. Los proveedores de itinerancia aplicarán automáticamente una eurotarifa SMS a todos sus clientes itinerantes existentes, excepción hecha de aquellos que ya hubieran optado deliberadamente por una oferta o tarifa de itinerancia específica en virtud de la cual se beneficien de una tarifa para los mensajes SMS itinerantes regulados diferente de la que se aplicaría en ausencia de ella.

5. Los proveedores de itinerancia aplicarán una eurotarifa SMS a todos los clientes itinerantes nuevos que no seleccionen deliberadamente una tarifa SMS itinerante distinta o una oferta tarifaria referida a los servicios itinerantes que incluya una tarifa distinta para los mensajes SMS itinerantes regulados”.

Por su parte, el artículo 13, referido a las *Tarifas al por menor de los servicios itinerantes de datos regulados*, dispone:

“1. Los proveedores de itinerancia deberán facilitar y ofrecer activamente a todos sus clientes itinerantes, con claridad y transparencia, una eurotarifa de datos según lo previsto en el apartado 2. Esta Eurotarifa de datos no llevará aparejada suscripción alguna ni cualesquiera otros cargos fijos o periódicos y podrá combinarse con cualquier tarifa al por menor. [...]

3. A partir del 1 de julio de 2012, los proveedores de itinerancia aplicarán automáticamente una eurotarifa de datos a todos sus clientes itinerantes existentes, excepción hecha de aquellos que ya hubieran optado por una tarifa de itinerancia específica, o ya disfrutaran de una tarifa manifiestamente inferior a la eurotarifa de datos o ya hubieran optado por una oferta en virtud de la cual se beneficien para los servicios itinerantes de datos regulados de una tarifa diferente de la que se les aplicaría en ausencia de ella.

4. A partir del 1 de julio de 2012, los proveedores de itinerancia aplicarán una eurotarifa de datos a todos los clientes itinerantes nuevos que no hayan

seleccionado deliberadamente una tarifa de datos en itinerancia que incluya una tarifa distinta para los servicios itinerantes de datos regulados”.

Finalmente, con el fin de interpretar la regulación anterior correctamente, resulta conveniente reproducir los Considerandos 48, 69 y 77 del Reglamento, según los cuales:

“(48) Durante el período de transición con los límites de salvaguardia, los nuevos clientes itinerantes deben ser plenamente informados de forma clara y comprensible del repertorio de tarifas que existen para la itinerancia dentro de la Unión, incluyendo las conformes a las eurotarifas de voz, de SMS y de datos transitorias. A los clientes itinerantes existentes se les debe dar la posibilidad de optar por una nueva tarifa conforme con las eurotarifas de voz, de SMS y de datos transitorias o por cualesquiera tarifas de itinerancia dentro de un plazo determinado. Para los clientes itinerantes existentes que no se hayan decantado por una opción dentro de ese plazo, procede distinguir entre los que optaron por un paquete o una tarifa específica de itinerancia antes de la entrada en vigor del presente Reglamento y los que no. Estos últimos deben acceder automáticamente a una tarifa que cumpla con el presente Reglamento. A los clientes itinerantes que ya dispongan de un paquete o de una tarifa específica de itinerancia que satisfaga sus necesidades individuales y que hayan elegido por tal razón, se les debe mantener en la tarifa o paquete que hayan seleccionado previamente si, tras habérseles recordado sus condiciones tarifarias actuales y las de las eurotarifas vigentes, comunican su opción de mantener dicha tarifa a su proveedor de itinerancia. Estos paquetes o tarifas específicas de itinerancia podrían incluir, por ejemplo, tarifas planas de itinerancia, tarifas no públicas, tarifas con costes fijos adicionales de itinerancia, tarifas con cargos por minuto inferiores a las eurotarifas de voz, de SMS o de datos máximas o tarifas con precios específicos de establecimiento de la comunicación. [...]

(69) Debe aplicarse automáticamente una eurotarifa SMS a cualquier cliente itinerante nuevo o existente, que no haya elegido deliberadamente o no elija deliberadamente una tarifa de itinerancia especial para SMS o una oferta de servicios de itinerancia que incluya el SMS itinerante. [...]

(77) Debe aplicarse automáticamente una eurotarifa de datos a cualquier cliente itinerante, existente o nuevo, que no haya elegido deliberadamente o no elija deliberadamente una tarifa de itinerancia especial para datos o un paquete de servicios de itinerancia que incluya servicios itinerantes de datos regulados”.

2. Sobre la conducta de Vodafone

El presente procedimiento sancionador se incoó a Vodafone por asociar automáticamente a sus planes de precios nacionales RED y Base la tarifa “Hablar y Navegar en Europa”.

Los artículos 8.1, 10.1 y 13.1 del Reglamento del Roaming establecen que “*los proveedores de itinerancia deberán facilitar y ofrecer activamente a todos sus clientes itinerantes, con claridad y transparencia, una eurotarifa*” de voz, SMS y datos.

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 del 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.

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 aun, 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 precios 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 eurotarifas⁶.

Esto resulta contrario a lo dispuesto en el Reglamento del Roaming. En esta línea, el ORECE⁷ pone de manifiesto en sus Directrices sobre el Reglamento de Roaming⁸ que en el marco de los artículos 8.1, 10.1 y 13.1 del citado Reglamento, las tarifas minoristas para servicios distintos de aquellos servicios de voz, SMS y datos en itinerancia regulados (como son tarifas de voz y SMS tanto nacionales o internacionales, tarifas de datos en movilidad, etc...) no se deben ofrecer de forma que no se permita combinarlos con las eurotarifas de voz, SMS o datos⁹.

Asimismo, esta circunstancia se encuentra corroborada por lo dispuesto en el artículo 8 -apartados 3 y 4-, artículo 10 -apartados 3 y 4- y artículo 13 -apartados 3 y 4-, que establecen una serie de previsiones para los clientes existentes a la entrada en vigor del Reglamento del Roaming y para los clientes que se dan de alta con posterioridad, y que, trasladadas estas previsiones al momento inicial de la

⁶ En las condiciones legales del plan de precios Red o Base ni siquiera se informaba de la posibilidad de contratar las eurotarifas.

⁷ ORECE: Organismo de Reguladores Europeos de las Comunicaciones Electrónicas.

⁸ Apartado de empaquetamientos de tarifas minoristas de itinerancia reguladas y otras tarifas minoristas de las Directrices del ORECE sobre el Reglamento del Roaming. Documento publicado en marzo de 2013. *BoR (13) 15 - BEREC GUIDELINES ON ROAMING REGULATION (EC) NO 531/2012 (Excluding articles 3, 4 and 5 on wholesale access and separate sale of services)*.

⁹ “6. Article 8(1), Article 10(1) and Article 13(1) provide that a Euro-voice tariff, Euro-SMS tariff and Euro-data tariff, respectively, may be 'combined with any retail tariff'. Therefore retail tariffs for services other than regulated voice roaming calls, regulated roaming SMS or regulated roaming data services (e.g. tariffs for domestic and international voice calls, for domestic and international SMS and for mobile data services) must not be offered on the basis that they cannot be combined with the Euro-voice tariff, the Euro-SMS tariff or the Euro-data tariff”.

comercialización de los planes de precios RED o Base –en lugar de estimarse el momento de la entrada en vigor del Reglamento-, se pueden aplicar al presente caso de la misma manera, pero teniendo en cuenta si el cliente era nuevo o existente en el momento de contratar los planes de precios Red o Base.

Respecto a los **clientes nuevos** en Vodafone que contratan los planes de precios RED o Base, según el Reglamento del Roaming, se les aplicarán las eurotarifas cuando “no seleccionen **deliberadamente** una tarifa de itinerancia distinta o una oferta tarifaria referida a los servicios de itinerancia que incluyan una tarifa distinta para las llamadas itinerantes reguladas” (artículo 8.4, 10.5 y 13.4. del Reglamento del Roaming).

Es decir, según estos artículos, a los clientes nuevos se les deberán aplicar las eurotarifas, a no ser que *“deliberadamente”* seleccionen una *“tarifa de itinerancia distinta”* o una *“oferta tarifaria referida a los servicios de itinerancia”* que incluya una tarifa distinta para las llamadas, SMS o datos regulados. Resulta decisivo el adverbio *“deliberadamente”* que recoge el Reglamento y la referencia expresa que hace a que ese acto deliberado haya de estar referido a una *“tarifa de itinerancia distinta”* o a una *“oferta tarifaria referida a los servicios de itinerancia”*.

En efecto, el acto de elegir unas tarifas de roaming distintas de las eurotarifas ha de ser voluntario, intencionado o hecho a propósito¹⁰, circunstancia que no se cumple en el presente caso, puesto que la tarifa “Hablar y Navegar en Europa” estaba asociada automáticamente a los planes de precios RED y Base sin permitirse contratar otras tarifas –al inicio-, ni informar claramente sobre otras posibilidades de contratación, por lo que los nuevos clientes estarían contratando voluntaria e intencionadamente las tarifas nacionales RED o Base, pero no la tarifa de roaming que estos planes de precios llevaban asociada.

Es más, 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”.

Si bien este cambio contribuyó sin duda a mejorar la transparencia de estas tarifas de cara al usuario, con esta inclusión no puede entenderse tampoco que Vodafone estuviera cumpliendo el Reglamento. En efecto, de los artículos transcritos del Reglamento del Roaming se desprende que, dado que el acto de contratar la tarifa de roaming ha de ser intencionado o hecho a propósito, esto no ocurre si la tarifa de

¹⁰ Según definición de la RAE.

roaming está asociada automáticamente al plan de precios nacional y no se permite al usuario contratar las eurotarifas.

En relación con los **clientes existentes** (ya en planta) en Vodafone cuando empezaron a comercializarse los planes de precios RED y Base, habría que distinguir también entre aquellos clientes que con carácter previo a la contratación de las tarifas RED o Base tenían asociadas las eurotarifas de Vodafone de aquellos otros que tenían contratada una tarifa específica de roaming.

Respecto de los primeros, los clientes existentes que tenían contratadas las eurotarifas de Vodafone y que, posteriormente, contrataron los planes de precios RED o Base, al haber realizado un cambio de tarifa y ser nuevos en la tarifa RED o Base, debían recibir el mismo tratamiento, mencionado anteriormente que los clientes nuevos en Vodafone: tenía que producirse un acto deliberado de contratación de un *paquete o tarifa específica de itinerancia*, circunstancia que no se cumple en el presente caso.

Dado que la tarifa “Hablar y Navegar en Europa” estaba asociada a los planes de precios RED y Base, estos clientes existentes estaban contratando voluntaria e intencionadamente las tarifas nacionales RED o Base, pero no la tarifa alternativa de roaming.

Por su parte, el supuesto de los clientes existentes que hubieran contratado una tarifa específica de roaming con anterioridad a la contratación del plan de precios RED o Base, debe asemejarse al supuesto recogido en los artículos 8.3, 10.4 y 13.3 del Reglamento, es decir, a la de aquellos clientes existentes a la entrada en vigor del Reglamento del Roaming que tuvieran seleccionada una tarifa específica de roaming. De acuerdo con estos artículos, a estos clientes se les podría considerar como clientes existentes que habrían optado deliberadamente por contratar esa tarifa alternativa (excepción que hace el artículo a la aplicación automática de la eurotarifa), puesto que en este caso voluntaria e intencionadamente habían elegido una tarifa de roaming distinta de la eurotarifa, tal y como indican estos artículos.

No obstante lo anterior, en este caso el procedimiento a seguir debería haber sido el recogido en el Considerando 48 del Reglamento “[A] los clientes itinerantes que ya dispongan de un paquete o de una tarifa específica de itinerancia que satisfaga sus necesidades individuales y que hayan elegido por tal razón, se les debe mantener la tarifa o paquete que hayan seleccionado previamente si, tras habérseles recordado sus condiciones tarifarias actuales y la de las eurotarifas vigentes, comunican su opción de mantener dicha tarifa a su proveedor de itinerancia”. En definitiva, respecto a estos clientes tampoco se les debía asociar automáticamente a la contratación de un plan de precios nacional una tarifa alternativa de roaming, pues tal y como dispone el Reglamento, es preciso que previamente se les hubiera dado la posibilidad de elegir entre la tarifa alternativa que disponían (o la tarifa “Hablar y Navegar en Europa”) o la eurotarifa y sólo en el caso de que así lo hubieran manifestado expresamente, se les debería haber mantenido esa tarifa alternativa.

En definitiva, 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.

Conclusión

Por todo lo anterior, del análisis llevado a cabo en la instrucción del presente expediente, así como de las consideraciones que se han vertido en el Hecho Probado Único, se concluye que Vodafone, durante el periodo comprendido entre el 12 de noviembre de 2012 y el 10 de junio de 2013, ha incumplido los artículos 8, 10 y 13 del Reglamento del Roaming al asociar automáticamente a la contratación de los planes de precios nacionales RED y Base la tarifa de roaming “Hablar y Navegar en Europa”, sin ofrecer al cliente al mismo tiempo la posibilidad de elegir las eurotarifas.

De conformidad con lo anterior, cabe concluir que Vodafone ha incurrido en una infracción administrativa de carácter muy grave, tipificada en el apartado s) del artículo 53 de la LGTel, consistente en el incumplimiento grave o reiterado de las condiciones para la prestación de servicios o explotación de redes de comunicaciones electrónicas.

Alegaciones de Vodafone en relación con la tipificación del hecho probado y contestación

En sus alegaciones al acuerdo de inicio del presente procedimiento sancionador Vodafone señalaba que dado que *“entrega[ba] a los clientes en el momento de la contratación de cualquier tarifa RED y Base una ficha con los detalles de la tarifa elegida”* en la que se incluía *“como condición particular en roaming la tarifa “Hablar y Navegar en Europa 4€” [...] para Vodafone el cliente contrataba expresamente esta tarifa junto con los planes RED y Base”*. Por ello, Vodafone consideraba que *“existe la posibilidad razonada de defender que la forma en que se comercializaba la “Tarifa Hablar y Navegar en Europa” cumplía con las previsiones recogidas en el Reglamento del Roaming”*.

Pues bien, esta alegación no puede ser aceptada de conformidad con lo señalado con anterioridad. El hecho de que la aplicación de la tarifa “Hablar y Navegar en Europa” figurase en las condiciones particulares de los planes de precios nacionales RED y Base y de que Vodafone modificara la información que figuraba en su página web -incluyendo esta condición particular en el apartado correspondiente en dichos planes de precios nacionales RED y Base y no en un apartado distinto, relativo a “Viajar al extranjero”- contribuye sin duda a mejorar la transparencia de dicha tarifa al usuario. Sin embargo, esta transparencia hacia el usuario no evita la concurrencia de la infracción, puesto que ésta consiste en la aplicación automática exclusiva de una tarifa alternativa de roaming al contratar un plan de precios nacional.

Tal y como se ha indicado, los clientes de Vodafone, al darse de alta en los planes de precios RED y Base, estaban contratando voluntaria e intencionadamente estos planes de precios nacionales, pero no la tarifa de roaming que estos planes de precios llevaban asociada, lo que constituye un incumplimiento del Reglamento del

Roaming. Además, aunque algunos usuarios hayan conocido la tarifa contratada, no se les informaba ni permitía contratar la eurotarifa desde un primer momento.

La propia Vodafone reconoce en sus alegaciones al acuerdo de inicio que la tarifa “Hablar y Navegar en Europa” no era recomendable *“para aquellos clientes que tuvieran la intención de hacer poco uso de los servicios de telecomunicaciones en Europa”*, en cuyo caso indica que siempre podían solicitar el cambio a las eurotarifas. Por otra parte, en sus alegaciones a la propuesta de Resolución, Vodafone manifiesta que *“respecto a la naturaleza de los perjuicios causados, no se puede achacar a VODAFONE que los clientes, que eran informados de la tarifa de roaming que contrataban, [...] no hicieran un uso racional de la tarifa de la tarifa “Hablar y Navegar en Europa”*.

Pues bien, precisamente esta consecuencia o situación es la que pretende evitar el Reglamento del Roaming, y por eso establece la aplicación automática de la eurotarifa, a no ser que deliberadamente se hubiera seleccionado una tarifa alternativa. El hecho de que un abonado tenga que elegir deliberadamente una tarifa fomenta que éste persiga un uso óptimo¹¹ de dicha tarifa, en función de sus necesidades de comunicación. Vodafone, al no indicar la tarifa asociada y al vincularla por defecto, motivó que sus abonados pudieran desconocer las condiciones económicas de dicha tarifa, de forma que no sacaran provecho de ella o que no la contrataran precisamente los abonados que fueran a sacar provecho de ella.

Por ello, no puede aceptarse la alegación de Vodafone de que *“existe la posibilidad razonada de defender que la forma en que se comercializaba la tarifa “Hablar y Navegar en Europa” cumplía con las previsiones del Reglamento del Roaming”*. En efecto, tal y como se ha señalado, los clientes de Vodafone no podían contratar los planes de precios nacionales Red y Base sin contratar a su vez la tarifa “Hablar y Navegar en Europa”, es decir, no podían, en el mismo acto de la contratación de RED y Base, seleccionar las eurotarifas (u otra tarifa alternativa de roaming), sino que tenían que contratar la tarifa “Hablar y Navegar en Europa” y, posteriormente, solicitar el cambio a las eurotarifas.

Esta circunstancia resulta contraria a lo dispuesto en el Reglamento del Roaming, que reconoce el derecho de los clientes a elegir las eurotarifas o cualquier tarifa alternativa de roaming distinta, tal y como dispone el Considerando 47 *“[D]urante el período de transición con límites de salvaguardia, todos los consumidores deben ser informados al respecto y tener la opción de elegir, sin costes adicionales ni condiciones previas, una tarifa de itinerancia simple que no sobrepase las tarifas máximas”*.

Por otra parte, en sus alegaciones a la propuesta de Resolución, Vodafone alega que *“en Grecia, Hungría y Países Bajos, tres operadores pertenecientes al Grupo Vodafone han lanzado la tarifa “Hablar y Navegar en Europa” de forma conjunta con*

¹¹ Aunque Vodafone se refiere al uso “racional” de las tarifas, esta Comisión prefiere usar el término “óptimo” para referirse a que un abonado saca provecho o utiliza de forma adecuada una determinada tarifa que contrate para satisfacer sus necesidades.

los planes RED¹², de manera similar a cómo hizo VODAFONE en España y sin que hasta la fecha ninguno de los respectivos reguladores nacionales hayan puesto ningún impedimento a esta comercialización". En base a este hecho, Vodafone añade que "la calificación de una misma actuación en España como infracción muy grave, cuando en otros países es permitida como compatible con el Reglamento de Roaming atenta contra los principios más básicos de aplicación coherente y uniforme que exige la propia naturaleza del Reglamento".

Esta Comisión comparte la consideración de Vodafone relativa a que la aplicación del Reglamento de Roaming debe realizarse de la forma más uniforme posible en todos los países donde sea de aplicación. Sin embargo, procede hacer las siguientes consideraciones en relación con esta alegación:

- Corresponde a las Autoridades nacionales de reglamentación competentes en cada Estado Miembro controlar y observar el cumplimiento del Reglamento del Roaming en sus respectivos países, tal y como se ha señalado en el apartado relativo a la Habilitación competencial, y en el marco de dichas competencias esta Comisión ha incoado y resuelve el presente procedimiento.
- La interpretación de esta Comisión sobre la aplicación del Reglamento del Roaming está 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.
- 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.

En su escrito de alegaciones Vodafone afirma por primera vez que sigue esta práctica en Grecia, Hungría y Países Bajos. Vodafone no aporta las autorizaciones ni acredita de alguna forma la posición oficial de las ANR de los países mencionados en relación con la aplicación por defecto de tarifas alternativas a los usuarios sin la posibilidad de que puedan elegir las eurotarifas, de manera que se puedan confirmar los términos señalados por la compañía.

Esta Comisión no ha tenido constancia de que Vodafone haya recibido la confirmación o autorización de llevar a cabo dicha conducta en ningún país europeo **[CONFIDENCIAL]**.

Adicionalmente, en sus alegaciones a la propuesta de Resolución, Vodafone manifiesta que su conducta no puede encajarse en el tipo infractor recogido en el artículo 53.s) de la LGTel puesto que su conducta no es ni grave ni reiterada, dado que:

¹² Los planes de precios BASE solo se han lanzado en España.

- a) *“el cliente en el momento de la contratación recibía la información relativa a la “Tarifa Hablar y Navegar” y que aceptaba su activación de forma explícita al contratar los Planes RED y Base”.*
- b) *“En el momento de contratación, [...], podía solicitar la activación de las eurotarifas...”.*
- c) *Su conducta no “puede calificarse como reiterada, ya que reiteración supone la habitualidad en la comisión de infracciones [...] tal y como la CNMC reconoce en su propuesta de Resolución”.*

En relación con esta alegación, ya se ha indicado anteriormente que en el mismo acto de contratación de los planes de precios RED y Base el abonado no podía 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.

En cuanto a la reiteración, la infracción recogida en el artículo 53.s) (*“incumplimiento grave o reiterado”*) no exige que exista necesariamente la componente de reiteración, sino que también concurre el tipo de infracción muy grave si el incumplimiento de las condiciones para la prestación del servicio de comunicaciones electrónicas es grave a juicio de esta Comisión. En el presente caso, la conducta de Vodafone se considera como muy grave al incumplir un requisito esencial establecido en el Reglamento del Roaming, durante un periodo de 7 meses y habiendo informado anteriormente la CMT sobre su interpretación del Reglamento, sin modificar Vodafone su práctica hasta dictar ese organismo una medida cautelar. En este sentido, la magnitud de los beneficios que obtuvo Vodafone durante el periodo de tiempo que mantuvo la comercialización conjunta de estos planes de precios con la tarifa “Hablar y Navegar en Europa” pone de manifiesto la gravedad de su conducta.

Por todo lo anterior, no cabe aceptar esta alegación de Vodafone.

Tercero.- Culpabilidad en la comisión de la infracción.

De conformidad con la Jurisprudencia y doctrina mayoritarias, 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 debe ser imputable a un sujeto pasivo responsable de dicha conducta, esto es, que exista un nexo psicológico entre el hecho y el sujeto.

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”.*

En efecto, 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

imprudencia¹³. En consecuencia, cabe atribuir responsabilidad a título de simple negligencia, entendida como la falta de diligencia debida para evitar un resultado antijurídico, previsible y evitable.

La consideración conjunta de lo dispuesto por el artículo 130.1 de la LRJPAC y el artículo 1104 del Código Civil¹⁴ 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. 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, el dolo exige que concurren dos elementos: uno intelectual y otro volitivo. El primero implica que el autor tenga 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.

En la normativa sectorial de comunicaciones electrónicas 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 LGTel¹⁵, donde el ilícito debe cometerse de forma deliberada, y otros como el artículo 53 s) de la misma norma (cuyo incumplimiento se sanciona en el presente procedimiento), en el que no se exige la concurrencia de dolo, siendo suficiente la negligencia consistente en el incumplimiento grave o reiterado de las condiciones para la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas, lo que equivale a una infracción del deber de cuidado que era exigible y cuyo resultado podría haberse previsto.

En el presente caso, tal y como ya se ha señalado, se imputa a Vodafone una conducta antijurídica, consistente en el incumplimiento del Reglamento del Roaming

¹³ Por todas, la STS de 3 de marzo de 2003 (RJ 2003\2621), indica 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”*.

¹⁴ Artículo 1104 CC: *“La culpa o negligencia del deudor consiste en la omisión de aquella diligencia que exija la naturaleza de la obligación y corresponda a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar. Cuando la obligación no exprese la diligencia que ha de prestarse en su cumplimiento, se exigirá la que correspondería a un buen padre de familia”*.

¹⁵ 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”*.

que establece unas condiciones específicas para la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas en itinerancia.

Valorado el elemento intelectual de la culpabilidad en el procedimiento de referencia, la propuesta de resolución emitida tras la instrucción del procedimiento consideró que Vodafone era plenamente consciente de que al asociar automáticamente a sus planes de precios nacionales una tarifa alternativa de roaming distinta de las eurotarifas estaba incumpliendo el Reglamento del Roaming, lo que implicaba el tipo infractor definido en la LGTel, es decir, conocía su significación jurídica.

La regulación del roaming lleva vigente desde el año 2007, fecha en la que entró en vigor el primer Reglamento del Roaming y por el que se introdujo la eurotarifa de voz, y que Vodafone ha respetado desde entonces las previsiones en él contenidas así como las introducidas en la modificación posterior que tuvo lugar en el año 2009 para la inclusión de la eurotarifa de SMS y las salvaguardas en relación con el servicio itinerante de datos regulados.

Tanto en el Reglamento del 2007 como en la modificación del 2009 se contemplaban medidas similares a las establecidas en el Reglamento del Roaming del 2012, cuyo incumplimiento es objeto del presente procedimiento sancionador, y que Vodafone venía respetando hasta la introducción de los planes de precios nacionales RED y Base. Así, por ejemplo, el Considerando 24 del Reglamento del Roaming de 2007 establecía “[L]os nuevos clientes itinerantes deben ser plenamente informados del repertorio de tarifas que existen para la itinerancia dentro de la Comunidad, incluyendo las conformes con la Eurotarifa. A los clientes itinerantes existentes se les debe dar la posibilidad de optar por una nueva tarifa conforme con la Eurotarifa o por cualquier otra tarifa de itinerancia dentro de un plazo determinado. Para los clientes existentes que no se hayan decantado por una opción dentro de ese plazo, procede distinguir entre los que optaron por un paquete o una tarifa específica de itinerancia antes de la entrada en vigor del presente Reglamento y los que no. Esto últimos deben acceder automáticamente a una tarifa que cumpla con el presente Reglamento. A los clientes itinerantes que ya dispongan de un paquete o de una tarifa específica de itinerancia que satisfaga sus necesidades individuales y que hayan elegido por tal razón, se les debe mantener en la tarifa o paquete que hayan seleccionado previamente si, tras haberseles recordado sus condiciones tarifarias actuales, omiten ejercer su opción en el plazo previsto”. En el mismo sentido el artículo 4 de dicho Reglamento contiene previsiones similares a las recogidas en los artículos 8, 10 y 13.

Tal 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”. Es más, tal y como consta en el Hecho Probado único, no fue hasta junio de 2013 cuando Vodafone, en cumplimiento de lo dispuesto en la medida cautelar adoptada en la Resolución de inicio del presente

procedimiento sancionador que Vodafone cesó en la comercialización conjunta de esta tarifa alternativa de roaming, es decir, en cumplimiento de una medida cautelar adoptada por esta Comisión.

Por lo anterior, la propuesta de resolución emitida tras la instrucción del procedimiento señalaba que Vodafone tenía perfecto conocimiento de estar llevando a cabo una conducta antijurídica y que por ello concurría en consecuencia el requisito de culpabilidad en la actuación de Vodafone, al quedar probado, a título doloso, su voluntad de llevar a cabo la conducta reprochada (elemento volitivo), siendo plenamente consciente de su incumplimiento (elemento intelectual).

En sus alegaciones a la propuesta de Resolución, Vodafone manifiesta que *“De considerar que estaba cometiendo una infracción VODAFONE ni habría dado publicidad en su página web sobre las condiciones de la comercialización de las “Tarifa Hablar y Navegar en Europa” junto con los planes RED y Base ni hubiera continuado comercializándola conjuntamente a los planes RED y Base en el momento en el que la CNMC le comunicó que iba a iniciar un periodo de información previa después consultar la información que contenía la página web de VODAFONE”*.

Tras las alegaciones recibidas de Vodafone, se percibe que dicha conducta pudiera no haber sido cometida a título de dolo, al haber comercializado paquetes de precios similares en algún país de la UE, y no haberse prohibido dicha práctica con anterioridad. Por ello, se imputa finalmente la conducta a título de culpa, no por no conocer Vodafone la conducta y la regulación del roaming aplicable –en la medida en que es una interpretación que se desprende claramente de los artículos mencionados anteriormente, y de que la CMT le comunicó que cesase en esta práctica con anterioridad a la incoación del procedimiento sancionador-, sino por no quedar probado suficientemente el elemento volitivo, consistente en la intención de llevar a cabo la conducta antijurídica.

De todo lo anterior, se concluye la existencia de culpabilidad por parte de Vodafone en base a los hechos que configuran el tipo infractor del que trae causa el presente procedimiento sancionador.

Cuarto.- Criterios de graduación de la sanción.

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, se considera que no concurre en el presente caso ninguna causa de agravación ni de atenuación de la responsabilidad.

Quinto.- Sanción aplicable a la infracción.

1.- Límite legal.

La LGTel fija unas reglas para fijar la cuantía máxima que puede imponerse en la sanción de infracciones, estableciéndose por otra parte también 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 56.1 b) de la LGTel,

“b) Por la comisión de las demás infracciones muy graves [entre las que se incluye las del artículo 53 s)] 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”.

El criterio del beneficio bruto es aplicable al presente procedimiento. En efecto, el beneficio bruto de la conducta desplegada por Vodafone puede calcularse como la diferencia entre los ingresos obtenidos por la prestación de servicios de itinerancia a través de la tarifa “Hablar y Navegar en Europa” en líneas móviles vinculadas a los planes de precios nacionales RED y Base menos los ingresos que hubiera obtenido Vodafone si hubiera aplicado las tarifas minoristas máximas establecidas en el Reglamento del Roaming¹⁶ durante el periodo en que Vodafone mantuvo la comercialización de la tarifa “Hablar y Navegar en Europa” vinculada a los planes de precios RED y Base.

En la siguiente tabla se indican las eurotarifas vigentes en el periodo comprendido entre 1 julio de 2012 al 30 de junio de 2013.

Precio máximo minorista - Eurotarifas del periodo 1/07/2012 al 30/06/2013	
Minuto por llamada saliente	0,29 €
Minuto llamada entrante	0,08 €
SMS saliente	0,09 €
MB datos	0,70 €

Para el cálculo de dicho beneficio bruto, con fecha 5 de julio de 2013 se procedió a requerir a Vodafone la siguiente información:

“1. Líneas móviles totales vinculadas a los planes de precios nacionales “RED” o “Base” que han demandado servicios de roaming a través de la tarifa “Hablar y Navegar en Europa”. Se deberán incluir en dicho cómputo todas aquellas líneas móviles vinculadas a planes precios nacionales “RED” o “Base” y que adicionalmente han demandado servicios de roaming dentro de la Unión Europea, siendo facturadas por ello con la tarifa “Hablar y Navegar en Europa”.

¹⁶ Las eurotarifas vigentes en el periodo analizado se corresponden con las aprobadas para el periodo comprendido de 1/07/2012 a 30/06/2013 de acuerdo con el Reglamento del Roaming.

2. Ingresos obtenidos por los servicios de itinerancia a través de la tarifa “Hablar y Navegar en Europa” en líneas móviles vinculadas a los planes de precios nacionales “RED” y “Base”. Se deberán incluir los ingresos procedentes de las líneas contabilizadas en el apartado 1 originados únicamente por el uso del bono diario (4 €/día) y se deberán excluir los ingresos adicionales procedentes del exceso de consumo tarifado fuera del bono diario “Hablar y Navegar en Europa”¹⁷.

3. Consumo de servicios de itinerancia a través de la tarifa “Hablar y Navegar en Europa” en líneas vinculadas a los planes de precios nacionales “RED” y “Base”. En este apartado se deberá incluir el tráfico real de itinerancia demandado por las líneas contabilizadas en el apartado 1 e incluido dentro del bono diario de la tarifa “Hablar y Navegar en Europa” y se deberá excluir el tráfico facturado por exceso de consumo y tarifado fuera del bono diario “Hablar y Navegar en Europa”.

a) Llamadas de voz. Para el caso del consumo de voz se facilitarán los datos de acuerdo con la siguiente tabla:

Llamadas de voz

	Llamadas realizadas	Llamadas recibidas
Nº de llamadas (total)		
Tráfico total (miles de minutos)		
Nº de llamadas con duración inferior a 30 segundos ¹⁸		
Tráfico (miles de minutos) de llamadas con una duración inferior a 30 segundos.		

b) Tráfico total (miles de mensajes) de mensajes SMS enviados.

c) Tráfico total (miles de MB) de servicio de datos.”

¹⁷ De acuerdo con las Condiciones particulares de la tarifa “Hablar y Navegar en Europa” “una vez consumidos los 20 minutos, 20 SMS o 20 MB diarios, se aplicará tarificación correspondiente a cada uno de estos conceptos según la tarifa en roaming que tuviera el cliente activa previamente”.

¹⁸ De acuerdo con el artículo 8.2 párrafo cuarto del Reglamento del Roaming “[E]l proveedor de itinerancia podrá aplicar un periodo mínimo de tarificación inicial no superior a 30 segundos a las llamadas efectuadas sujetas a una eurotarifa de voz”.

En contestación a dicho requerimiento, Vodafone remitió un escrito con fecha de entrada en el Registro de esta Comisión el 26 de julio de 2013. En dicho escrito, Vodafone señaló que desde que lanzó comercialmente sus tarifas RED y Base junto con la tarifa “Hablar y Navegar en Europa” (12 de noviembre de 2012) hasta la fecha en que finalizó la vinculación de ambas tarifas (10 junio de 2013), se aplicó dicha tarifa a [CONFIDENCIAL] líneas que estuvieron en itinerancia.

De acuerdo con las condiciones de la tarifa “Hablar y navegar en Europa” y el volumen de llamadas, SMS y datos cursados, Vodafone obtuvo unos ingresos de [CONFIDENCIAL]. Sin embargo, si Vodafone hubiera aplicado las tarifas minoristas máximas establecidas en el Reglamento del Roaming en dicho periodo, hubiera obtenido unos ingresos de [CONFIDENCIAL] para el mismo volumen de tráfico cursado por sus clientes indicados en la tabla inferior. Es decir, Vodafone ingresó [CONFIDENCIAL] más de lo que habría ingresado si hubiera aplicado por defecto las eurotarifas, lo que supone un incremento del 128%, y este beneficio bruto se produjo en tan solo los 7 meses que Vodafone mantuvo la asociación de la tarifa “Hablar y navegar en Europa” a los planes de precios nacionales RED y Base.

La siguiente tabla muestra el cálculo del beneficio obtenido por Vodafone:

[CONFIDENCIAL]

De acuerdo con lo dispuesto en el citado artículo 56.1.b) de la LGTel “[P]or la comisión de las demás infracciones muy graves 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”. Tomando en consideración el beneficio bruto obtenido por Vodafone con la comercialización conjunta de la tarifa “Hablar y Navegar en Europa”, el límite máximo de la sanción que se le puede imponer a Vodafone es de [CONFIDENCIAL] siendo el límite mínimo de la misma [CONFIDENCIAL].

2.- Determinación de la sanción.

La aplicación de los criterios citados otorga a esta Comisión un cierto grado de flexibilidad a la hora de fijar la cuantía máxima aplicable en cada caso, respetando así el principio de proporcionalidad y disuasión.

Para determinar la cuantía de la sanción hay que tener en cuenta lo dispuesto en el apartado 2 del artículo 131 de la LRJPAC, en relación con las circunstancias modificativas que resulten aplicables, en el que se preceptúa lo siguiente:

“El establecimiento de sanciones pecuniarias deberá prever que la comisión de las infracciones tipificadas no resulte más beneficioso para el infractor que el cumplimiento de las normas infringidas”

En este sentido la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de febrero de 1998 ha señalado que “la Administración debe guardar la debida proporcionalidad entre la sanción impuesta, la infracción cometida y las circunstancias de toda índole que en

ella concurren”. Este principio de proporcionalidad “*se entiende cumplido cuando las facultades de la Administración para determinar la cuantía de la sanción concretada en la multa [...] han sido desarrolladas, en ponderación de los datos obrantes en el expediente, dentro de los límites máximos y mínimos permisibles para la gravedad de la infracción*” (Sentencia de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo de 28 de mayo de 1991).

En sus alegaciones a la propuesta de Resolución, Vodafone considera que la sanción es desproporcionada, por no haber existido proporcionalidad y quedar acreditada su buena fe, y porque señala que en el periodo comprendido entre el 12 de noviembre de 2012 y el 10 de junio de 2013 las líneas vinculadas a los planes RED y Base con la tarifa “Hablar y Navegar en Europa”, en su gran mayoría, «*hicieron un uso racional del bono contratado y [los usuarios] no resultaron perjudicados*”. Asimismo, señala Vodafone que “*respecto a la naturaleza de los perjuicios causados, no se puede achacar a VODAFONE que los clientes, que eran informados de la tarifa de roaming que contrataban, [...] no hicieran un uso racional de la tarifa de la tarifa “Hablar y Navegar en Europa”*».

Esta Comisión no comparte la interpretación de Vodafone sobre el uso “racional” de la tarifa “Hablar y Navegar en Europa”, puesto que, teniendo en cuenta los datos de tráfico aportados, si los abonados de Vodafone hubieran hecho un uso óptimo de la citada tarifa de roaming, éste hubiera ingresado menos por el mismo tráfico facturado según las eurotarifas. Esto es, por los cálculos llevados a cabo en la propuesta, Vodafone ingresó más del doble de lo que habría ingresado si dicho tráfico se hubiera facturado según las eurotarifas. Esto evidencia, a juicio de esta Comisión, que la mayoría de los abonados no hicieron un uso óptimo de la tarifa o no conocía las consecuencias de utilizar esta tarifa.

Asimismo en lo relativo a la proporcionalidad Vodafone señala en su escrito de alegaciones que “*solo el regulador irlandés ha sancionado en una ocasión y en una cuantía que no tiene comparación con la propuesta por la CNMC [...]. Así la sanción impuesta por el regulador irlandés a Vodafone Irlanda por incumplimiento de lo dispuesto en el Reglamento de Roaming respecto del límite mensual de consumo de datos, fue de 400.000 euros*”.

El Reglamento del Roaming estableció la obligación para los prestadores de servicios de roaming que cuando un abonado alcanzara una determinada cantidad de consumo (50 € sin IVA) se le informara de dicho consumo y si no confirmaba su interés en continuar con dichos consumos no se cursara más tráfico con el objeto de evitar sorpresas en sus facturas (conocido también como “*bill shock*”), sin embargo, el Regulador Irlandés¹⁹ (ComReg) tuvo constancia que Vodafone Irlanda no se había ajustado a dicha obligación y procedió a sancionarlo con una cuantía de 400.000 €.

Pues bien, dicha sanción no puede tenerse en consideración como referencia para la proporcionalidad de la sanción impuesta en el presente procedimiento puesto que se trata de un incumplimiento distinto del Reglamento del Roaming, porque se desconocen las implicaciones de la infracción cometida por Vodafone en Irlanda y,

¹⁹ http://www.comreg.ie/_fileupload/publications/ComReg1207.pdf.

fundamentalmente, porque la cuantía de la presente sanción se calcula en virtud de lo que establece el régimen sancionador de la LGTel y el derecho administrativo español. En el presente caso, se utilizan como referencia los beneficios brutos obtenidos por la infracción cometida, que ascienden a **[CONFIDENCIAL]**.

Aplicando los criterios de graduación de las sanciones al presente caso, se han alcanzado las siguientes conclusiones:

- Como se ha indicado, el límite máximo de la sanción que se le puede imponer a Vodafone es de **[CONFIDENCIAL]**.
- Se considera que la infracción cometida por Vodafone es muy relevante dado que vinculó una tarifa alternativa de roaming automáticamente sin dar la opción a elegir las eurotarifas, en contra de lo establecido en la regulación específica del roaming aplicable en la Unión Europea y vigente desde el año 2007 y teniendo en consideración la especial promoción que Vodafone hacía precisamente de los planes de precios RED y Base.
- Frente a lo indicado en la propuesta de resolución, procede añadir que al no considerarse totalmente acreditada la existencia de dolo se considera adecuado reducir la cuantía de la sanción definitiva a imponer.

Por consiguiente, 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, y a la vista también de la cuantía máxima obtenida aplicando los criterios legales, se considera que procede imponer Vodafone una sanción de 3.116.000 € **[CONFIDENCIAL]** por el incumplimiento grave de las condiciones para la prestación de servicios o la explotación de redes de comunicaciones electrónicas, al haber incumplido el Reglamento del Roaming al asociar automáticamente a la contratación de los planes de precios nacionales RED y Base la tarifa de roaming “Hablar y Navegar en Europa”, sin ofrecer al cliente la posibilidad de elegir las eurotarifas o cualquier otra tarifa alternativa de roaming.

La sanción impuesta se considera proporcional, en atención a la gravedad de la conducta y a los límites mínimo y máximo posibles a imponer **[CONFIDENCIAL]**.

Vistos los Antecedentes de hecho, Hechos probados y Fundamentos de Derecho y, vistas, asimismo, la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones, la 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, la Sala de Supervisión Regulatoria de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia,

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 de manera grave las condiciones para la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas.

Segundo.- Imponer a VODAFONE ESPAÑA, S.A.U. una sanción por importe de tres millones ciento dieciséis mil (3.116.000) euros.

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.

Comuníquese esta Resolución a la Dirección de Telecomunicaciones y del Sector Audiovisual y notifíquese a los interesados, haciéndoles saber que la misma pone fin a la vía administrativa y que pueden interponer contra ella recurso contencioso-administrativo ante la Audiencia Nacional, en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente al de su notificación.