

**RESOLUCIÓN POR QUE SE ARCHIVA EL PROCEDIMIENTO INCOADO A RAÍZ DE LA DENUNCIA INTERPUESTA POR JAZZTEL CONTRA VODAFONE POR EL LANZAMIENTO DE SUS OFERTAS “VODAFONE BASE 2 + ADSL”, “VODAFONE BASE 3 + ADSL” Y “VODAFONE ADSL RED” (EXPTE. 2013/354)**

**SALA DE SUPERVISIÓN REGULATORIA DE LA CNMC**

**Presidenta**

D<sup>a</sup>. María Fernández Pérez

**Consejeros**

D. Eduardo García Matilla

D. Josep María Guinart Solá

D<sup>a</sup>. Clotilde de la Higuera González

D. Diego Rodríguez Rodríguez

**Secretario de la Sala**

D. Tomás Suárez-Inclán González, Secretario del Consejo

En Madrid, a 28 de enero de 2014

Visto el expediente relativo a la denuncia interpuesta por Jazztel contra Vodafone por el lanzamiento de sus ofertas “Vodafone Base 2 + ADSL”, “Vodafone Base 3 + ADSL” y “Vodafone ADSL RED”, la **SALA DE SUPERVISIÓN REGULATORIA** acuerda lo siguiente:

**I ANTECEDENTES**

**PRIMERO.-** Con fecha 25 de febrero de 2013 tuvo entrada en el registro de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones<sup>1</sup> un escrito de Jazz Telecom S.A.U. (en adelante, Jazztel) a través del cual se denuncia la comercialización de una oferta convergente que ofrece Vodafone España, S.A.U. (en adelante, Vodafone) y que incluye el servicio de banda ancha y la tarifa móvil Base 2, por una cuota mensual de 35 euros.

---

<sup>1</sup> La disposición adicional segunda de la Ley 3/2013, de 4 de junio, establece que la constitución de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) implicará la extinción de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones (CMT) y que las referencias que la normativa vigente contiene de la CMT se entenderán realizadas a la CNMC. Por su parte, el artículo 1 de la Orden ECC/1796/2013, de 4 de octubre, señala que el día 7 de octubre de 2013 se iniciará la puesta en funcionamiento de la CNMC. En consecuencia, desde el 7 de octubre de 2013, la CNMC se ha puesto en funcionamiento, continuando el ejercicio de las funciones de la extinta CMT.

Mediante escrito de 27 de febrero de 2013, Jazztel amplió el contenido de su denuncia, poniendo de manifiesto la existencia de una oferta, dirigida exclusivamente a clientes de Jazztel, que rebaja el precio del producto convergente anterior a 25 euros mensuales.

En sus escritos, Jazztel solicita a esta Comisión que lleve a cabo las acciones necesarias para que se ponga fin a la comercialización de las ofertas convergentes descritas, al suponer un incumplimiento de las obligaciones que Vodafone tiene impuestas en virtud de la regulación sectorial de mercados, y que se adopten las medidas que permitan a los operadores alternativos emular y replicar ofertas convergentes en el mercado, en idénticos términos a los utilizados por Vodafone para sus ofertas.

**SEGUNDO.-** Mediante sendos escritos de fecha 4 de marzo de 2013, y en cumplimiento de lo establecido en el artículo 42.4 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante, LRJPAC), se comunica a los interesados, Jazztel y Vodafone, que ha quedado iniciado el correspondiente expediente administrativo para la resolución del procedimiento arriba indicado.

Asimismo, en dichos escritos se remite un requerimiento de información a Vodafone para la determinación y conocimiento por esta Comisión de los hechos a que se refiere el presente procedimiento, al amparo de lo dispuesto en el artículo 78.1 de LRJPAC.

**TERCERO.-** Mediante escrito del Secretario de fecha 4 de marzo de 2013, y a raíz de la solicitud a tal efecto de Jazztel, se procede a declarar confidenciales una serie de elementos del escrito de Jazztel anteriormente referido (en particular, datos relativos a los costes incurridos por este operador), por contener información que afecta al secreto comercial e industrial de este operador.

**CUARTO.-** Con fecha 7 de marzo de 2013 tiene entrada en el registro escrito de Vodafone por el que comunica el cese en la comercialización de la oferta “Vodafone RED desde Base 2 con descuento” denunciada por Jazztel en su escrito de 27 de febrero de 2013 y a que hace referencia el Antecedente de Hecho Primero.

**QUINTO.-** Con fecha 8 de marzo de 2013 tiene entrada en el registro escrito de Jazztel, en el que, en relación con la conducta de Vodafone señalada en el Antecedente de Hecho Primero, aporta siete grabaciones donde se registran conversaciones de usuarios con el departamento de atención comercial de Vodafone, así como un acta notarial con información obrante en foros relativa a la oferta comercializada por Vodafone.

**SEXTO.-** Con fecha 15 de marzo de 2013 tiene entrada en el registro escrito de Jazztel en que pone de manifiesto la cesación de la práctica llevada a cabo por la red comercial de Vodafone y denunciada en su escrito de 27 de febrero de 2013,

retirando Jazztel por consiguiente la solicitud de análisis de la oferta recogida en dicho escrito.

**SÉPTIMO.-** Mediante escrito del Secretario de fecha 13 de marzo de 2013, y a raíz de la solicitud a tal efecto de Jazztel, se procede a declarar confidenciales una serie de elementos del escrito de 8 de marzo de 2013 de Jazztel anteriormente referido (en particular, datos relativos a los costes incurridos por este operador), por contener información que afecta al secreto comercial e industrial de este operador.

**OCTAVO.-** Con fecha 26 de marzo de 2013 tiene entrada en el registro escrito de Vodafone por el que evacua el requerimiento de información efectuado en el marco del procedimiento, realizando también las oportunas alegaciones.

**NOVENO.-** Con fecha 16 de abril de 2013 tiene entrada en el registro escrito de Jazztel por el que denuncia, a raíz de los anuncios aparecidos en prensa, las condiciones comerciales de las ofertas “Vodafone ADSL y Base 2”, “Vodafone ADSL y Base 3” y “Vodafone ADSL y RED”.

**DÉCIMO.-** Mediante escrito del Secretario de fecha 18 de abril de 2013, y a raíz de la solicitud a tal efecto de Vodafone, se procede a declarar confidenciales una serie de elementos de la respuesta de Vodafone al requerimiento de información referido en el antecedente Octavo.

**UNDÉCIMO.-** Mediante escrito del Secretario de fecha 25 de abril de 2013 se procede a dar traslado a Vodafone del escrito de Jazztel al que se refiere el Antecedente de Hecho anterior. Asimismo, se le remite un requerimiento de información para la determinación y conocimiento de los hechos a que se refiere el presente procedimiento, al amparo de lo dispuesto en el artículo 78.1 de LRJPAC.

**DUODÉCIMO.-** Con fecha 30 de abril de 2013 tiene entrada en el registro escrito de Vodafone en el que este operador clarifica y/o completa determinada información aportada en su escrito de 26 de marzo de 2013.

**DECIMOTERCERO.-** Con fecha 6 de mayo de 2013 tiene entrada en el registro escrito de Vodafone por el que da respuesta al requerimiento de información realizado por esta Comisión con fecha 25 de abril de 2013.

**DECIMOCUARTO.-** Con fecha 13 de mayo de 2013 tiene entrada en el registro escrito de Jazztel en el que manifiesta que Vodafone habría iniciado una nueva campaña de la oferta convergente “Vodafone ADSL + Base 2” consistente en la reducción de 5 euros sobre el precio final a los clientes procedentes de Jazztel. Para ello aporta 5 grabaciones donde, según este operador, *“puede comprobarse el precio de la oferta convergente “Vodafone ADSL + Base 2” para los clientes procedentes de Jazztel y para los clientes procedentes de Movistar”*.

**DECIMOQUINTO.-** Mediante escrito del Secretario de fecha 16 de mayo de 2013 se procede a dar traslado a Vodafone del escrito de Jazztel al que se refiere el Antecedente de Hecho anterior.

**DECIMOSEXTO.-** Mediante escrito del Secretario de fecha 16 de mayo de 2013, y a raíz de la solicitud a tal efecto de Jazztel, se procede a declarar confidenciales una serie de elementos del escrito de Jazztel anteriormente referido así como las grabaciones contenidas en el mismo.

**DECIMOSÉPTIMO.-** Con fecha 23 de mayo de 2013 tiene entrada en el registro escrito de Vodafone en el que aporta grabaciones en las que se demostraría que la promoción a que se refiere el escrito de Jazztel de 16 de mayo de 2013 estaría siendo ofrecida a clientes de todos los operadores salvo de manera puntual a los clientes de líneas de Telefónica.

**DECIMOCTAVO.-** Los Servicios de esta Comisión emitieron informe sobre el asunto de referencia, comunicándose a los interesados la apertura del trámite de audiencia previo a la resolución definitiva del procedimiento mediante escritos de 24 de mayo de 2013.

**DECIMONOVENO.-** En fecha 6 de junio de 2013, tiene entrada en el registro escrito de Vodafone por el que efectúa una serie de alegaciones al informe de audiencia de los Servicios. En fecha 11 de junio de 2013, tiene entrada en el registro escrito de Jazztel por el cual asimismo realiza sus alegaciones al informe de audiencia de los Servicios.

**VIGÉSIMO.-** Con fecha 18 de noviembre de 2013, tiene entrada en el registro de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia un escrito de Jazztel por el que indica su voluntad de desistir de sus pretensiones objeto de este procedimiento.

Habiéndose dado traslado del escrito de desistimiento de Jazztel a Vodafone, con fecha 4 de diciembre de 2013 tiene entrada en el Registro de la CNMC un escrito de Vodafone por el que muestra su conformidad con el desistimiento formulado por Jazztel.

## **II FUNDAMENTOS JURÍDICOS**

### **PRIMERO.- Competencia de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia**

Las competencias de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia para intervenir resultan de lo dispuesto en la normativa sectorial. Tal y como señala el artículo 6.5 de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, corresponde a la CNMC *“realizar las funciones atribuidas por la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, y su normativa de desarrollo”*.

En particular, el artículo 3 de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones (en adelante, LGTel) fija, entre otros, como objetivos de la Ley los siguientes:

*“a) Fomentar la competencia efectiva en los mercados de telecomunicaciones y, en particular, en la explotación de las redes y en la prestación de los servicios de comunicaciones electrónicas y en el suministro de los recursos asociados a ellos, velando por que no exista falseamiento ni restricción de la competencia en la explotación de redes o en la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas, incluida la transmisión de contenidos.”*

Asimismo, entre las funciones que la LGTel otorga a esta Comisión está, en el artículo 48.4 e), la de *“adoptar las medidas necesarias para salvaguardar la pluralidad de la oferta del servicio, el acceso a las redes de comunicaciones electrónicas por los operadores, la interconexión de las redes y la explotación de red en condiciones de red abierta, y la política de precios y comercialización por los prestadores de los servicios. [...]”*

Por su parte, el artículo 48.4 g) de la LGTel establece que, en las materias de telecomunicaciones reguladas en esta Ley, la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones ejercerá, entre otras, la siguiente función:

*“g) Definir los mercados pertinentes para establecer obligaciones específicas conforme a lo previsto en el capítulo II del título II y en el artículo 13 de esta ley.”*

En uso de la habilitación competencial precitada, mediante Resolución de esta Comisión de 2 de febrero de 2006, se aprobó la Resolución relativa a la definición y análisis del mercado de acceso y originación de llamadas en las redes públicas de telefonía móvil (Resolución del mercado 15). En dicha Resolución, tras definir y analizar el citado mercado, se concluye que éste no es realmente competitivo y se identifica a Vodafone (junto con TME y FTES) como operador con poder significativo en el mismo, imponiéndose las correspondientes obligaciones.

En concreto, Vodafone (así como TME y FTES) tiene la obligación de ofrecer precios razonables por la prestación de los servicios de acceso. A tal efecto, y tal como reza la Resolución, *“en ningún caso los precios ofrecidos a terceros por los operadores declarados con PSM podrán ser excesivos ni comportar una compresión de márgenes operativos del operador solicitante que impida la entrada de un operador eficiente [...]”*.

En consecuencia, esta Comisión está habilitada para conocer y resolver el presente expediente.

El presente procedimiento fue iniciado por la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, en virtud de la habilitación competencial antes citada. Sin embargo, la Disposición Adicional Segunda, apartado 1, de la Ley 3/2013, de 4 de

junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, señala que la constitución de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia implicará la extinción, entre otros organismos, de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones.

En virtud de lo anterior, de conformidad con lo dispuesto en la Disposición Transitoria Quinta, apartado 1, de la Ley 3/2013<sup>2</sup>, una vez constituida la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia y atendiendo a lo previsto en el artículo 20.1 de la citada Ley, el órgano competente para resolver el presente procedimiento es la Sala de Supervisión Regulatoria de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia.

**SEGUNDO.- Escrito de desistimiento presentado por Jazztel y archivo del procedimiento.**

La LRJPAC, en su artículo 87.1, contempla el desistimiento de su solicitud por parte del interesado como uno de los modos de terminación del procedimiento:

*“Artículo 87. Terminación. 1.- Pondrán fin al procedimiento la resolución, el desistimiento, la renuncia al derecho en que se funde la solicitud, cuando tal renuncia no esté prohibida por el Ordenamiento Jurídico, y la declaración de caducidad”.*

Por su parte, los artículos 90 y 91 de la misma norma legal regulan el ejercicio, medios y efectos del derecho de desistimiento.

El ejercicio del desistimiento exige a la Administración del deber de pronunciarse sobre el fondo del asunto, consistiendo en dicho caso la Resolución que se pueda adoptar en la declaración de la existencia del desistimiento, con indicación de los hechos producidos y las normas aplicables (artículo 42.1 LRJPAC).

Como recogen los antecedentes, el 18 de noviembre de 2013 Jazztel remitió un escrito indicando su voluntad de desistir de las pretensiones objeto del procedimiento arriba indicado.

Los artículos de la LRJPAC relativos al desistimiento se refieren al ejercicio de este derecho en procedimientos incoados a instancia del interesado. La cuestión relativa al ejercicio del desistimiento por la Administración en expedientes iniciados de oficio ha sido por otra parte tratada por la jurisprudencia, la cual ha reconocido la posibilidad de que la Administración cese en el ejercicio de sus propios actos (en lo que podría describirse como un “desistimiento impropio”).

---

<sup>2</sup> 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.

En particular, en su sentencia de 11 de julio de 1990<sup>3</sup>, el Tribunal Supremo indica que *“este Tribunal [...] ha admitido la posibilidad de que la Administración desista de un procedimiento iniciado de oficio por ella, pues aunque ciertamente la Ley de Procedimiento Administrativo contempla únicamente el supuesto de desistimiento del interesado, ello no impide que pueda darse también válidamente un desistimiento llevado a cabo por decisión de la Administración cuando llegue al convencimiento de la falta de base de las actuaciones de que se trate”*.

En la misma línea, en su sentencia de 23 de junio de 1987<sup>4</sup>, el Tribunal Supremo señala que *“ciertamente la Ley de Procedimiento Administrativo contempla únicamente el supuesto de desistimiento del interesado, pero ello no impide que pueda darse también válidamente un desistimiento llevado a cabo por decisión de la Administración. De una parte, porque el desistimiento del particular [...] no puede tener lugar sin la decisión de la Administración, de manera que el desistimiento exige siempre un acto administrativo de aceptación, siquiera sea un «acto debido» normalmente, pero que puede no serlo; tal ocurre cuando hay terceros interesados que se oponen. Y de otra parte, porque si la Administración puede a la vista de la información reservada acordar la no iniciación del procedimiento sancionador, tanto más podrá acordar el archivo de las actuaciones sin llegar al acto terminal de fondo, cuando -como aquí ha ocurrido- se haya obtenido el convencimiento racional de la falta de base de la denuncia formulada”*.

La jurisprudencia admite por tanto la posibilidad de que la Administración cese en el ejercicio de las actuaciones que le son propias también en procedimientos incoados de oficio, cuando llega al convencimiento de la falta de base o interés público en llevar a cabo dichas actuaciones.

En estos casos, el escrito de desistimiento del interesado (y la aquiescencia del resto de interesados) será un factor a tomar en consideración a la hora de decidir acerca de la conveniencia de dar por concluido el procedimiento, dada la ausencia de interés en su continuación de las partes principalmente afectadas, aun cuando corresponderá en última instancia exclusivamente a la Administración pronunciarse sobre esta cuestión en virtud de factores adicionales.

A este respecto, esta Comisión concluye que en el caso presente no existen motivos que justifiquen la continuación del procedimiento, debiendo por tanto procederse al archivo del expediente.

Cabe recordar que Jazztel solicita a la CNMC que adopte medidas que permitan a los operadores alternativos emular las ofertas convergentes de Vodafone en el mercado.

---

<sup>3</sup> RJ 1990\6032.

<sup>4</sup> RJ 1987\6524.

Pues bien, del análisis de la evolución del mercado se colige que las ofertas convergentes han incrementado su penetración en el mercado español desde que, en la primera mitad de 2012, Jazztel y ONO lanzaran las primeras ofertas de este tipo y, sobre todo, a raíz del lanzamiento de Movistar Fusión, en octubre del mismo año.

Asimismo, los principales operadores (incluyendo Jazztel) cuentan actualmente con ofertas convergentes en sus carteras comerciales. El siguiente cuadro muestra las más representativas.

Operador	Denominación del empaquetamiento	Banda ancha fija	Telefonía fija	Tráfico de voz móvil	Banda ancha móvil	Precio mensual
Movistar	Fusión 4G	Hasta 10Mb	Llamadas ilimitadas a fijos nacionales, más 550 minutos a móviles	Ilimitado	1 GB/mes	49,90 euros
Orange	Canguro 45	Hasta 20Mb	Llamadas ilimitadas a fijos nacionales, más 1.000 minutos a móviles	Ilimitado	1 GB/mes	45,00 euros
Jazztel	Pack Ahorro Sin Límite	Hasta 30Mb	5.000 minutos a fijos nacionales, más 120 minutos a móvil	Ilimitado	1 GB/mes	44,94 euros
Vodafone	Integral Red M	Hasta 20Mb o hasta 35Mb <sup>5</sup>	3.000 minutos a fijos nacionales, más 350 minutos a móviles	Ilimitado	1,2 GB/mes	44,75 euros
ONO	Fibra 20Mb + Tarifa ilimitada + Teléfono	20Mb	Llamadas ilimitadas a fijos nacionales, más 60 minutos a móviles	Ilimitado	1 GB/mes	44,90 euros

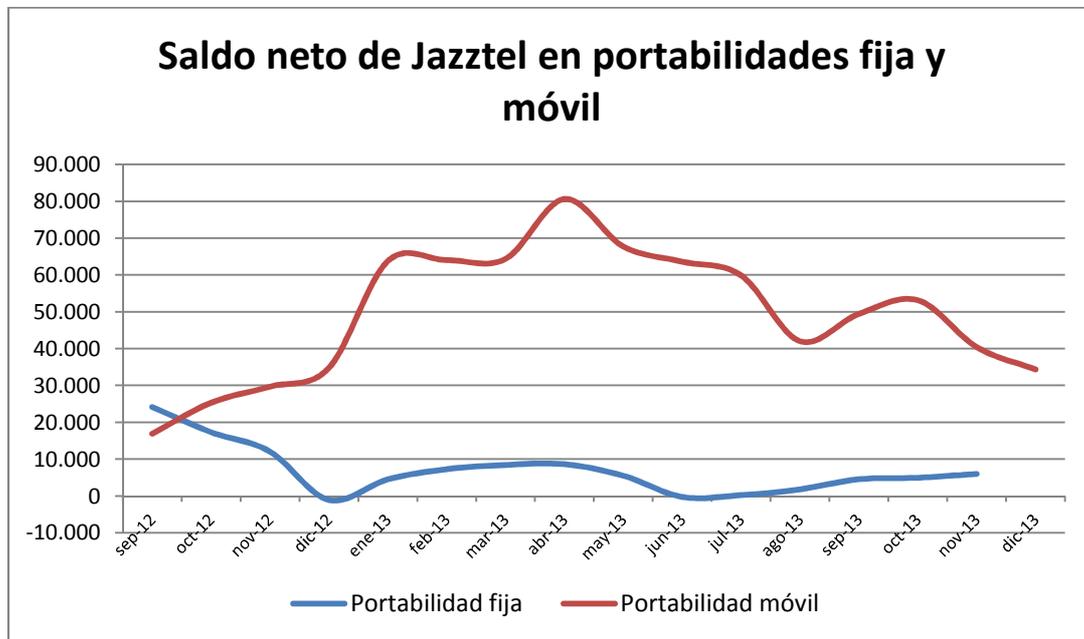
Es destacable que el precio de la oferta de Jazztel es comparable a la del resto de operadores. Asimismo, existen ofertas convergentes con menores prestaciones (en especial, tráfico de voz móvil limitado a 100 minutos o banda ancha móvil limitada a 100 Mb/mes)<sup>6</sup> que estos operadores ofrecen a precios en torno a 35 euros. Por tanto, Jazztel, operador que utiliza servicios mayoristas regulados tanto en el fijo como el móvil, puede replicar las ofertas convergentes de sus competidores.

Por otra parte, de los actos de instrucción realizados hasta la fecha no se deduce que las ofertas convergentes de Vodafone estén siendo un impedimento para la expansión en el mercado de otros operadores como Jazztel. En la gráfica siguiente se muestra que Jazztel continúa obteniendo saldos netos positivos tanto en portabilidad fija como móvil, lo que denota la capacidad de reacción de este operador ante las iniciativas comerciales de sus competidores. Es decir, Jazztel no sólo ha sido capaz de lanzar al mercado productos convergentes con precio y

<sup>5</sup> Según disponibilidad geográfica.

<sup>6</sup> Por ejemplo, la *Canguro 35* de FTES, o *Integral con Smart S*, de Vodafone.

prestaciones similares a los del resto de operadores de banda ancha, sino que está captando de sus competidores más clientes que los que pierde frente a ellos.



Por todo cuanto antecede, la Sala de Supervisión Regulatoria de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia,

### **RESUELVE**

**ÚNICO.** Archivar el procedimiento incoado a raíz de la denuncia interpuesta por Jazztel contra Vodafone por el lanzamiento de sus ofertas “Vodafone Base 2 + ADSL”, “Vodafone Base 3 + ADSL” y “Vodafone ADSL RED”.

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.