

RESOLUCIÓN POR LA QUE SE ARCHIVA EL PROCEDIMIENTO INCOADO A RAÍZ DE LA DENUNCIA INTERPUESTA POR JAZZTEL CONTRA FRANCE TELECOM POR EL LANZAMIENTO DE SUS OFERTAS “DELFIN 12 + ADSL HASTA 20Mb” Y “CANGURO 45” (EXPTE. 2013/517)

SALA DE SUPERVISIÓN REGULATORIA DE LA CNMC

Presidenta

D^a. María Fernández Pérez

Consejeros

D. Eduardo García Matilla

D. Josep María Guinart Solá

D^a. 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 France Telecom España, S.A. por el lanzamiento de sus ofertas “Delfín 12 + ADSL hasta 20 Mb” y “Canguro 45”, la **SALA DE SUPERVISIÓN REGULATORIA** acuerda lo siguiente:

I ANTECEDENTES

PRIMERO.- Con fecha 22 de marzo de 2013 tiene entrada en el registro de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones¹ un escrito de Jazz Telecom S.A.U. (en adelante, Jazztel) en el que se denuncia la comercialización de una oferta

¹ 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.

convergente que ofrece France Telecom España, S.A.U. (en adelante, FTES) y que incluye, por un precio de 32,95 euros mensuales, los siguientes servicios:

- ADSL máxima velocidad hasta 20Mb.
- Cuota de línea fija.
- Llamadas nacionales ilimitadas.
- 300 minutos al mes a fijos internacionales (60 destinos).
- minutos al mes a móviles nacionales sin límite horario.
- Tarifa móvil *Delfín 12*, con 200 minutos de llamadas móvil-móvil/móvil-fijo y 500MB de descarga.

Mediante escrito de 3 de abril de 2013, Jazztel amplió el contenido de su denuncia, extendiéndola a la tarifa *Canguro 45* de Orange.

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 FTES 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 FTES para sus ofertas.

SEGUNDO.- Mediante sendos escritos de fecha 5 de abril 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 FTES, 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 FTES 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 5 de abril 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 12 de abril de 2013 tiene entrada en el registro escrito de Jazztel por el que solicita la adopción de una medida cautelar paralizando las ofertas

denunciadas “*al disponer [esta Comisión] de la información necesaria relativa a los costes y consumos de los clientes de FTES*” de acuerdo con los datos aportados por este operador en el marco del expediente AEM 2012/2061².

QUINTO.- Con fecha 25 de abril de 2013 tiene entrada en el registro escrito de FTES por el que evacua el requerimiento de información efectuado en el marco del presente procedimiento, realizando también las oportunas alegaciones.

SEXTO.- Mediante escrito del Secretario de fecha 16 de mayo de 2013, y a raíz de la solicitud a tal efecto de FTES, se procede a declarar confidenciales una serie de elementos del escrito de FTES 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.

SÉPTIMO.- 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.

OCTAVO.- En fecha 11 de junio de 2013, tiene entrada escrito de Jazztel por el que efectúa una serie de alegaciones al informe de audiencia de los Servicios. En fecha 14 de junio de 2013, tiene entrada en el registro escrito de FTES por el cual asimismo realiza sus alegaciones al informe de audiencia de los Servicios.

NOVENO.- 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.

Transcurrido el plazo de diez días conferido a FTES para, en su caso, instar la continuación del procedimiento, dicho operador no efectuó observación alguna a este respecto.

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

² Resolución de 30 de mayo de 2013 por la que se actualizan determinados parámetros de la metodología para el análisis ex ante de las ofertas comerciales de Telefónica de España, S.A.U. (expediente AEM 2012/2061).

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 FTES (junto con TME y Vodafone) como operador con poder significativo en el mismo, imponiéndose las correspondientes obligaciones.

En concreto, FTES (así como TME y Vodafone) 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 3/2013³, 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

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.

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”).

En particular, en su sentencia de 11 de julio de 1990⁴, 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 1987⁵, 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, aun cuando corresponderá en última instancia exclusivamente a la Administración pronunciarse sobre esta cuestión.

A este respecto, esta Comisión concluye que en el caso presente no existen motivos que justifiquen la continuación del procedimiento una vez constatada la oposición de los interesados al mismo, debiendo por tanto procederse al archivo del expediente.

⁴ RJ 1990\6032.

⁵ RJ 1987\6524.

Cabe recordar que Jazztel solicita a la CNMC que se adopten por la CMT medidas que permitan a los operadores alternativos emular las ofertas convergentes de FTES en el mercado.

Pues bien, del análisis de la evolución del mercado se colige que las ofertas convergentes – que constituyen el objeto de la denuncia planteada por Jazztel - 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 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 ⁶	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

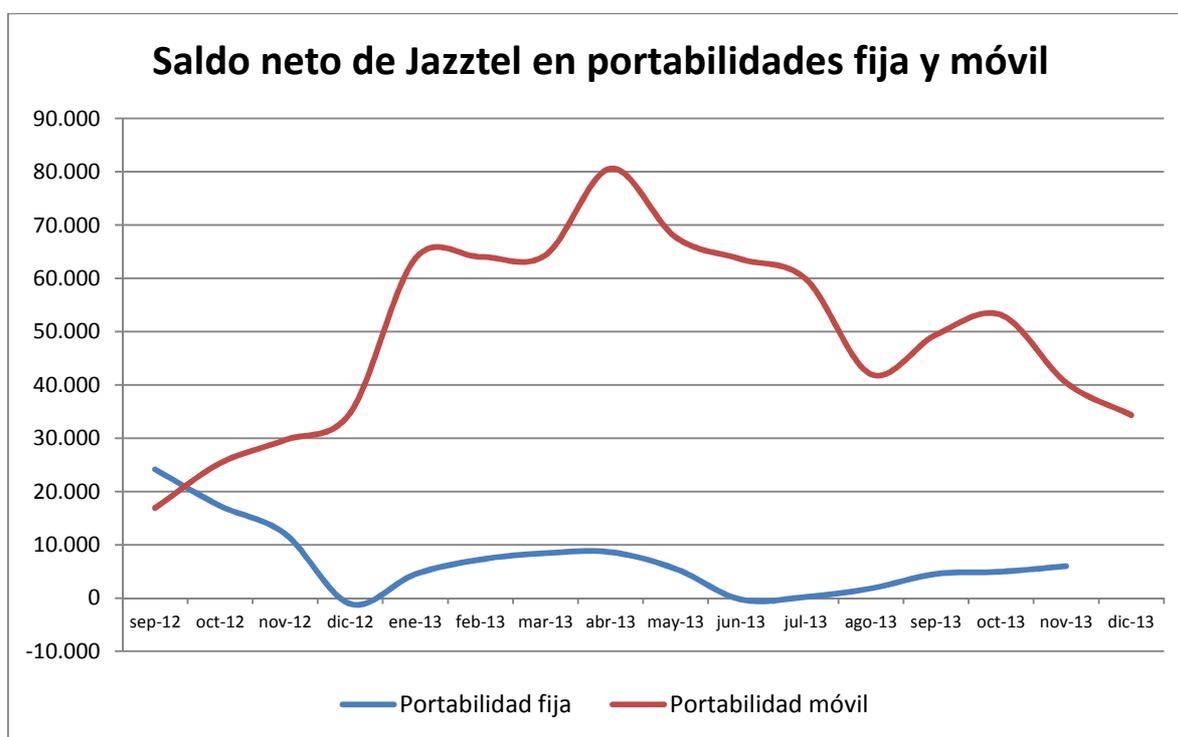
Es destacable que el precio de la oferta de Jazztel es comparable a la del resto de operadores. Asimismo, existen ofertas convergentes con menores prestaciones (en especial, tráfico de voz móvil limitado a 100 minutos o banda ancha móvil limitada a 100 Mb/mes)⁷ que estos operadores ofrecen a precios 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 FTES estén siendo un impedimento para la

⁶ Según disponibilidad geográfica.

⁷ Por ejemplo, la *Canguro 35* de FTES, o *Integral con Smart S*, de Vodafone.

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 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 France Telecom España, S.A. por el lanzamiento de sus ofertas “Delfín 12 + ADSL hasta 20 Mb” y “Canguro 45”.

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.