

RESOLUCIÓN SOBRE LA SOLICITUD DE MEDIDAS PROVISIONALES DE VODAFONE RELATIVA A DETERMINADAS OFERTAS PROMOCIONALES DE BANDA ANCHA COMERCIALIZADAS POR TELEFÓNICA

OFMIN/DTSA/006/18/PROMOCIONES VERANO 2018

SALA DE SUPERVISIÓN REGULATORIA

Presidenta

D^a. María Fernández Pérez

Consejeros

D. Benigno Valdés Díaz
D. Mariano Bacigalupo Saggese
D. Bernardo Lorenzo Almendros
D. Xabier Ormaetxea Garai

Secretario de la Sala

D. Joaquim Hortalà i Vallvé, Secretario del Consejo

En Madrid, a 10 de octubre de 2018

Vista la solicitud de medidas provisionales formulada por Vodafone España, S.A.U. relativa a un conjunto de promociones comercializadas por Telefónica de España. S.A.U., la **SALA DE SUPERVISIÓN REGULATORIA** acuerda lo siguiente:

I ANTECEDENTES

PRIMERO.- Escrito de Vodafone España, S.A.U.

Con fecha 10 de agosto de 2018 tuvo entrada en el registro de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) un escrito de Vodafone España, S.A.U. (Vodafone) a través del cual denunciaba la supuesta incompatibilidad de una serie de promociones comercializadas por Telefónica de España, S.A.U. (Telefónica) con las obligaciones regulatorias a las que este operador se encuentra sujeto en virtud de las Resoluciones de la CNMC de 24 de febrero de 2016¹ y de 6 de marzo de 2018².

¹ Resolución por la cual se aprueba la definición y análisis del mercado de acceso local al por mayor facilitado en una ubicación fija y los mercados de acceso de banda ancha al por mayor, la designación de operadores con poder significativo de mercado y la imposición de obligaciones específicas, y se acuerda su notificación a la Comisión Europea y al Organismo de Reguladores Europeos de Comunicaciones Electrónicas (Resolución de los mercados 3 y 4)

² Resolución por la que se aprueba la metodología para la determinación del test de replicabilidad económica de los productos de banda ancha de Telefónica comercializados en el segmento residencial y se acuerda su notificación a la Comisión Europea y al Organismo de Reguladores

Los días 14 y 17 de agosto de 2018 se recibieron sendos escritos complementarios de Vodafone, que ampliaban la información contenida en la denuncia.

En su escrito de fecha 10 de agosto, Vodafone solicitaba a la CNMC la adopción de medidas provisionales consistentes en la suspensión por Telefónica de la comercialización de las promociones denunciadas, en tanto la CNMC no resolviese de manera definitiva el procedimiento principal.

SEGUNDO.- Inicio del procedimiento y requerimiento de información

Con fecha 20 de agosto de 2018, mediante escrito de la Directora de Telecomunicaciones y del Sector Audiovisual se iniciaron actuaciones sobre la denuncia interpuesta por Vodafone relativa a un conjunto de promociones comercializadas por Telefónica, con arreglo a la normativa sectorial y a la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPAC), requiriéndose de los operadores interesados que aportaran determinada información necesaria para la resolución del procedimiento.

Vodafone y Telefónica dieron contestación al requerimiento de información de la CNMC en fecha 6 y 17 de septiembre de 2018, respectivamente, formulando asimismo las alegaciones y aportando la documentación que estimaron conveniente.

TERCERO.- Escrito de Telefónica

Con fecha 5 de octubre de 2018 Telefónica informa del cese de la comercialización activa desde el día 1 de octubre de la promoción para *Fusión+ 2* y *Fusión+ 4* consistente en el descuento del 50% sobre la cuota base del producto durante seis o doce meses.

II FUNDAMENTOS JURÍDICOS PROCEDIMENTALES

PRIMERO. - Objeto del procedimiento

El objeto de la presente resolución es el análisis de la solicitud de medidas provisionales formulada por Vodafone relativa a las promociones comercializadas por Telefónica que han sido objeto de denuncia. La presente resolución se entiende en todo caso sin perjuicio de las conclusiones que pueda alcanzar la Sala de Supervisión Regulatoria en la resolución del procedimiento principal que se está tramitando en la CNMC a estos efectos.

Europeos de Comunicaciones Electrónicas (OFMIN/D TSA/004/16 Test de replicabilidad económica residencial), de 6 de marzo de 2018.

SEGUNDO. - Competencia de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia

En el marco de sus actuaciones la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia debe, de conformidad con el artículo 1.2 de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (LCNMC) *“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”*. En concreto en lo referente al sector de las comunicaciones electrónicas, el artículo 6 dispone que la CNMC *“supervisará y controlará el correcto funcionamiento de los mercados de comunicaciones electrónicas”*, y en su apartado 5 añade que, entre sus funciones, estarán las atribuidas por la Ley General de Telecomunicaciones.

Para realizar las citadas labores de supervisión y control los artículos 6 de la LCNMC y 70.2 de Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones (LGTel), otorgan a esta Comisión, entre otras, las funciones de definir y analizar los mercados de referencia relativos a redes y servicios de comunicaciones electrónicas, la identificación del operador u operadores que posean un poder significativo cuando en el análisis se constate que el mercado no se desarrolla en un entorno de competencia efectiva, así como, en su caso, la de establecer obligaciones regulatorias a los mismos, todo ello de acuerdo con el procedimiento y efectos determinados en los artículos 13 y 14 de la misma LGTel y en la normativa concordante.

Como consecuencia de dicha habilitación competencial, con fecha 24 de febrero de 2016 el Pleno de la CNMC adoptó la Resolución por la cual se aprueba la definición y análisis del mercado de acceso local al por mayor facilitado en una ubicación fija y los mercados de acceso de banda ancha al por mayor, la designación de operadores con poder significativo de mercado y la imposición de obligaciones específicas (Resolución de los mercados 3 y 4). En la citada Resolución, se concluye que Telefónica posee poder significativo en los mercados mayoristas de banda ancha, imponiéndose en consecuencia una serie de obligaciones regulatorias a este operador.

Entre otras, la Resolución de 24 de febrero de 2016 prohíbe a Telefónica la realización de prácticas como (i) reducciones de precios contrarias a la regulación sectorial (ausencia de replicabilidad económica o precios predatorios); (ii) empaquetamientos abusivos o injustificados (imposición de servicios no requeridos, precios abusivos del paquete, no replicabilidad a partir de elementos mayoristas,...); (iii) discriminación abusiva en términos de precios; (iv) cláusulas contractuales abusivas (fidelización, exclusividad, derecho de tanteo...). A estos efectos, la CNMC realizará el análisis de las eventuales prácticas anteriores contrarias a la regulación sectorial de acuerdo con los

procedimientos de valoración propios de la intervención *ex ante* que las autoridades nacionales de reglamentación tienen atribuidos.

Por otra parte, y según la citada Resolución, “[e]n relación con las ofertas minoristas dirigidas al segmento residencial y comercializadas sobre la base de la red de fibra óptica de Telefónica, serán de aplicación los principios contenidos en la sección IV.4.5.3.2 y en la sección IV.4.7.5.3 relativa al test de replicabilidad económica de la citada Resolución y, en virtud de los cuales, el servicio mayorista NEBA local, así como el servicio mayorista de acceso indirecto de banda ancha sobre la red de fibra óptica deben garantizar que los operadores alternativos puedan reproducir las ofertas minoristas de los servicios banda ancha ultra-rápida emblemáticos (servicios BAU emblemáticos) de Telefónica a partir de cada uno de ellos considerado por separado.

Con el objetivo de prevenir una combinación de precios a nivel minorista y mayorista que haga que las ofertas de los servicios BAU emblemáticos de Telefónica no sean replicables para un operador alternativo a partir del servicio de acceso NEBA local, los precios de este servicio mayorista de acceso deben superar el test de replicabilidad económica residencial (...).”

Mediante Resolución de 6 de marzo de 2018, la Sala de Supervisión Regulatoria aprobó la metodología para la determinación del test de replicabilidad económica de los productos de banda ancha de Telefónica comercializados en el segmento residencial (Resolución del ERT), que establece los principios y criterios del mencionado test de replicabilidad económica. En esta Resolución también se desarrollan las obligaciones de comunicación de ofertas minoristas (incluyendo promociones) que figuran en la Resolución de 24 de febrero de 2016.

TERCERO.- Habilitación legal para la adopción de medidas provisionales

La facultad de dictar medidas provisionales está recogida en el artículo 56 de la LPAC, norma por la cual se rige esta Comisión en el ejercicio de las funciones públicas que la LCNMC y la LGTel le atribuyen para la resolución del procedimiento de referencia.

Así, de conformidad con el artículo 56.1 de la LPAC, la CNMC puede adoptar medidas provisionales en los siguientes términos:

“Iniciado el procedimiento, el órgano administrativo competente para resolver, podrá adoptar, de oficio o a instancia de parte y de forma motivada, las medidas provisionales que estime oportunas para asegurar la eficacia de la resolución que pudiera recaer, si existiesen elementos de juicio suficientes para ello, de acuerdo con los principios de proporcionalidad, efectividad y menor onerosidad”.

Por otra parte, el órgano competente para adoptar medidas provisionales en el presente procedimiento es la Sala de Supervisión Regulatoria de la CNMC, en

virtud de lo dispuesto en el artículo 8.2.e), en relación con el artículo 14, del Estatuto Orgánico de la CNMC³.

III FUNDAMENTOS JURÍDICOS MATERIALES

III.1 Contenido de la denuncia interpuesta por Vodafone y de las medidas provisionales solicitadas a tal efecto

La denuncia de Vodafone se refiere a las siguientes ofertas promocionales:

- a) Promoción consistente en la gratuidad, hasta diciembre de 2019, del componente *Premium* de los paquetes Fusión de alto valor.
- b) Promoción consistente en el descuento del 50%, durante 12 meses, de la cuota mensual de los empaquetamientos: *Fusión Series 100Mb*, *Fusión Series 600Mb*, *Fusión+2 600Mb Ocio Total*, *Fusión +2 Fútbol Total*, *Fusión 600Mb Premium* y *Fusión+4 600Mb Premium*.

A propósito de este último grupo de ofertas promocionales, Vodafone señala que los descuentos del 50% durante 12 meses se destinarían principalmente a la captación de clientes de Vodafone. Según apunta el operador denunciante, por el contrario, a los clientes procedentes de Orange sólo se les ofrecería un descuento del 50% durante 6 meses.

En opinión de Vodafone, la estrategia promocional de Telefónica constituye un caso de discriminación abusiva en términos de precios, práctica prohibida para Telefónica en la Resolución de los mercados 3 y 4. Además, el coste de adquisición de estas ofertas es muy elevado y, según las estimaciones de la propia Vodafone, superaría ampliamente el VAN de los productos correspondientes.

Para justificar la necesidad de suspensión en sede cautelar de las promociones denunciadas, Vodafone se refiere en particular al elevado impacto que tienen estas promociones en los clientes de este operador, especialmente en los que tenían contratados contenidos de fútbol. Vodafone ilustra su argumentación aportando datos sobre los flujos de portabilidad fija y móvil entre este operador y Telefónica correspondientes al periodo de vigencia de las promociones señaladas.

III.2 Requisitos necesarios para la adopción de medidas provisionales

De conformidad con el artículo 56.1 de la LPAC, el órgano competente para resolver el procedimiento podrá adoptar las medidas provisionales que estime oportunas cuando ello sea necesario para “*asegurar la eficacia de la resolución*”

³ Aprobado por el Real Decreto 657/2013, de 30 de agosto.

que pudiera recaer, si existiesen elementos de juicio suficientes para ello”. Según el apartado 4 del mismo precepto, “no se podrán adoptar medidas provisionales que puedan causar perjuicio de difícil o imposible reparación a los interesados o que impliquen violación de derechos amparados por las leyes”.

La doctrina y jurisprudencia han sistematizado los presupuestos necesarios para obtener la tutela provisional. Tales requisitos son los siguientes:

- La existencia de apariencia de buen derecho (“*fumus boni iuris*”) o de elementos de juicio suficientes para adoptar la medida.
- Previsión razonable de la necesidad y urgencia de la medida (“*periculum in mora*”) para asegurar la eficacia de la resolución que pudiera recaer.
- La inexistencia de perjuicios de difícil o imposible reparación para los interesados o de efectos que impliquen violación de derechos amparados por las leyes.
- Es necesario que la medida a adoptar sea proporcional e idónea en la ponderación que hace la Administración entre el interés público que trata de satisfacer la actuación administrativa y los posibles perjuicios que se irroguen a los afectados por la misma.

Se examina a continuación la concurrencia de los requisitos anteriores, en relación con las medidas provisionales planteadas por Vodafone.

III.3 Valoración de la concurrencia de los requisitos en el presente expediente

En primer lugar, cabe mencionar que Telefónica ha notificado a esta Comisión el cese de la comercialización activa desde el día 1 de octubre de la promoción para *Fusión+ 2* y *Fusión+ 4* consistente en el descuento del 50% sobre la cuota base del producto durante seis o doce meses. Es decir, Telefónica ya no ofrece varias de las promociones denunciadas por Vodafone, sobre productos que incluyen contenidos de fútbol. Por lo que se refiere a estas dos promociones, la petición de suspensión cautelar carece ya de objeto por desaparición sobrevinida del mismo.

Por lo que respecta a la gratuidad sobre el componente *Premium*, se trata de una oferta habitual en los meses de agosto y septiembre de años anteriores, que también fue debidamente notificada a la CNMC y que, como veremos seguidamente, tampoco puede ser susceptible de paralización en sede cautelar por no darse los requisitos previstos para ello.

En efecto, la Resolución de 6 de marzo de 2018 establece que las ofertas promocionales de Telefónica no se analizan con carácter previo a su comercialización efectiva. Según dicha Resolución, el efecto de la actividad

promocional de Telefónica en la replicabilidad de los productos BAU emblemáticos se valora en el marco de las revisiones semestrales de los parámetros del ERT. En concreto, el cálculo del VAN de cada producto BAU emblemático considera el coste promocional medio correspondiente a un periodo de referencia de 12 meses⁴. En consecuencia, si Telefónica incurriera en una actividad promocional muy intensa, se elevaría el coste promocional medio utilizado en el cálculo del VAN, lo que a su vez podría desembocar en una reducción de los precios mayoristas de NEBA local y NEBA fibra.

La adopción del criterio anterior tiene como contrapartida un refuerzo de las obligaciones de información de Telefónica, de manera que la CNMC pueda llevar a cabo un seguimiento adecuado de la evolución del coste promocional medio. En primer lugar, este operador está obligado a notificar con la suficiente antelación las ofertas promocionales que comercializa. En segundo lugar, Telefónica debe informar mensualmente del número de clientes que contratan cada una de sus promociones.

Sin perjuicio y a reserva de lo que se determine en la resolución finalizadora del procedimiento principal, las promociones denunciadas por Vodafone se ajustan, en principio, a los criterios establecidos en la Resolución del ERT. Por un lado, en lo que respecta a la obligación de comunicación previa, a través de diferentes comunicaciones Telefónica notificó a la CNMC la comercialización de un grupo de promociones consistentes en el descuento del 50% durante 364 días en la cuota mensual de determinados productos *Fusión* de alto valor. En paralelo, también notificó un conjunto de promociones de similares características, pero con una extensión del descuento del 50% de sólo 6 meses. En cuanto a la gratuidad sobre el componente *Premium*, se trata de una oferta habitual en los meses de agosto y septiembre de años anteriores, que también fue debidamente notificada a la CNMC. En todos estos casos, la duración de todos los descuentos se sitúa por debajo de los 12 meses que el ERT marca como límite para que un precio descontado sea considerado como una “oferta promocional” y no como un nuevo precio nominal del producto BAU emblemático correspondiente⁵.

⁴ De acuerdo con la Resolución del ERT, “[e]n el test de replicabilidad las ofertas promocionales se valorarán de manera agregada para cada producto. Para ello, se calculará el importe promocional medio de Telefónica de los clientes de cada producto, tomando como referencia la información procedente de los requerimientos mensuales sobre clientes promocionados en los últimos 12 meses. Para calcular este importe promocional medio se considerará el coste total de todas las promociones que Telefónica ha realizado sobre cada producto y las respectivas plantas medias de clientes. El importe resultante, expresado en términos de coste medio por cliente y mes, será incorporado al cálculo del VAN. En cada Resolución de revisión de parámetros se actualizará este cálculo, tomando como referencia las promociones comercializadas en los dos últimos semestres de referencia”.

⁵ A este respecto, cabe recordar que la Resolución del ERT establece una distinción entre los precios nominales de un producto BAU emblemático y los precios promocionales. La diferencia entre unos y otros reside en la “vocación de estabilidad” de los primeros, que no se da en los descuentos promocionales, normalmente de carácter temporal. En manera más específica, “[s]e considerará que una oferta consistente en un descuento en la cuota mensual de un producto tiene vocación de estabilidad si su duración es igual o superior a 12 meses”.

Por otro lado, y como se ha visto, las implicaciones derivadas del grado de intensidad de las ofertas promocionales de Telefónica se abordan en el contexto de las revisiones semestrales de parámetros. En el hipotético caso de que el coste de estas ofertas fuese tan elevado que generara un VAN negativo, el ajuste de los precios de NEBA local y NEBA fibra permitiría a Vodafone –y al resto de operadores– compensar el esfuerzo adicional necesario para replicar las promociones de Telefónica.

En definitiva, dado que, de las promociones denunciadas, dos han sido ya retiradas con anterioridad a la presente Resolución y, además se ajustarían en principio, junto con la relativa a la gratuidad sobre el componente *Premium*, a los requisitos establecidos en la Resolución del ERT, no resulta procedente su paralización en sede cautelar al no concurrir, en ninguna de ellas, los presupuestos necesarios para obtener la tutela provisional. Todo ello teniendo en cuenta, además, que se ha perdido el objeto de la medida cautelar por causa sobrevenida en el caso de los descuentos para Fusión + 2 y Fusión+ 4.

Con independencia de la conclusión anterior, en su escrito de denuncia, Vodafone plantea la cuestión concerniente a la comercialización por parte de Telefónica de sus ofertas comerciales en función del operador de origen del cliente. A estos efectos, será en el marco del procedimiento principal donde la CNMC dirimirá (i) si los hechos denunciados por Vodafone efectivamente han tenido lugar y (ii) en tal caso, si la conducta de Telefónica es compatible con obligaciones regulatorias impuestas a este operador en la Resolución de los mercados 3 y 4.

Por tanto, no existen en la presente fase del procedimiento elementos de juicio suficientes que permitan, de acuerdo con lo establecido en el artículo 56.1 de la LPAC, la adopción de una medida provisional.

En atención a lo recogido en los anteriores Antecedentes de Hecho y Fundamentos de Derecho, la Sala de Supervisión Regulatoria de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia

RESUELVE

PRIMERO.- Desestimar la solicitud de medidas provisionales formulada por Vodafone España, S.A.U. en relación con el conjunto de promociones comercializadas por Telefónica de España. S.A.U y que son objeto del procedimiento de referencia.

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.