

RESOLUCIÓN (Expte. S/0422/12 CONTRATOS DE PERMANENCIA)

SALA DE COMPETENCIA

PRESIDENTE

D. José María Marín Quemada

CONSEJEROS

D^a. María Ortiz Aguilar

D. Fernando Torremocha y García-Sáenz

D. Benigno Valdés Díaz

D^a. Idoia Zenarrutzabeitia Beldarrain

SECRETARIO

D. Tomás Suárez-Inclán González

En Madrid, a 29 de octubre de 2014

La Sala de Competencia de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, ha dictado esta Resolución en el expediente S/0422/12 Contratos de Permanencia, incoado por la Dirección de Investigación, de la Comisión Nacional de la Competencia, ambas extintas, contra TELEFONICA MÓVILES DE ESPAÑA, S.A.U. por supuesta infracción del artículo 1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (en adelante LDC) y el artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE).

ANTECEDENTES DE HECHO

1. El 12 de marzo de 2012 tuvieron entrada en la extinta Comisión Nacional de la Competencia (en adelante CNC) dos escritos presentados por dos pequeños clientes empresariales de TELEFÓNICA MÓVILES DE ESPAÑA, S.A.U. (en adelante, TME) y de VODAFONE ESPAÑA, S.A.U. (VODAFONE). A través de dichos escritos, la hoy extinta Dirección de Investigación (en adelante, DI) tuvo conocimiento de la existencia de condiciones de permanencia en determinados contratos de prestación de servicios de telefonía móvil en el ámbito minorista que podrían ser contrarias a la LDC, en la medida en que tales condiciones podrían dificultar, sin justificación objetiva, el cambio de operador de servicios de telefonía móvil.

2. La DI abrió unas diligencias previas (DP 2012/009), en las que requirió información a los operadores con mayor cuota de mercado en el sector de la telefonía móvil (TME, VODAFONE y ORANGE) sobre las condiciones de permanencia aplicadas en los contratos de servicios móviles de la modalidad de postpago, tanto en el segmento residencial como en el segmento empresarial.
3. Con fecha 1 de junio de 2012, tras un análisis de la información recabada, la DI decidió abrir una información reservada bajo la referencia S/0422/12, a la que se incorporaron las diligencias previas. En el ámbito de dicha información reservada, se realizaron nuevos requerimientos de información a los principales operadores de telefonía móvil.
4. Con fecha 18 de diciembre de 2012 se acordó la incoación del expediente sancionador S/0422/12, Contratos de Permanencia, contra TME por una posible práctica restrictiva de la competencia prohibida por el artículo 1 de la LDC, consistente en la aplicación de condiciones de permanencia restrictivas de la competencia en determinados contratos de prestación de servicios móviles con clientes empresariales.
5. Con fecha 28 de enero de 2013, tuvo entrada en la CNC escrito de alegaciones de TME a los acuerdos adoptados por la DI el 21 de enero de 2013 en relación con la confidencialidad de la documentación aportada por TME en el marco del expediente de referencia.
6. Con fecha 29 de enero de 2013, la DI acordó la admisión de personación en calidad de interesados de VODAFONE y ORANGE, que lo habían solicitado el 15 de enero de 2013 y el 28 de enero de 2013, respectivamente.
7. Con fecha 8 de febrero de 2013, la DI respondió a las alegaciones de TME y acordó hacer efectivo el levantamiento de la confidencialidad de una parte de la documentación aportada por TME en el presente expediente.
8. El 22 de febrero de 2013 tuvo entrada en la CNC el recurso interpuesto por TME contra el acuerdo de 8 de febrero de 2013 por el que se hacía efectivo el levantamiento de la confidencialidad de una parte de la documentación aportada por TME (R/0134/13).
9. Con fecha 25 de febrero de 2013, la DI realizó un nuevo requerimiento de información a TME, solicitando la actualización a 31 de diciembre de 2012 de los datos aportados hasta el momento, así como determinada información complementaria. La respuesta a este requerimiento fue remitida por TME el 14 de marzo de 2013.
10. El 10 de mayo 2013, el Consejo de la CNC resolvió no admitir el recurso presentado por TME en el expediente R/0134/13, en lo referente al levantamiento parcial de la confidencialidad de la documentación aportada por

TME el 21 de junio y el 22 de noviembre de 2012, así como desestimarlos en lo referente a la documentación aportada por TME mediante escrito de 25 de abril de 2012.

11. El 18 de octubre de 2013, se formuló el Pliego de Concreción de Hechos (en adelante PCH, folios 1306 a 1357), que fue notificado a TME, VODAFONE y ORANGE, ese mismo día. En el PCH la actual Dirección de Competencia (DC) de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) consideró que la conducta de TME constituye una infracción del artículo 1 de la LDC.

12. El día 6 de noviembre de 2013, tuvieron entrada en la CNMC las alegaciones al PCH, presentadas por TME (folios 1537 a 1588), escrito que fue complementado con fecha 20 de noviembre de 2013 con la presentación de su versión no confidencial (folios 1663 a 1726).

A su vez, el 8 de noviembre de 2013, ORANGE presentó escrito de alegaciones (folios 1601 a 1610), que fue complementado con fecha 15 de noviembre de 2013 con la presentación de su versión no confidencial (folios 1623 a 1631).

13. El escrito de alegaciones presentado por TME, contenía propuesta de práctica de prueba consistente en la aportación de un informe económico, elaborado específicamente para el procedimiento por un experto independiente, para valorar las cláusulas y prácticas investigadas. Tras la aceptación por la DC de la prueba propuesta, el 27 de noviembre de 2013 TME presentó ante la CNMC el citado informe (folios 1751-1806).

14. Asimismo, TME junto con su escrito de alegaciones, presentó una solicitud de inicio de actuaciones tendentes a la terminación convencional del procedimiento, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 52 de la LDC y 39 del Reglamento de Defensa de la Competencia (RDC), aprobado por el Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero.

Con fecha 19 de noviembre de 2013, el Director de Competencia acordó el inicio de las citadas actuaciones tendentes a la terminación convencional, dando un plazo de 15 días a TME para la presentación de una propuesta de compromisos que resolvieran los efectos sobre la competencia.

Con fecha 10 de diciembre de 2013, TME presentó la propuesta de compromisos que fue remitida al Consejo de la CNMC y al resto de interesados, sin que conste la presentación de alegaciones a la misma.

El 8 de enero de 2014, tras analizar los compromisos presentados, la DC acordó que los mismos no resolvían adecuadamente los efectos sobre la competencia derivados de las conductas objeto del expediente, ni garantizaban suficientemente el interés público.

Finalmente, TME presentó una nueva propuesta de compromisos el 27 de enero de 2014, que fue rechazada nuevamente por la DC el 14 de febrero de 2014, cerrando el procedimiento de Terminación Convencional y reanudando el cómputo del plazo del procedimiento S/0422/12.

15. Con fecha 24 de febrero de 2014 la DC acordó el cierre de la fase de instrucción del expediente S/0422/12, Contratos de Permanencia, conforme lo previsto en el artículo 33.1 del RDC.

16. El 3 de marzo de 2014, la DC dictó Propuesta de Resolución, que fue notificada a las partes el 4 de marzo de 2014.

Los días 31 de marzo y 1 de abril de 2014, tuvieron entrada en la CNMC las alegaciones a la Propuesta de Resolución de TME (folios 2459-2491) y ORANGE (folios 2555-2568), respectivamente. En sus alegaciones TME solicitó vista ante el Consejo de la CNMC. A su vez, ese mismo día 31 de marzo, tuvo entrada la respuesta de TME a la solicitud de información sobre su volumen de negocios.

17. Con fecha de 1 de abril de 2014, la DC elevó su Informe y Propuesta de Resolución al Consejo de la CNMC.

18. El 10 de julio de 2014, la Sala de Competencia del Consejo de la CNMC, teniendo en cuenta que las conductas imputadas pueden afectar a los intercambios intracomunitarios, acordó calificar la conducta objeto de este expediente como una práctica contraria no sólo al artículo 1 de la LDC sino también al artículo 101 del TFUE (folios 2775 a 2778).

19. Con fecha 28 de agosto de 2014, la Sala de Competencia del Consejo de la CNMC acordó la remisión de información a la Comisión Europea prevista por el artículo 11.4 del Reglamento (CE) n° 1/2003 del Consejo, de 16 de diciembre de 2002 relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 101 y 102 del Tratado, la cual tuvo lugar en fecha 2 de septiembre de 2014.

Con fecha 3 de septiembre de 2014 (folio 2803) se dictó Acuerdo por el que se resolvió informar a las partes de la remisión efectuada a la Comisión Europea señalando que, en cumplimiento del artículo 37.2.c) de la LDC, había quedado suspendido el cómputo del plazo máximo para resolver el expediente hasta que por la Comisión Europea se diera respuesta a la información remitida, o transcurriera el plazo a que hace referencia el mencionado artículo 11.4 del Reglamento CE 1/2003. Transcurrido el plazo de 30 días a que se refiere el último precepto señalado, por Acuerdo de 6 de octubre de 2014 (folio 2823), y con efectos desde el 3 de octubre de 2014, el Consejo resolvió levantar la suspensión del cómputo del plazo máximo para resolver el expediente de referencia, lo que se notificó a las partes.

20. Con fecha 10 de octubre de 2014, ha tenido entrada en la CNMC, escrito de alegaciones presentado por TME, solicitando acceso a las conclusiones de la Comisión Europea respecto al presente expediente.
21. La Sala de Supervisión Regulatoria informó en su reunión de 23 de octubre de 2014.
22. La Sala de Competencia del Consejo de la CNMC deliberó y falló esta Resolución en su reunión del día 29 de octubre de 2014.

HECHOS ACREDITADOS

Las conductas objeto de este expediente han sido valoradas por este Consejo partiendo de los hechos acreditados por la DC de la CNMC y que se transcriben a continuación.

I. LAS PARTES

Son partes en este expediente sancionador:

TELEFÓNICA MÓVILES DE ESPAÑA, S.A.U. (TME)

TME es una filial al 100% de Telefónica, S.A., empresa cabecera del Grupo Telefónica. En España, las principales actividades del Grupo Telefónica son la explotación de servicios minoristas de telefonía fija, telefonía móvil y banda ancha fija, así como la prestación de servicios mayoristas relacionados. La explotación de servicios de telefonía móvil de este grupo la realiza en España TME, que los comercializa bajo la marca Movistar.

VODAFONE ESPAÑA, S.A. (VODAFONE)

VODAFONE es una filial del Grupo Vodafone, que es el segundo operador de telefonía móvil a nivel mundial, tanto por número de clientes como por ingresos. En España, la actividad principal de VODAFONE es la explotación de servicios minoristas de telefonía móvil, aunque también presta servicios minoristas de telefonía fija y banda ancha fija. Asimismo, VODAFONE también provee servicios mayoristas de telefonía móvil.

FRANCE TELECOM ESPAÑA, S.A. (ORANGE)

ORANGE es una compañía controlada por el Grupo France Telecom, que es el tercer operador de telefonía móvil y el tercer proveedor de acceso a Internet ADSL de Europa. Las principales actividades de ORANGE en España son la

prestación de servicios de telefonía fija, telefonía móvil y acceso a Internet. Asimismo, ORANGE también provee servicios mayoristas de telefonía móvil.

II. MERCADOS AFECTADOS

La definición del mercado relevante, tanto desde el punto de vista del producto como de su dimensión geográfica, permite delimitar y definir los límites de competencia entre empresas, así como establecer el marco en el que se aplica la legislación de defensa de la competencia.

Por tanto, con carácter previo al análisis de conductas de TME que puedan ser constitutivas de una infracción al artículo 1 de la LDC y 101 TFUE, procede definir los mercados relevantes, tanto de producto como geográficos, en los que puedan haberse llevado a cabo tales conductas.

1. Mercado de producto

Las conductas investigadas en este expediente se desarrollan en el ámbito de los servicios de comunicaciones móviles, que han sido objeto de investigación por parte de la CNMC, así como de la Comisión Europea en numerosas ocasiones, y que se han considerado sistemáticamente como diferenciados de los servicios de comunicaciones fijas, entre otras razones por las diferentes prestaciones que ofrecen, especialmente la movilidad.

Los servicios de comunicaciones móviles son aquéllos cuya prestación consiste en el establecimiento de comunicaciones electrónicas de voz o datos y que utilizan una red de telecomunicaciones móviles. Esto es, una red cuyos puntos de terminación de red no están en ubicaciones fijas. En concreto, los servicios de conectividad móvil que ofrecen los operadores incluyen la transmisión de voz (llamadas y videollamadas), servicios de mensajería (mensajes cortos SMS y MMS), conexiones de datos y acceso a Internet, tanto de banda estrecha como de banda ancha, y otros servicios de valor añadido como acceso a contenidos premium o servicios de televisión móvil. Además, se han desarrollado de manera considerable las líneas móviles asociadas a máquinas (M2M).

En el ámbito de los servicios de comunicaciones electrónicas se suelen distinguir dos grandes grupos de servicios:

- a) Servicios minoristas, que son los prestados a usuarios finales (consumidores y empresas).
- b) Servicios mayoristas, que son los que permiten a otros operadores el acceso a las instalaciones que se necesitan para prestar los servicios minoristas.

Los servicios mayoristas están, por lo tanto, directamente relacionados con los servicios minoristas, para los que constituyen servicios ascendentes. Dentro de estos dos grupos, es posible definir diferentes mercados relevantes atendiendo a las características de la demanda y la oferta.

Sin embargo, las prácticas objeto de investigación en el presente expediente se desarrollan exclusivamente en el ámbito de los servicios minoristas de comunicaciones móviles y su valoración no se va a ver afectada por la delimitación de los mercados ascendentes de servicios mayoristas.

Por lo tanto, el análisis de los mercados relevantes se centrará en los servicios minoristas de comunicaciones móviles.

1.1. Sustituibilidad entre tecnologías de comunicaciones móviles

Tras el despliegue de la telefonía móvil digital en 1995, bajo la tecnología GSM en la banda de 900MHz (redes de segunda generación o 2G), se han ido desarrollando nuevas redes en nuevas bandas de frecuencia y se han introducido mejoras de las redes existentes, en especial en la capacidad de transmisión de datos. En particular, cabe destacar el despliegue de las nuevas redes de telefonía móvil UMTS (3G) y nuevas tecnologías para servicios de datos HSDPA (3.5G) que permiten mayores velocidades de conexión a Internet. Los servicios a través de redes LTE (Long Term Evolution o redes 4G) no han comenzado a comercializarse hasta 2013 y, por lo tanto, resultan de escasa relevancia a los efectos del presente expediente.

En general, estas innovaciones tecnológicas han sido transparentes para los usuarios, y se han visto acompañadas de una permanente renovación del parque de receptores, que han ido integrando de manera sucesiva la capacidad para utilizar las nuevas bandas de frecuencia y los nuevos servicios.

La introducción de estas nuevas tecnologías, que siguen conviviendo en las redes de los operadores nacionales de telefonía móvil, no ha alterado significativamente la funcionalidad de algunos de los servicios de comunicaciones móviles. En particular, los servicios de voz o de mensajes cortos pueden prestarse a través de redes 2G o 3G sin diferencias de calidad perceptibles para el usuario.

Los servicios de datos, aunque también pueden prestarse a través de las distintas tecnologías, presentan diferencias de calidad más perceptibles. La importancia que los usuarios atribuyan a estas diferencias de calidad dependerá de sus necesidades y pautas de consumo. Fundamentalmente los usuarios que utilicen intensivamente servicios de datos valorarán dichas diferencias como relevantes.

En todo caso, teniendo presente que todos los operadores con redes 2G ofrecen también servicios a través de redes 3G, sin diferenciarlos comercialmente, de forma que todos los usuarios tienen acceso a la última tecnología disponible, y

que el uso de las redes 4G está en pleno proceso de expansión, esta Sala considera que a los efectos del presente expediente, no estaría justificada una segmentación de los servicios minoristas de comunicaciones móviles atendiendo a la tecnología utilizada.

1.2. Sustituibilidad entre los distintos servicios de telefonía móvil

En el ámbito de los servicios minoristas de comunicaciones móviles se puede considerar la existencia de diferentes mercados de producto atendiendo a los diversos tipos de servicios disponibles: llamadas de voz, mensajes cortos, acceso a internet móvil y acceso a servicios de datos.

En los precedentes nacionales, entre los que cabe citar el expediente S/0248/10 SMS, se ha analizado en profundidad la sustituibilidad tanto por el lado de la demanda como por el lado de la oferta de los diferentes servicios minoristas de telefonía móvil, concluyéndose que procedía definir mercados de servicios minoristas de mensajes cortos, separados de los de llamadas de voz móvil y de datos.

Posteriormente, en la Resolución de 6 de marzo de 2014 en el expediente S/0391/11 Llamadas Móviles, la Sala de Competencia del Consejo de la CNMC apuntó que, *“... no obstante, más allá del período analizado en el presente expediente, el mercado de la telefonía móvil ha experimentado un cambio sustancial a partir de 2010, después de la irrupción de la banda ancha en el año 2009. La reducción de la demanda y pérdida de importancia del mercado de los SMS y el crecimiento de la demanda de nuevos servicios, entre ellos los servicios over-the-top y, en general, de la banda ancha móvil bajo soportes de teléfonos inteligentes y tablets, en el contexto de la expansión de los nuevos estándares tecnológicos, han condicionado la evolución más reciente de estos mercados en los que se ha alterado la importancia y preferencia relativa de estos servicios desde el lado de la demanda y, en consecuencia, el grado de sustituibilidad que existe actualmente entre tales servicios”*.

En relación con las prácticas analizadas en este expediente procede realizar las siguientes consideraciones sobre una posible diferenciación de los servicios de telefonía móvil.

En el precedente nacional mencionado, se concluyó que desde el punto de vista de la demanda, los servicios mensajes cortos constituyen mercados separados de los de las llamadas de voz y de datos, en la medida en que respondían a necesidades de comunicaciones diferentes y en que los esquemas de comercialización vigentes en el período al que se referían los hechos objeto de investigación permitían a los usuarios distinguir los precios pagados por unos servicios u otros.

En este caso hay que considerar el hecho de que los servicios de llamadas de

voz, de mensajes cortos y de transmisión de datos, que se contratan por lo general de forma conjunta, se vinculan a un mismo compromiso de permanencia.

En este sentido, los compromisos de permanencia establecidos en los contratos no aparecen vinculados a la prestación de un servicio de telefonía móvil determinado (voz, mensajes cortos o datos), sino que afectan de forma conjunta a todos ellos.

En consecuencia, la eventual diferenciación entre los distintos mercados de telefonía móvil, atendiendo al tipo de servicios que se prestan no alteraría las condiciones de los compromisos de permanencia firmados, ni su posible efecto anticompetitivo.

Por otra parte, cabría considerar una posible segmentación en relación con los servicios de acceso a internet comercializados mediante líneas exclusivas de tráfico de datos (datacards) que permiten la conexión a ordenadores portátiles, tabletas u otros dispositivos equivalentes.

Según el informe anual de la CNMC correspondiente al año 2013, existían en España algo más de 1,96 millones de datacards, lo que supone el 4% del total de líneas móviles.

Los servicios de acceso a internet mediante datacards se contratan con un operador de telefonía móvil, que comercializa estos servicios siguiendo esquemas similares a los que ofrecen los de llamadas de voz, mensajes cortos y datos (existen contratos de prepago y de postpago, ofertas de tarifas planas y compromisos de permanencia).

Con independencia de la sustituibilidad que pudiera existir entre los servicios de acceso a internet mediante datacards y los servicios de llamadas de voz, mensajes cortos y datos, comercializados conjuntamente, el hecho de que los compromisos de permanencia se vinculen a un tipo u otro de contrato no altera en lo esencial las condiciones de dichos compromisos a efectos de valorar su posible efecto anticompetitivo.

Por lo tanto, no resulta necesario, a los efectos del presente expediente, pronunciarse sobre la existencia o no de mercados minoristas de comunicaciones móviles diferentes en función del tipo de servicio que se presta (voz, mensajes cortos o datos, ya sea asociados a líneas de telefonía móvil o a datacards), dado que dicha diferenciación no afectaría a las conclusiones del análisis sobre las conductas investigadas.

Por el contrario, otros servicios de comunicaciones móviles, como los de comunicación máquina a máquina (M2M) no pueden considerarse, a efectos de la valoración de las conductas analizadas en el presente expediente, como incluidos en el mismo mercado que el resto de los servicios de comunicaciones móviles analizados. Así, los servicios M2M están orientados a la transmisión de datos

entre máquinas¹ y no a la comunicación entre personas, por lo que, desde la óptica de la demanda presentan una sustituibilidad nula con otros servicios de comunicaciones móviles. También se comercializan de forma diferente y están sujetos a marcos regulatorios distintos, por lo que presentan condiciones de competencia que no son homogéneas y no resultan relevantes para el análisis de las conductas investigadas en el presente expediente.

1.3. Clientes residenciales y clientes empresariales

En el ámbito de los servicios minoristas de comunicaciones móviles, se puede plantear la posibilidad de diferenciar mercados según la tipología del cliente: residencial o empresarial.

Para el segmento empresarial las comunicaciones móviles constituyen un insumo muy relevante para la producción de bienes o la prestación de servicios en los mercados en los que las empresas desarrollan su actividad, por su carácter indispensable e insustituible. En este sentido, las necesidades y el nivel de utilización de estos servicios son mayores que las de los clientes particulares. Además, determinadas empresas pueden requerir servicios más complejos o servicios adicionales a los normalmente prestados en el segmento residencial.

El *“Informe de los Servicios de la CMT sobre la situación competitiva en el segmento empresarial”* (Octubre 2011)² pone de manifiesto que el tamaño de la empresa es un factor determinante de las necesidades de servicios de comunicaciones electrónicas de las empresas.

Este informe distingue una gran base de clientes empresariales de pequeño tamaño, que accedería a productos estandarizados, cuya comercialización se orienta a este segmento y que típicamente empaquetan diversos servicios de comunicaciones electrónicas. Junto a estos clientes, aparece un número reducido de empresas de mayor tamaño que demandan servicios más complejos y específicos, y que interactúan con los operadores de forma personalizada.

Adicionalmente, en el segmento residencial es significativa la contratación por los particulares de servicios móviles en la modalidad de prepago, mientras que en el segmento empresarial este tipo de contratación es prácticamente inexistente.

Incluso si se centra el análisis en los productos estandarizados en la modalidad de postpago, es discutible que, desde la perspectiva de la demanda, exista un nivel de sustituibilidad suficiente entre los servicios ofrecidos a los clientes

¹ Por ejemplo, ascensores, contadores o máquinas expendedoras que transmiten información sobre su estado, necesidad de revisiones, consumos registrados, etc.

² El citado Informe sobre la situación competitiva en el segmento empresarial” está disponible en <http://www.cnmc.es/LinkClick.aspx?fileticket=fMvF7tVWKHY%3d&tabid=950&portalid=0&mid=2721&language=es-ES>

particulares y los servicios ofrecidos a los clientes empresariales para justificar la definición de un único mercado atendiendo al tipo de cliente.

En este sentido, el empaquetamiento y las tarifas que se definen para los productos estandarizados orientados a empresas se ajusta a las pautas y necesidades de consumo típicas del segmento empresarial, que difieren de las de los clientes particulares.

Además, el esfuerzo de comercialización de los productos estandarizados orientados a empresas que realizan los operadores también se dirige al segmento empresarial.

Así, el portfolio comercial de los principales operadores distingue entre ofertas destinadas a los clientes particulares y ofertas dirigidas a empresas o autónomos, que se adaptan a los distintos niveles de utilización de los servicios y de capacidad de gasto de los usuarios.

Aunque estas ofertas comerciales presenten esquemas similares, cabe pensar que ante un empeoramiento de las condiciones de una determinada tarifa residencial, el cliente carece de incentivos a cambiar a una tarifa empresarial, dado que el diseño de los productos sujetos a estas tarifas no se ajusta a las necesidades y pautas de consumo típicas de los particulares.

Un razonamiento simétrico permite determinar que, en general, los clientes empresariales, especialmente los que tienen consumos significativamente superiores a los de los clientes residenciales, no tendrán incentivos para cambiar a una tarifa residencial ante un empeoramiento pequeño pero significativo y no transitorio de las condiciones de una determinada tarifa dirigida a empresas.

Por otro lado, conviene recordar que la normativa de protección de los usuarios finales de comunicaciones móviles presenta aspectos diferenciados, en función de si dichos usuarios son consumidores o son empresas. En el primer caso, resulta de aplicación la normativa general de defensa de los consumidores, además de la normativa sectorial relativa a los usuarios de comunicaciones electrónicas. En el segundo caso, sólo sería de aplicación esta última.

Adicionalmente el artículo 55.1 de la vigente Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones limita a *“los usuarios finales que sean personas físicas”* el *“derecho a disponer de un procedimiento extrajudicial, transparente, no discriminatorio, sencillo y gratuito para resolver sus controversias con los operadores que exploten redes o presten servicios de comunicaciones electrónicas disponibles al público, cuando tales controversias se refieran a sus derechos específicos como usuarios finales de servicios de comunicaciones electrónicas reconocidos en esta Ley y su normativa de desarrollo y de acuerdo con lo recogido en la normativa comunitaria”*.

El artículo 38 (*“Derechos de los consumidores y usuarios finales”*) de la anterior Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones, aplicable hasta 2014, también disponía en su apartado 1 que *“Los operadores que exploten redes o que presten servicios de comunicaciones electrónicas y los consumidores que sean personas físicas y otros usuarios finales podrán someter las controversias que les enfrenten al conocimiento de las juntas arbitrales de consumo, de acuerdo con la legislación vigente sobre defensa de los consumidores y usuarios”*.

Estas características de la regulación contribuyen a determinar entornos competitivos no homogéneos que refuerzan la diferenciación, al menos desde la perspectiva de la demanda, entre el segmento residencial y el empresarial.

En definitiva, desde el punto de vista de la demanda, en el ámbito de los servicios minoristas de comunicaciones móviles, cabe distinguir por un lado, un segmento residencial o de particulares y otro empresarial.

Por otro lado, tal y como refleja el “Informe de los Servicios de la CMT sobre la situación competitiva en el segmento empresarial” ya citado, las empresas usuarias de los servicios minoristas de comunicaciones móviles no presentan características homogéneas. Por el contrario, sus necesidades de comunicación y sus pautas de consumo son diferentes y, en general, adquieren mayor complejidad e intensidad de acuerdo con el tamaño de la empresa.

Además, los canales de comercialización y las ofertas comerciales de los principales operadores en el ámbito minorista de las comunicaciones móviles en España también se diferencian en función de la tipología de los clientes empresariales. Los grandes clientes (como las grandes empresas y algunas administraciones públicas) normalmente contratan los servicios de comunicaciones móviles a través de licitaciones públicas y requieren ofertas a medida. Las pequeñas y medianas empresas reciben, habitualmente, una atención individualizada para la adquisición de los productos estandarizados que mejor se adecuan a su dimensión y necesidades de comunicación. Los autónomos y algunas microempresas utilizan mayoritariamente un canal comercial estándar (tienda, atención telefónica o página web de los operadores) y adquieren también productos estandarizados.

El portfolio de ofertas comerciales estandarizadas de los principales operadores refleja también esta diferenciación, desde la perspectiva de la demanda, de los servicios de comunicaciones móviles dirigidos a empresas. Así, comercializan productos estandarizados orientados a particulares, a autónomos, o a empresas (que, en este caso se corresponden con PYME, dado que los grandes clientes, como se ha señalado, negocian ofertas a medida en lugar de contratar productos estandarizados) y adaptados a las necesidades y pautas de consumo de cada uno de estos grupos por lo que, en línea con lo ya señalado, su sustituibilidad desde la perspectiva de la demanda es limitada.

En definitiva, desde la perspectiva de la demanda en el ámbito de los servicios minoristas de comunicaciones móviles, cabe distinguir por un lado, un segmento residencial o de particulares y otro empresarial y, dentro de este, cabe a su vez diferenciar los segmentos de autónomos, PYME y grandes clientes.

No puede descartarse, no obstante, que la sustituibilidad por el lado de la oferta sea lo suficientemente significativa como para que ofertas dirigidas a los distintos segmentos de clientes empresariales y a los particulares formen parte de un mismo mercado, en la medida en que los inputs técnicos y los recursos para las redes de venta y servicios de asistencia técnica necesarios para ambos tipos de ofertas son muy similares y presentan importantes sinergias entre sí.

2. Mercados geográficos

Tanto el precedente nacional mencionado como los precedentes comunitarios han considerado un mercado geográfico de ámbito nacional para los servicios de comunicaciones electrónicas móviles.

Los principales operadores móviles con red propia (OMR) disponen de licencia de ámbito nacional para operar en este servicio, y en el caso de los operadores móviles virtuales (OMV), estos operadores utilizan estas redes de acceso nacionales para prestar servicios a sus clientes en todo el territorio nacional.

Por otro lado, por lo general, los operadores de servicios de comunicaciones móviles mantienen estrategias competitivas de carácter nacional, tanto en el ámbito minorista como en los servicios mayoristas de comunicaciones móviles.

Por lo tanto, se concluye que las condiciones de competencia son homogéneas en todo el territorio nacional, y por tanto, ésta es la dimensión geográfica de los mercados de producto identificados.

3. Conclusión sobre los mercados relevantes

A la vista de todo lo anterior, esta Sala considera que el análisis de las conductas atribuidas a TME debe realizarse en el ámbito de los servicios minoristas de comunicaciones móviles prestados en el territorio nacional (excluyendo los servicios M2M).

4. Situación competitiva en los mercados relevantes

4.1. Evolución general de los servicios minoristas de comunicaciones móviles

En la tabla 1 se recogen datos de la evolución del número de líneas de comunicaciones móviles y de las tasas de penetración para el período 2006-2013. Los datos reflejan que, en los últimos años, se ha producido un estancamiento de

la penetración (número de líneas por cada cien habitantes) de líneas de voz, mientras que la banda ancha sigue registrando fuertes crecimientos.

TABLA 1: LÍNEAS DE COMUNICACIONES MÓVILES Y TASAS DE PENETRACIÓN

Miles de líneas y líneas /100 habitantes	2006	2007	2008	2009	2010	2011	2012	2013
Líneas de voz	45.676	48.422	49.623	51.053	51.389	52.591	50.665	50.159
Prepago	20.881	20.765	20.313	20.865	19.969	20.370	17.815	15.749
Postpago	24.795	27.658	29.310	30.187	31.421	32.221	32.850	34.409
Tasa de penetración de líneas de voz	104,4	108,9	109,6	111,4	111,7	113,9	109,7	107,3
Líneas de voz vinculadas a banda ancha (1)	--	--	--	--	7.642	13.919	22.422	29413
Datacards	325	653	1.188	1.960	3.355	3.377	2.514	1956
Tasa de penetración banda ancha móvil	--	--	--	--	23,9	37,5	54	67,1
Otros								
M2M	661	1.111	1.470	1.848	2.129	2.489	2.796	3113
Radiobúsqueda	17	14	11	9	7	4	1	1
Trunking	1	1	0	0	0	0	0	0

(1) Se ha producido un cambio en la serie para los años 2010 y 2011. Se incluye como línea vinculada al servicio de banda ancha móvil si: 1) está asociada al pago de una cuota recurrente vinculada al servicio de acceso a Internet; o 2) sin estar asociada al pago de una cuota recurrente, se ha conectado al servicio de acceso a Internet en los últimos tres meses y se le facturó por tal conexión. Se excluyen líneas vinculadas a datacards y líneas que hayan accedido a servicios de Internet móvil a través de portal propio (walled-garden).

Fuente: CNMC (<http://data.cnmc.es/datagraph/>).

Así, en el año 2013, había en España 50.2 millones de líneas de telefonía móvil con una tasa de penetración del 107'3% de la población, y 1,9 millones de datacards para conexiones a Internet. Desde el año 2000, el número de líneas de telefonía móvil se ha más que duplicado, aunque desde el año 2008 se observan tasas de crecimiento reducidas.

Desde 2012 se invierte la tendencia de crecimiento y, por primera vez, se han registrado descensos del 3,7% en el número de líneas de telefonía móvil y, en menor medida, en 2013, con un descenso del número de líneas de telefonía móvil

de un 1%. El descenso en las líneas de telefonía móvil se concentra en las de prepago (15,7 millones de líneas en 2013) mientras que las de postpago han continuado aumentando hasta alcanzar los 34,4 millones de líneas en 2013.

Estos datos confirman las tendencias de ejercicios anteriores. Así, si bien, las líneas de prepago protagonizaron el despegue de la telefonía móvil en España, con el tiempo han ido perdiendo importancia en favor de las líneas de postpago que han experimentado un fuerte aumento en los últimos años.

La pérdida de 2,4 millones de líneas de telefonía móvil refleja el impacto de la crisis económica en el ámbito de la telefonía móvil, en particular, en el segmento residencial, en el que se registró un descenso de 2,3 millones de líneas. Asimismo entre 2011 y 2013, el número de líneas en el segmento empresarial disminuyó en 123.000 líneas³.

En lo que se refiere a la banda ancha, el crecimiento sigue siendo muy significativo, con un aumento del 31% en 2013. No obstante, esta evolución responde a comportamientos diferenciados de las líneas dedicadas sólo a datos y de las asociadas a líneas de voz. Así, en 2013, ha descendido significativamente (un 27%) el número de líneas de datacards (líneas exclusivas de datos, que incluyen principalmente módems USB y tabletas), lo que se explica por el auge de las conexiones a internet a través de líneas vinculadas a dispositivos de voz y datos, como los móviles inteligentes (smartphones). De hecho, en el año 2013, 29,4 millones de líneas de voz y datos se conectaron activamente a Internet, lo que supone un incremento del 31,2% con relación al año anterior y refleja el predominio de este tipo de líneas para el acceso a Internet en movilidad, frente a las líneas exclusivas de datos (1,9 millones)⁴.

En la tabla 2 se desglosan los ingresos para los diferentes grupos de servicios, distinguiendo los generales de telefonía móvil, por un lado, y los de banda ancha, por otro. Entre los ingresos por servicios de telefonía móvil, se aprecia que los ingresos más importantes son los procedentes de tráfico de voz móvil, si bien desde 2008 han venido retrocediendo, al igual que los procedentes del tráfico de mensajes cortos, mientras que los ingresos procedentes de cuotas de alta y abono han aumentado. Destaca, asimismo, el fuerte incremento de los ingresos por servicios de banda ancha móvil y, en particular, el de los asociados a las líneas de voz y datos.

³ Fuente: CNMC (<http://data.cnmc.es/datagraph/>).

⁴ Fuente: CNMC (<http://data.cnmc.es/datagraph/>).

TABLA 2: INGRESOS MINORISTAS DE COMUNICACIONES MÓVILES

Millones de €	2006	2007	2008	2009	2010	2011	2012	2013
TELEFONÍA MÓVIL Y OTROS SERVICIOS	12.881	14.104	13.959	12.961	12.349	11.305	9.504	7.577
Telefonía móvil	12.789	13.987	13.810	12.827	12.180	11.159	9.291	7.344
Cuotas de alta y abono	320	552	800	984	1.647	1.823	3.035	3.381
Tráfico	10.821	11.692	11.280	10.271	9.273	8.206	5.548	3.489
Mensajes cortos	1.648	1.743	1.730	1.572	1.260	1.130	708	474
Otros servicios (1)	92,8	116,9	149,3	133,8	168,4	146	213,7	232
BANDA ANCHA MÓVIL	303,1	462,9	782,9	1.108	1.496	1.675	2.144	3.312
Banda ancha móvil nacional	426	704	1.013	1.363	1.520	1.928	2.581	3.048
Voz y datos	--	--	--	--	--	1.269	2018	2.672
Datacards	--	--	--	--	--	659,2	563,2	376
Itinerancia	37,19	78,69	95,63	123,4	142,56	147,3	129,08	133,57
Otros	0	0	0	10	12	69	56	130,13

(1) Se trata de servicios de menor relevancia, como el sistema de radio móvil TETRA, la red SIPCA o los servicios de telemetría o telecontrol.

Fuente: CNMC (<http://data.cnmc.es/datagraph/>).

La evolución a la baja de los ingresos procedentes de la telefonía móvil se ha mantenido en 2013. Los ingresos procedentes de la telefonía móvil durante el año 2013 alcanzaron los 7.344 millones de euros mientras que los ingresos de banda ancha móvil nacional crecen hasta alcanzar los 3.048 millones de euros y, en particular, los asociados a líneas de voz y datos, que suponen 2.672 millones de euros.

4.2. Estructura de los servicios minoristas de telefonía móvil

A finales de 2013 operaban activamente en el mercado cuatro operadores móviles con red propia (OMR), y por tanto con licencia de uso del espectro radioeléctrico necesario para desarrollar su propia red de acceso móvil (TME, VODAFONE, ORANGE y YOIGO), y varios operadores móviles virtuales (OMV), es decir, operadores que alquilan la red de los OMR para ofrecer sus servicios. En el caso de los OMV, se diferencia entre los OMV completos (Euskaltel, ONO, R Cable, E-Plus, Telecable, BT, JAZZTEL, Best Telecom y Fonyou), y diferentes OMV revendedores⁵.

La entrada de los operadores en el mercado español y su acceso a los recursos de espectro necesarios para el desarrollo de redes de telefonía móvil se ha ido produciendo de manera gradual en el tiempo, en general por motivos regulatorios. Esta circunstancia ha tenido una influencia importante en la estructura del sector y las cuotas de mercado alcanzadas por cada uno de los operadores.

Junto con el desarrollo del marco regulatorio, otro factor determinante de las condiciones de competencia en los mercados minoristas de telefonía móvil ha sido la capacidad de los operadores para incorporar los rápidos avances tecnológicos en el sector y para adaptarse a los hábitos del usuario de comunicaciones móviles.

Teniendo ambos elementos en cuenta, la etapa decisiva que determina la actual estructura del mercado de telefonía móvil en España se inició en el año 2006, cuando empieza a operar el cuarto operador con licencia de uso del espectro radioeléctrico (YOIGO) y los primeros operadores móviles virtuales (OMV). También en ese año los operadores incorporan con carácter general el estándar UMTS (Universal Mobile Telecommunications System) dando paso a las tecnologías 3G de telefonía móvil.

En el año 2006 el grado de penetración de las líneas móviles supera el 100% y el mercado entra en una fase de madurez con niveles de tráfico e ingresos relativamente estables. Como ya se ha indicado en el apartado anterior, a partir de 2008 se produce una caída continuada de los ingresos procedentes de la telefonía móvil junto a una estabilización relativa del tráfico, y en el año 2012 se rompe por primera vez la tendencia creciente del número de líneas de telefonía móvil, como consecuencia de la fuerte caída experimentada en los contratos de prepago.

La caída de ingresos procedentes de los servicios de telefonía móvil (excluyendo los servicios de banda ancha móvil) observada desde 2008 ha venido

⁵ En relación con las características de OMV completos y OMV revendedores, vid. Resolución de la CMT de 7 de febrero de 2008 por la que se aprueba la definición y el análisis de los mercados de terminación de llamadas vocales en las redes móviles individuales de los operadores móviles virtuales completos, la designación de operadores con poder significativo de mercado y la imposición de obligaciones específicas, y se acuerda su notificación a la Comisión Europea.

acompañada de una pérdida progresiva de cuota del principal operador, TME, que sin embargo mantiene un liderazgo claro, alcanzando en 2013 una cuota del 34,9% en términos de ingresos. Junto con VODAFONE (27,8%) y ORANGE (22,7%) los tres principales operadores suponen más del 85% del mercado, repartiéndose el resto entre YOIGO y los OMV.

Gráfico 1: Cuotas de mercado 2013 (%)

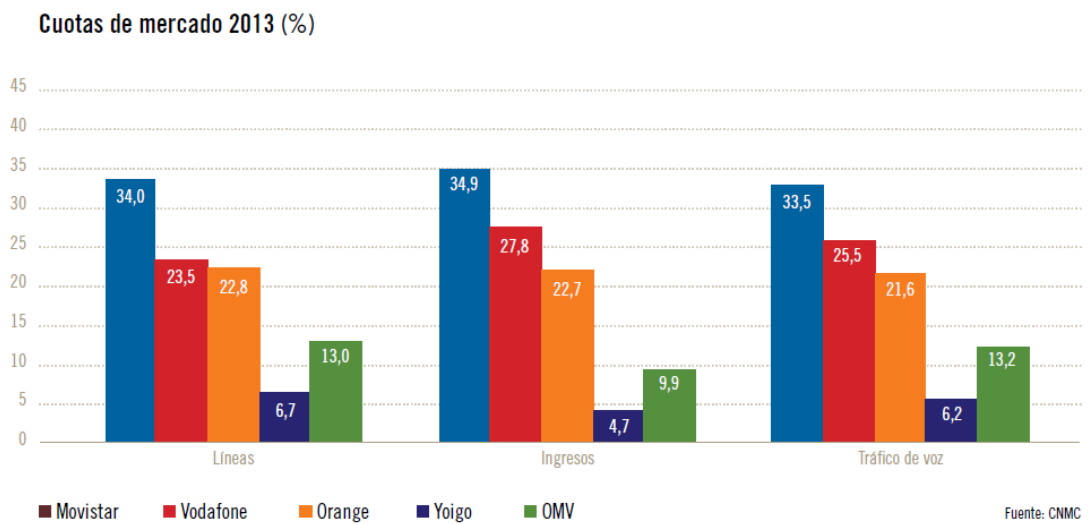


Tabla 3: LÍNEAS DE TELEFONÍA MÓVIL DE VOZ POR SEGMENTO

Miles de líneas	2010		2011		2012		2013	
	Res ⁶ .	Neg	Res.	Neg	Res.	Neg	Res.	Neg
TME (MOVISTAR)	16.040	5.511	15.355	5.246	12.965	5.474	11.760	5.269
Vodafone	11.877	3.279	11.505	3.310	9.986	3.176	8.887	2.923
Orange	8.456	1.936	8.804	2.004	8.898	2.077	9.304	2.142
YOIGO	2.037	0	2.769	0	3.250	0	3.364	0
Resto	2.175	78	3.494	103	4.693	147	6.301	206
Total	40.585	10.805	41.927	10.664	39.792	10.873	39.617	10.540

Fuente: CNMC (<http://data.cnmc.es/datagraph/>).

Tabla 4: INGRESOS DE TELEFONÍA MÓVIL POR SEGMENTO

Millones	2010		2011		2012		2013	
	Res.	Neg	Res.	Neg	Res.	Neg	Res.	Neg
TME - Movistar	3.697	2.416	3.078	1.889	2.263	1.430	1.540	1.019
Vodafone	2.687	1.222	2.149	993	1.729	807	1.383	632
Orange	1.622	635	1.564	619	1.455	552	1.252	431
YOIGO	320	0	413	0	432	0	362	0
Resto	280	28	426	28	590	33	691	35
Total	8.606	4.300	7.630	3.529	6.469	2.822	5.228	2.116

Fuente: CNMC (<http://data.cnmc.es/datagraph/>).

⁶ En los siguientes cuadros y tablas “Res” corresponde a “sector residencial” y “Neg” a “sector negocios”.

Tabla 5: INGRESO MEDIO POR LÍNEA DE TELEFONÍA MÓVIL POR SEGMENTO

Euros por línea	2010		2011		2012		2013	
	Res.	Neg	Res.	Neg	Res.	Neg	Res.	Neg
TME (MOVISTAR)	230	438	200	360	175	261	131	193
Vodafone	226	373	187	300	173	254	156	216
Orange	192	328	178	309	164	266	135	201
YOIGO	157	-	149	-	133	-	108	-
Resto	129	359	122	272	126	224	110	168
Total	212	398	182	331	163	260	132	201

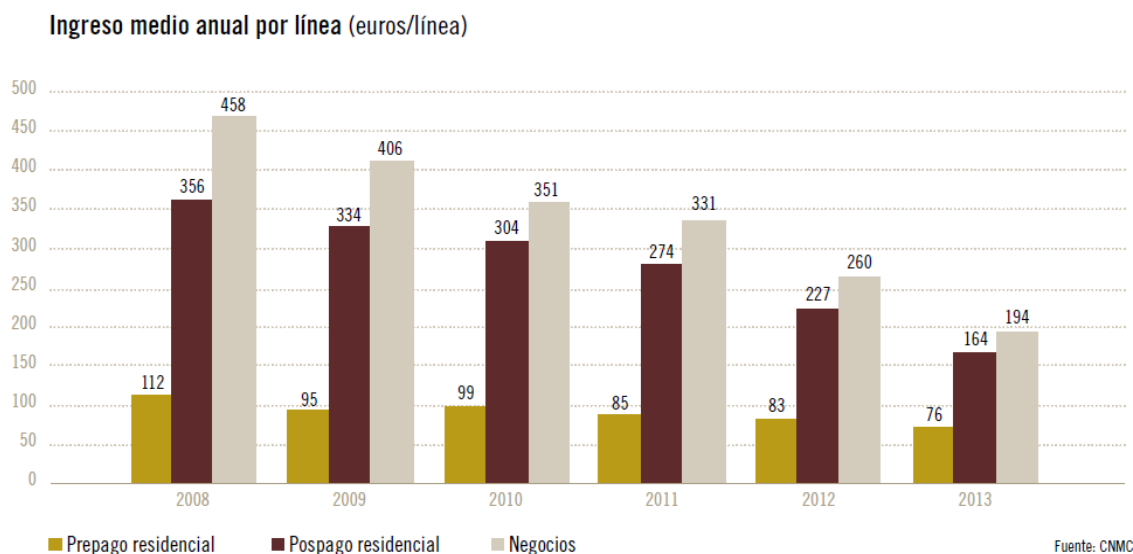
Fuente: CNMC (<http://data.cnmc.es/datagraph/>).

Los ingresos de servicios de telefonía móvil (excluyendo servicios de banda ancha móvil) procedentes del segmento empresarial representan en torno al 30% del total de ingresos de los servicios de telefonía móvil. No obstante, si se atiende a la rentabilidad de las líneas, se observa que el ingreso medio por línea es notablemente superior en el caso de los clientes empresariales que en el de los clientes residenciales (ver Tabla 5). En concreto, el ingreso medio por línea de negocios supera al de las líneas residenciales en porcentajes que oscilan entre el 88% y el 52% en el período 2010-2013. Este dato revela la especial importancia del segmento empresarial en el ámbito de los servicios minoristas de telefonía móvil.

En el gráfico 2 se muestra cómo desde el año 2008 la evolución de los ingresos de servicios de telefonía móvil (excluyendo servicios de banda ancha móvil) procedentes de las empresas ha seguido la tendencia a la baja del conjunto del ámbito de los servicios minoristas de telefonía móvil (excluyendo servicios de banda ancha móvil). Asimismo, el ingreso medio por línea de negocios, aunque sigue siendo notablemente superior al de las líneas residenciales, ha experimentado una caída significativa en los últimos años, si bien no se puede descartar que esta caída haya sido compensada por los incrementos en los

ingresos por servicios de banda ancha móvil derivados de líneas de clientes empresariales⁷.

Gráfico 2: Ingreso Medio anual por línea (Euros/línea)

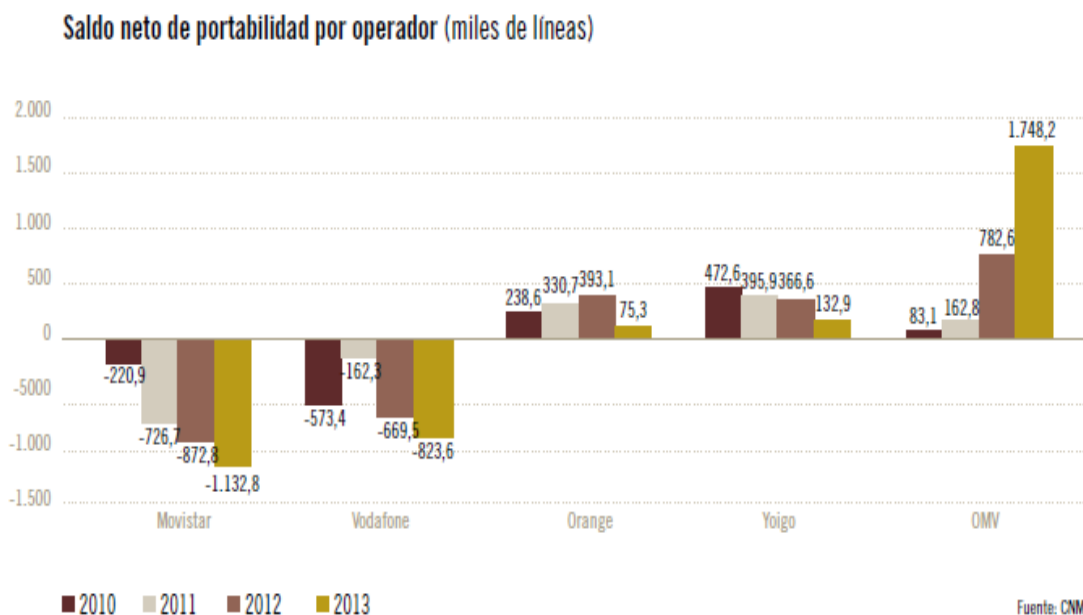


El gráfico 3 describe la evolución de la portabilidad en el mercado de telefonía móvil en los últimos años. En el año 2013, se tramitaron un total de 6,8 millones de portabilidades efectivas, lo que supone un aumento del 29,5% frente a 2012. En junio de 2012 entró en vigor la medida aprobada por la extinta CMT que acortó a un solo día el período necesario para hacer efectiva una solicitud de portabilidad, con el objetivo de reducir los costes que deben afrontar los usuarios al cambiar de proveedor.

En el conjunto del año 2013, los dos principales operadores en el mercado TME y VODAFONE registraron saldos negativos de portabilidad, mientras que ORANGE, YOIGO y los OMV experimentaron una ganancia neta de líneas.

⁷ Como se ha mencionado con anterioridad con los datos públicos por la CNMC (<http://data.cnmc.es/datagraph/>) no es posible calcular los ingresos medios por línea de los servicios de banda ancha móvil en el segmento empresarial.

Gráfico 3: Saldo neto de portabilidad por operador (miles de líneas)



Estos resultados confirman, además, que durante el año 2013 se ha acentuado la pérdida neta de clientes de TME y VODAFONE que venía observándose en ejercicios anteriores. Asimismo, aunque el crecimiento de ORANGE y de YOIGO ha sido menor que en años anteriores, el dato más destacable ha sido la ganancia neta de líneas de los OMV, sin que sea posible, con la información procedente del Informe Económico Sectorial 2012 de la CMT, determinar qué OMV están registrando ganancias netas de líneas y si están vinculados a los grupos empresariales de los OMR o son independientes.

Estos datos no permiten identificar en qué proporción los cambios de operador se produjeron en el segmento residencial o en el segmento empresarial. No obstante el Informe Económico Sectorial 2012 de la CMT dice que los consumidores “hicieron un uso intensivo de la posibilidad de cambiar de proveedor de servicios móviles” y que “de una muestra representativa de usuarios de servicios móviles dentro del segmento residencial, se obtuvo que el 11,7% de estos había cambiado de operador en los últimos 12 meses” conservando el 90% (lo que equivale al 10,5% de los clientes residenciales) la numeración inicialmente asignada.

En relación con la participación de los operadores en el mercado, los cuadros siguientes reflejan la casi nula presencia de los pequeños operadores de telefonía móvil en el segmento de negocios, acompañada de una clara posición de

liderazgo por parte de TME con cuotas en el entorno del 50% en términos de líneas y de ingresos.

Tabla 6: CUOTAS DE LÍNEAS DE TELEFONÍA MÓVIL DE VOZ POR SEGMENTO

Porcentajes	CUOTAS DE LÍNEAS DE TELEFONÍA MÓVIL DE VOZ POR SEGMENTO							
	2010		2011		2012		2013	
	Res.	Neg	Res.	Neg	Res.	Neg	Res.	Neg
Movistar	39,5	51	36,6	49,2	32,6	50,3	30	50
Vodafone	29,3	30,3	27,4	31	25,1	29,2	22	28
Orange	20,8	17,9	21	18,8	22,4	19,1	23	20
Yoigo	5	0	6,6	0	8,2	0	8	0
Resto	5,4	0,7	8,3	1	11,8	1,4	16	2
Total	100	100	100	100	100	100	100	100

Elaborado con datos de la CNMC (<http://data.cnm.es/datagraph/>).

Tabla 7: CUOTAS DE INGRESOS DE TELEFONÍA MÓVIL POR SEGEMENTO

Porcentajes	CUOTAS DE INGRESOS DE TELEFONÍA MÓVIL POR SEGEMENTO							
	2010		2011		2012		2013	
	Res.	Neg	Res.	Neg	Res.	Neg	Res.	Neg
Movistar	43	56,2	40,3	53,5	35	50,7	29,5	48,2
Vodafone	31,2	28,4	28,2	28,1	26,7	28,6	26,5	29,9
Orange	18,8	14,8	20,5	17,5	22,5	19,6	23,9	20,3
Yoigo	3,7	0	5,4	0	6,7	0	6,9	0,0
Resto	3,3	0,7	5,6	0,8	9,1	1,2	13,2	1,6
Total	100	100	100	100	100	100	100	100,0

Elaborado con datos de la CNMC (<http://data.cnm.es/datagraph/>).

Además de las diferencias en cuanto a la participación de operadores en uno y otro segmento, se puede observar que la cuota de TME permanece relativamente estable en el segmento empresarial, mientras en el segmento residencial pierde terreno en favor de otros operadores.

Asimismo, se observa que la pérdida de líneas de TME y VODAFONE se concentra en el segmento residencial, mientras que en el segmento de negocios el número de líneas de estos operadores se mantiene en niveles relativamente estables. La menor portabilidad de las líneas de negocios, como se verá en el apartado siguiente, podría ser una de las razones que explica esta evolución.

Por lo que se refiere a la banda ancha móvil, los datos revelan que los ingresos de banda ancha procedentes del segmento de negocios supusieron el 43% del total en 2011 y el 38% en 2012 y 34% en 2013. Su importancia relativa es, por tanto, más significativa en este tipo de servicios minoristas de telefonía móvil.

TABLA 8: INGRESOS DE BANDA ANCHA MÓVIL POR SEGMENTO

Millones de euros	2011		2012		2013	
	Res.	Neg	Res.	Neg	Res.	Neg
TME (MOVISTAR)	477	530	638	583	724	593
Vodafone	413	254	528	288	605	303
Orange	256	129	383	175	506	213
YOIGO	54	0	120	0	228	0
Resto	29	4	48	5	132	8
Total	1.228	917	1.716	1.051	2.195	1.117

Fuente: CNMC (<http://data.cnmc.es/datagraph/>).

TABLA 9: LÍNEAS EXCLUSIVAS DE DATOS POR SEGMENTO

Número de líneas	2011		2012		2013	
	Res.	Neg	Res.	Neg	Res.	Neg
TME (MOVISTAR)	680.722	785.223	320.258	488.325	149.824	224.615
Vodafone	542.569	492.827	450.672	487.908	419.447	514.579
Orange	380.808	168.047	318.785	159.910	294.720	145.314
YOIGO	145.305	0	115.651	0	70.280	0
Resto	159.120	22.397	145.640	26.352	110.998	26.233
Total	1.908.524	1.468.494	1.351.006	1.162.495	1.045.269	910.741

Fuente: CNMC (<http://data.cnmc.es/datagraph/>).

TABLA 10: LÍNEAS DE VOZ VINCULADAS A BANDA ANCHA MÓVIL

Número de líneas				
	2010	2011	2012	2013
TME (MOVISTAR)	3.792.277	6.690.347	7.860.938	9.692.822
Vodafone	2.665.615	3.616.061	5.887.367	7.088.369
Orange	736.819	2.424.770	4.448.147	6.503.716
YOIGO	182.533	696.134	2.220.749	2.768.004
Resto	264.936	491.731	2.004.479	3.360.594
Total	7.642.180	13.919.043	22.421.680	29.413.505

Fuente: CNMC (<http://data.cnmc.es/datagraph/>).

Asimismo, la información disponible confirma la creciente importancia de los ingresos correspondientes a los servicios de banda ancha móvil, tanto procedentes del segmento residencial como del de negocios. También se confirman la disminución del número de líneas exclusivas de datos (datacards) en ambos segmentos y el aumento del número de líneas de voz vinculadas a banda ancha móvil que ha sido generalizado entre los principales operadores del mercado.

En los siguientes cuadros se reflejan las cuotas de los distintos operadores en el ámbito de la banda ancha móvil, diferenciando, cuando resulta posible, entre el segmento residencial y el de negocios.

TABLA 11: CUOTAS DE INGRESOS DE BANDA ANCHA MÓVIL POR SEGMENTO

Porcentaje	2011		2012		2013	
	Res.	Neg	Res.	Neg	Res.	Neg
TME (MOVISTAR)	38,8	57,8	37,2	55,5	33,0	53,1
Vodafone	33,6	27,7	30,8	27,4	27,5	27,1
Orange	20,8	14,1	22,3	16,6	23,0	19,0
YOIGO	4,4	0	7	0	10,4	0,0
Resto	2,4	0,4	2,8	0,5	6,0	0,7
Total	100	100	100	100	100	100

Fuente: CNMC (<http://data.cnmc.es/datagraph/>).

TABLA 12: CUOTAS DE LÍNEAS EXCLUSIVAS DE DATOS POR SEGMENTO (DATACARDS)

Porcentaje	2011		2012		2013	
	Res.	Neg	Res.	Neg	Res.	Neg
TME (MOVISTAR)	35,7	53,5	23,7	42	14,3	24,7
Vodafone	28,4	33,6	33,4	42	40,1	56,5
Orange	20	11,4	23,6	13,8	28,2	16,0
YOIGO	7,6	0	8,6	0	6,7	0,0
Resto	8,3	1,5	10,8	2,3	10,6	2,9
Total	100	100	100	100	100	100

Fuente: CNMC (<http://data.cnmc.es/datagraph/>).

TABLA 13: CUOTAS DE LÍNEAS DE VOZ VINCULADAS A BANDA ANCHA MÓVIL

Porcentaje				
	2010	2011	2012	2013
TME (MOVISTAR)	49,6	48,1	35,1	33,0
Vodafone	34,9	26	26,3	24,1
Orange	9,6	17,4	19,8	22,1
YOIGO	2,4	5	9,9	9,4
Resto	3,5	3,5	8,9	11,4
Total	100	100	100	100

Fuente: CNMC (<http://data.cnmc.es/datagraph/>).

Estos datos son coherentes con la importante presencia de TME, VODAFONE y ORANGE en el segmento de negocios. Así, la participación de otros operadores es muy poco significativa, tanto en términos de número de datacards como, especialmente, de cuota de ingresos.

Asimismo, se pone de relieve el predominio de TME en el segmento de negocios, fundamentalmente en términos de su participación en los ingresos de servicios de banda ancha móvil, con cuotas del 57,8% en 2011, 55,5% en 2012 y 53,1% en 2013 (vid. Tabla 11).

Si se toma como referencia el conjunto de los ingresos por servicios minoristas de comunicaciones móviles (incluyendo los servicios de banda ancha móvil), se observa que la participación de TME en los mismos se ha situado en el 54,4% en 2011, 52% en 2012 y 49,9% en 2013 (Vid. Tabla 15).

TABLA 14: INGRESOS DE COMUNICACIONES MÓVILES POR SEGMENTO

Millones de euros	2011		2012		2013	
	Res.	Neg	Res.	Neg	Res.	Neg
TME (MOVISTAR)	3.555	2.419	2.901	2.013	2.264	1.612
Vodafone	2.562	1.247	2.257	1.095	1.987,70	934,28
Orange	1.820	748	1.838	727	1.757,73	643,07
YOIGO	467	0	552	0	590,33	0,00
Resto	455	32	638	38	823,55	42,68
Total	8.858	4.446	8.185	3.873	5.228,28	3.232,38

Fuente: CNMC (<http://data.cnmc.es/datagraph/>).

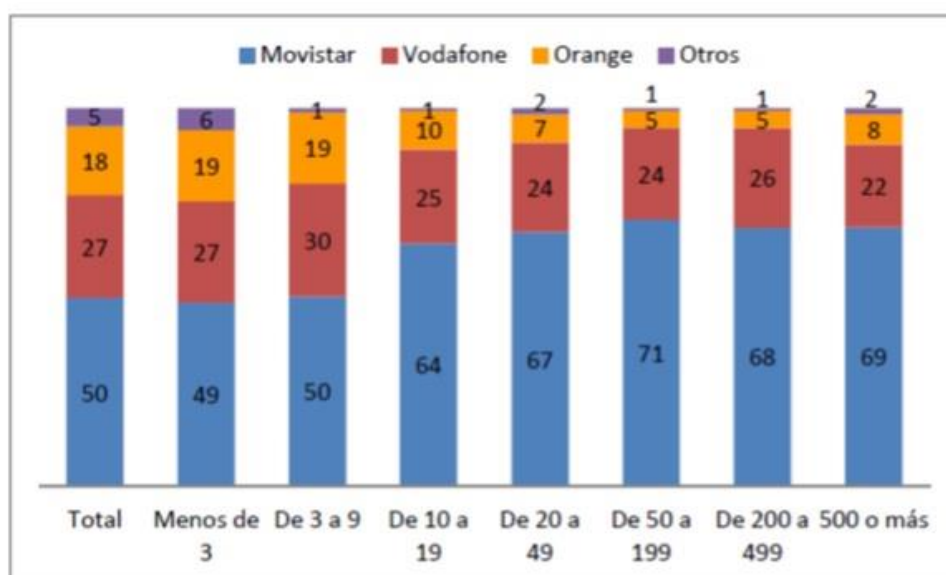
TABLA 15: CUOTAS DE INGRESOS DE COMUNICACIONES MÓVILES POR SEGMENTO

	2011		2012		2013	
	Res.	Neg	Res.	Neg	Res.	Neg
TME (MOVISTAR)	40,1	54,4	35,4	52	30'5	49,9
Vodafone	28,9	28	27,6	28,3	26,8	28,9
Orange	20,5	16,8	22,5	18,8	23,7	19,9
YOIGO	5,3	0	6,7	0	8	0,0
Resto	5,1	0,7	7,8	1	11,1	1,3
Total	100	100	100	100	100	100

Fuente: CNMC (<http://data.cnmc.es/datagraph/>).

Estos datos confirman los resultados del estudio publicado por la CMT en octubre de 2011 sobre la situación competitiva en el segmento empresarial mencionado con anterioridad. Según este informe, en empresas de menos de 10 empleados, TME alcanzaría una cuota del 50%, VODAFONE del 27-30% y ORANGE del 19%. A medida que aumenta el tamaño de la empresa, aumenta la cuota de TME, situándose en torno al 65% en empresas de 10 a 50 empleados, y en torno al 70% en las empresas que superan los 50 empleados.

Cuotas de mercado de telefonía móvil en empresas según número de empleados (porcentaje)



Base: Total (n=1369); Menos de 3 empleados (n=319); De 3 a 9 (n=315); De 10 a 19 (n=244); De 20 a 49 (n=194); De 50 a 199 (n=148); De 200 a 499 (n=100); 500 ó más empleados (n=49). Pregunta: ¿A cuál considera usted su operador de telefonía móvil principal?

En conclusión, la información disponible revela que la importancia relativa del segmento de negocios es mayor en términos de ingresos que en términos de líneas; que su evolución ha sido más estable en los últimos años, tanto en términos globales como de cuotas de los principales operadores; que la presencia de operadores distintos de TME, VODAFONE y ORANGE en este segmento es muy reducida y muy inferior a su participación en el conjunto de los servicios minoristas de comunicaciones móviles, y que TME mantiene una cuota (en especial en términos de ingresos) en el segmento de negocios más elevada y más estable que la que mantiene en el segmento residencial.

Asimismo, se confirma que la cuota de TME es muy elevada en todos y cada uno de los tramos de tamaño de empresa. En particular, es más elevada entre empresas de tamaño pequeño y mediano (de 10 a 199 empleados) que se corresponden mayoritariamente con el segmento de clientes PYME, que entre microempresas (menos de 10 empleados), que se corresponden

mayoritariamente con el segmento de clientes autónomos o que entre grandes empresas (200 o más empleados) que se corresponden mayoritariamente con el segmento de grandes clientes.

5. Los compromisos de permanencia en los servicios minoristas de comunicaciones móviles

La existencia de compromisos de permanencia en los contratos minoristas de servicios de comunicaciones móviles es relevante para la caracterización de la situación competitiva en este ámbito.

Así, una generalización de los contratos de servicios móviles con obligaciones de permanencia implicaría que existe una gran base de clientes que, durante determinados períodos de tiempo, están fuera del mercado o, al menos, sujetos a condiciones de competencia distintas de las de los clientes sin obligaciones de permanencia, al aumentar los costes asociados al cambio de suministrador.

De acuerdo con la información que obra en el expediente, durante el periodo comprendido entre 2008 hasta mediados de 2012, los tres principales operadores del mercado relevante (TME, VODAFONE y ORANGE), incluyen en su oferta comercial la posibilidad de suscribir un compromiso de permanencia a cambio de la adquisición de un terminal subvencionado o de otro tipo de ventaja económica, como descuentos en los precios de los servicios contratados, tanto para clientes residenciales, como para clientes empresariales.

En los contratos de servicios minoristas de comunicaciones móviles con clientes residenciales, estos compromisos de permanencia están asociados, principalmente a la subvención de terminales móviles; tienen una duración, por lo general, de 12, 18 o 24 meses (en función, normalmente, del tipo y coste del terminal subvencionado) y no se renuevan automáticamente. Cada operador diseña su propio sistema de penalizaciones para el caso de incumplimiento del compromiso. Estos sistemas de penalización se caracterizan, en todo caso, por estar vinculados a la cuantía de la subvención al terminal y fijar importes decrecientes en el tiempo, de forma que la penalización máxima corresponde a la parte inicial del contrato y decrece conforme avanza el período de permanencia fijado. Las condiciones de los compromisos de permanencia aparecen en los modelos de condiciones generales de contratación de los servicios móviles de cada uno de los operadores, publicadas en sus páginas web.

Los compromisos de permanencia suscritos por clientes residenciales también pueden estar asociados a descuentos en los precios comercializados, con carácter general, por los operadores. En estos casos, aunque los compromisos no se prorrogan automáticamente, el importe de la penalización calculada puede ser fijo o creciente a lo largo del período de permanencia, según cada operador. En todo caso, el grado de uso de este instrumento comercial en el segmento residencial es relativamente reducido.

En los contratos de servicios minoristas de comunicaciones móviles con clientes empresariales, los compromisos de permanencia pueden presentar un diseño diferente. En particular, al menos en algunas modalidades contractuales, dichos compromisos aparecen sujetos a prórrogas automáticas y a plazos mínimos de aviso previo, si el cliente desea evitar la prórroga. Asimismo, es frecuente que las condiciones de los compromisos de permanencia suscritos por las empresas no se reflejen en las condiciones generales de contratación, publicadas en las páginas web de los operadores, sino que deriven de condiciones particulares reflejadas en contratos específicos.

Por lo que se refiera a la prevalencia de los compromisos de permanencia en el ámbito empresarial hay que señalar que, de acuerdo con los resultados de la encuesta realizada en el marco de la elaboración del “Informe de la CMT sobre la situación competitiva en el segmento empresarial” (Octubre de 2011), tres de cada cuatro empresas que contrataban servicios de telefonía móvil mantenían algún tipo de compromiso de permanencia. La duración media de estos contratos con compromisos de permanencia era superior a 16 meses.

La información aportada por los operadores en el contexto del presente expediente permite una visión algo más desagregada de la prevalencia de los compromisos de permanencia en los segmentos de autónomos y PYME, que se refleja en el siguiente epígrafe sobre las conductas investigadas.

III.- CONDUCTAS INVESTIGADAS

Aunque la denuncia que dio origen a este expediente fue presentada por clientes empresariales de TME y VODAFONE, como se examinará más adelante la situación de TME presenta un hecho diferencial respecto a VODAFONE (y también ORANGE) al poder beneficiarse estos últimos de la exención del Reglamento UE nº 330/2010, por lo que la investigación realizada en este expediente se ha centrado en las conductas desarrolladas por TME, debido al diferente tratamiento requerido por las conductas de los otros operadores ante un posible procedimiento de levantamiento de exención por categorías.

1.- Compromisos de permanencia aplicados por TME en el ámbito empresarial

TME ha elaborado su estrategia comercial de subvención a los terminales y de aplicación de descuentos en precios u otras ventajas económicas en torno al concepto de “apoyo económico”. De acuerdo con la información aportada por este operador, las PYME y autónomos pueden recibir tres tipos de apoyos económicos: subvención de un terminal, descuentos sobre planes de precios y promociones (folio 831).

Los dos primeros tipos de apoyo económico están vinculados a una obligación de

permanencia, mientras que, según la información aportada por TME, “con carácter general” las promociones no están asociadas a un compromiso de permanencia (folio 1262).

Los clientes que reciben un “apoyo económico” consistente en la subvención de un terminal (o una promoción) suscriben el contrato general de “Prestación de servicio PYMES”, mientras que los clientes que se benefician de descuentos sobre planes de precios suscriben el “Contrato Permanencia Premium Especial PYMES” (en adelante “Contrato Premium”) (folio 831).

En ambos casos, la posible duración del periodo de permanencia es de 12, 18 o 24 meses (folio 834).

1.1. Condiciones de permanencia asociadas a una subvención del terminal

Las condiciones de permanencia para las empresas que reciben una subvención del terminal figuran como una “Condición Particular” de las “Condiciones generales de servicios de comunicaciones móviles para PYMES” (folios 445 a 451) y son similares a las aplicadas en el segmento residencial. Así, en caso de baja anticipada del servicio o de cambio a un plan de precios que implique un menor compromiso de consumo, el cliente deberá abonar al operador “una cantidad proporcional al apoyo económico recibido y al número de meses que ha respetado su compromiso de permanencia” (folios 447 y 451).

En el caso de una subvención del terminal, esta cantidad se establece por tramos de 6 meses de forma proporcional decreciente y el importe total de la misma corresponde al “apoyo económico” recibido por el cliente (calculado en función de unos rangos de subvenciones que TME establece según el tipo de terminal) (folios 399 a 402). Estos compromisos de permanencia no se renuevan automáticamente (folio 833).

1.2. Condiciones de permanencia asociadas a un “apoyo económico” consistente en descuentos sobre un plan de precios

Las “Condiciones generales de servicios de comunicaciones móviles para PYMES” en su condición particular de permanencia (folios 447 y 451) prevén la posibilidad de que, además de una subvención del terminal, el “apoyo económico” de TME consista en la “gratuidad o subvención de parte de las cuotas mensuales de los servicios contratados por el cliente”. En este caso, la penalización por incumplimiento del compromiso de permanencia consistirá “por cada línea en que se produzca este incumplimiento, en el importe de las cuotas mensuales cuya gratuidad o subvención haya disfrutado”. Estos compromisos se renuevan automáticamente por periodos de 12 meses, salvo preaviso del cliente un mes antes de la finalización del periodo de permanencia.

Las condiciones anteriormente descritas se recogen en similares términos en las

“Condiciones de permanencia del contrato Premium especial PYMES” (folios 453 a 455) que suscriben los clientes PYME y autónomos de TME que se benefician de descuentos de precios en los servicios de telefonía móvil contratados.

De la información aportada por TME se desprende que las condiciones de permanencia asociadas a este contrato no son accesibles a través de la página web del operador. TME señala que en los Centros de Atención al Cliente existe la figura de un asesor personal asignado por cliente que le informa sobre el importe de los descuentos así como sobre la compensación que le correspondería pagar en caso de incumplimiento de condiciones de permanencia (folios 398 y 399).

TME establece tres modelos de “Contrato Premium” según la duración del compromiso de permanencia: 12, 18 y 24 meses (folios 453 a 455). Este “Contrato Premium” se utilizó por primera vez, según TME, el 19 de septiembre de 2006 (folio 880).

Las cláusulas de los tres modelos de contrato son similares (salvo en lo relativo al periodo de permanencia) y establecen que en caso de incumplimiento del compromiso de permanencia, el cliente deberá “restituir a Movistar la suma del apoyo económico disfrutado correspondiente al periodo transcurrido desde la fecha del inicio del periodo de permanencia y hasta el momento en que se produce el incumplimiento por parte del cliente”.

TME aclara que el importe de la penalización se calcula por cada mes y es proporcional creciente durante el transcurso del periodo de permanencia. Es decir, cuanto más tiempo del periodo de permanencia cumpla el cliente más tendrá que pagar en caso de que quiera darse de baja antes de concluir su compromiso puesto que debe devolver la suma de descuentos disfrutados durante la vigencia de cada periodo de permanencia (folio 834).

Los contratos se renuevan automáticamente por el mismo periodo de permanencia inicial “salvo notificación expresa del cliente con una antelación mínima de un mes a la fecha de vencimiento del periodo de permanencia o de cada una de sus prórrogas” (folios 453 a 455).

De acuerdo con la información aportada por TME, en el marco del “Contrato Premium”, el cliente se puede beneficiar de diversos tipos de descuentos: descuentos en la cuota mensual del plan de precios contratado, descuentos en las llamadas internacionales o en las llamadas recibidas en itinerancia, descuentos en SMS, descuentos sobre tráfico nacional, etc.

La aplicación de posibles descuentos depende de la facturación al cliente: a mayor facturación, mayor descuento y mayor periodo de permanencia (folio 832).

En cualquier momento del contrato de permanencia, se pueden renegociar las condiciones del descuento, lo que afectará al periodo de permanencia (folios 832 y 833).

Según señala TME, el cliente no tiene que comprometerse a realizar un gasto mínimo mensual para poder beneficiarse de las condiciones especiales de este contrato (folio 832).

Desde octubre de 2012 TME tiene vigente un nuevo contrato de unificación de servicios Premium Especial PYMEs (folios 844 a 851), que no supone una variación significativa de las condiciones de permanencia descritas, como se deduce de la redacción que se reproduce a continuación:

“En caso de incumplimiento del presente contrato, el cliente deberá restituir a Movistar el importe de cada uno de los apoyos económicos disfrutados como consecuencia de la aplicación de los diferentes Conceptos de Descuentos que comprenden las Condiciones Especiales a su facturación vigente en cada momento”.

Estas cantidades “consistirán, para cada línea en la que se produzca el incumplimiento, en la suma de los diversos apoyos económicos disfrutados correspondientes al periodo transcurrido desde la fecha de inicio del periodo de permanencia, y hasta el momento en que se produzca el incumplimiento por parte del Cliente”.

“Cada uno de los diferentes Conceptos de Descuentos que integran el presente contrato se renovarán automáticamente por periodos sucesivos conforme a los siguientes plazos [...]”.

Los plazos de renovación dependen del periodo inicial contratado.

2.- Presencia en el ámbito empresarial de los contratos de servicios de comunicaciones móviles vinculados a compromisos de permanencia.

En la siguiente tabla se resume la información aportada por TME, VODAFONE y ORANGE relativa a la presencia de compromisos de permanencia en sus contratos de prestación de servicios de comunicaciones electrónicas con clientes empresariales (distinguiendo entre los segmentos de autónomos y PYME). Se incluye así mismo, a efectos referenciales, información relativa al segmento residencial.

TABLA 16: PREVALENCIA DE COMPROMISOS DE PERMANENCIA (CP)

Porcentaje de líneas (líneas y clientes para TME (MOVISTAR))							
	PYME		Autónomos		Residencial		Período
	Con CP	Sin CP	Con CP	Sin CP	Con CP	Sin CP	
Orange	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	I 2010-I 2012
Vodafone	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	Sep 2009 - Dic 2011
TME (MOVISTAR)							
Líneas	[...]	[...]	[...]	[...]	--	--	Mar 2010 - Dic 2012
Clientes	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	Mar 2010 - Dic 2012

Fuente: Elaborado a partir de las contestaciones a las solicitudes de información de los operadores.

Estos datos ponen de manifiesto que un porcentaje muy elevado de las líneas de telefonía móvil en el segmento empresarial está asociado a un compromiso de permanencia, si bien interesa destacar, en este sentido, que los operadores no han podido diferenciar si estas condiciones de permanencia derivan de subvenciones de terminales o de descuentos sobre precios.

Como también puede observarse en la tabla anterior, los compromisos de permanencia son siempre más frecuentes, para cada uno de los principales operadores del mercado, en el ámbito empresarial que en el ámbito residencial. Este rasgo se verifica tanto para el segmento PYME, como para el segmento autónomos.

Se constata también que para VODAFONE y TME (los operadores con mayor presencia en el segmento PYME), los compromisos de permanencia son significativamente más frecuentes en el segmento PYME que en el segmento autónomos.

En el caso particular de TME, se incorporan también los datos facilitados en términos de número medio de clientes PYME y autónomos, observándose una diferencia importante entre la proporción que representan los compromisos de permanencia en los segmentos de PYME y autónomos de este operador según se consideren líneas o clientes. TME aclara que la diferencia se debe a que cada cliente puede tener contratadas varias líneas, algunas de las cuáles pueden estar

asociadas a compromisos de permanencia y otras no. Asimismo, TME indica que una misma línea puede tener asociados varios compromisos de permanencia en función de los “apoyos económicos” recibidos (folio 1263).

En todo caso, se observa que la prevalencia de los compromisos de permanencia adquiridos por los clientes del ámbito empresarial de TME es más elevada cuando se analiza en términos de clientes PYME o autónomos sujetos a dichos compromisos que en términos de líneas.

En la siguiente tabla se resume la información aportada por TME, VODAFONE y ORANGE relativa a las bajas (expresadas en términos de líneas o clientes) en sus servicios minoristas de comunicaciones móviles, distinguiendo entre líneas o clientes sujetos a compromisos de permanencia o sin ellos. Asimismo, se distingue entre el segmento PYME y el segmento autónomo.

TABLA 17: BAJAS DE LINEAS O CLIENTES CON O SIN COMPROMISO DE PERMANENCIA (CP)

Porcentaje de líneas (líneas y clientes para TME (MOVISTAR)) que causan baja por mes					
	PYME		Autónomos		Período
	Con CP	Sin CP	Con CP	Sin CP	
Orange	[...]	[...]	[...]	[...]	I 2010-I 2012
Vodafone (1)	[...]	[...]	[...]	[...]	Sep 2009 - Dic 2011
TME (MOVISTAR)					
Líneas (2)	[...]	[...]	[...]	[...]	Mar 2010 - Jun 2012
Líneas (3)	[...]	[...]	[...]	[...]	Ene 2012-Dic 2012
Clientes (3)	[...]	[...]	[...]	[...]	Ene 2012-Dic 2012

(1) Para clientes particulares, los datos utilizados cubren el período mayo 2010-diciembre 2010

(2) Según datos remitidos por TME en diciembre de 2012.

(3) Según datos remitidos por TME en marzo de 2013.

Fuente: Elaborado a partir de las contestaciones a las solicitudes de información de los operadores.

La información recogida en la tabla revela que, en términos generales, la

existencia de compromisos de permanencia en todos los segmentos de la demanda analizados está asociada a un menor porcentaje de bajas de clientes o de líneas.

Tan sólo se observa una excepción a este comportamiento en los datos procedentes de la respuesta de TME de marzo de 2013, relativos a las bajas de líneas de los segmentos PYME y autónomos en el período enero 2012-diciembre 2012. Estos datos reflejan un mayor porcentaje de bajas para líneas de clientes PYME o autónomos sujetas a compromisos de permanencia que para las que no lo están.

Este comportamiento es distinto al que revela la información que TME remitió con anterioridad, así como al que muestra la información que remitió en la misma fecha sobre bajas de clientes.

Adicionalmente, los datos del cuadro precedente ponen de manifiesto que el porcentaje de bajas de clientes o líneas PYME con compromisos de permanencia es, en general, superior al de clientes o líneas de autónomos. Este comportamiento se observa tanto para los clientes de ORANGE, como para los de VODAFONE (aunque, en este caso, los porcentajes de bajas de PYME y de autónomos son muy similares). Sin embargo, los datos remitidos por TME no se ajustan a esta pauta en todos los casos. Así, si bien los datos relativos a clientes aportados por TME en marzo de 2013, reflejan un porcentaje de bajas de PYME superior a las de autónomos, los datos relativos a líneas de la misma fecha reflejan un porcentaje inferior. Asimismo, los datos relativos a líneas aportados por TME en diciembre de 2012 y marzo de 2013 reflejan menores porcentajes de bajas de líneas PYME que de líneas de autónomos y líneas de particulares.

3.- Datos de líneas de TME asociadas a Condiciones de Permanencia Premium Especial PYMEs

El cuadro que se incluye a continuación refleja para el conjunto del período septiembre de 2010 a diciembre de 2012 el número de líneas de clientes PYME y autónomos que están asociadas a un Contrato Permanencia Premium Especial PYMEs sobre el total de líneas de estos clientes que tienen algún compromiso de permanencia.

TABLA 18: LÍNEAS CON COMPROMISO DE PERMANENCIA (CP) Y CONTRATOS PREMIUM

Media de líneas mensuales y porcentajes				
	PYME		Autónomos	
	Con CP	De los cuales son Premium	Con CP	De los cuales son Premium
Líneas	[...]	[...]	[...]	[...]
Porcentaje (1)	[...]	[...]	[...]	[...]

(1) Porcentaje sobre el total de líneas con compromiso de permanencia

Fuente: Elaborado a partir de las contestaciones a las solicitudes de información de TME.

Los datos del cuadro revelan una fuerte prevalencia de los contratos con condiciones de permanencia Premium Especial PYMEs en el segmento de clientes PYME, en comparación con el segmento de clientes autónomos, donde este tipo de contratos tiene una presencia muy limitada. Así, este tipo de contrato es mayoritariamente suscrito por clientes PYME, manteniéndose un promedio mensual de más de [confidencial] de líneas asociadas a compromisos de permanencia derivados de este contrato desde septiembre de 2010 hasta diciembre de 2012. Sin embargo, de acuerdo con los datos aportados por TME, este contrato apenas tendría presencia entre clientes autónomos.

4.- Ingresos de TME en los segmentos de PYME y autónomo

En la siguiente tabla se resume la información aportada por TME relativa a sus ingresos en el ámbito empresarial de servicios minoristas de comunicaciones móviles. Los datos se refieren al período enero-diciembre de 2012, dado que la información aportada por TME (no anterior a 2010) no permite comparaciones homogéneas para períodos más prolongados.

**TABLA 19: INGRESO MEDIO MENSUAL (1) POR LÍNEA DE PYME Y AUTÓNOMOS
CLIENTES DE TME. Enero-diciembre 2012**

Euros mensuales, número de líneas y euros por línea y mes						
	PYME			Autónomos		
	Con CP	Sin CP	Premium	Con CP	Sin CP	Premium
Ingreso medio mensual	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Líneas	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Ingreso medio mensual por línea	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]

(1) En contratos Premium. Ingreso aportado por TME para PYME y autónomos con descuento sobre planes de precios

Fuente: Elaborado a partir de las contestaciones de TME a las solicitudes de información de la DI.

La información del cuadro confirma, en primer lugar, la importancia relativa de los contratos Premium en el segmento PYME, donde representan el [confidencial] de los ingresos medios mensuales que obtiene TME en el conjunto del segmento PYME, frente a un [confidencial] en el segmento de autónomos.

En segundo lugar, se observa que, tanto en el segmento PYME como en el segmento autónomo, los compromisos de permanencia están asociados a las líneas que generan mayores ingresos unitarios. Así, en el segmento autónomos las líneas con compromiso de permanencia generan un ingreso mensual medio para TME de [confidencial] euros y en el segmento PYME de [confidencial] euros.

En tercer lugar, la información disponible revela que los contratos premium están asociados, tanto en el segmento PYME como en el segmento autónomos, a las líneas que generan mayor ingreso medio. Así, en ambos segmentos el ingreso medio generado por las líneas premium es superior al que se observa tanto en las líneas sin compromiso de permanencia como en las líneas con compromiso de permanencia. Este ingreso medio por línea asciende a [confidencial] euros por mes, para las PYME y a [confidencial] euros por mes para los autónomos.

5.- Conclusiones

Los compromisos de permanencia tienen una fuerte presencia entre los clientes PYME y autónomos de cada uno de los tres principales operadores de telefonía móvil. Esta presencia es muy superior a la que tienen en el segmento de particulares.

Las líneas y clientes sujetos a compromisos de permanencia presentan menores porcentajes de bajas que las líneas y clientes libres de estos compromisos.

TME incluye en su estrategia comercial orientada a autónomos y PYME diversos tipos de compromisos de permanencia asociados a lo que denomina “apoyos económicos”.

Los compromisos de permanencia incluidos en los “Contratos Permanencia Premium especial PYME” están asociados a descuentos sobre planes de precios. Estos compromisos incluyen las siguientes condiciones: períodos de compromiso de 12, 18 o 24 meses; penalización en caso de incumplimiento definida como la suma del apoyo económico disfrutado, equivalente al “importe de las cuotas mensuales cuya gratuidad o subvención se haya disfrutado” durante cada periodo de permanencia; prórroga automática del compromiso de permanencia por períodos de 12, 18 ó 24 meses y plazo de preaviso mínimo de un mes, si se desea evitar la prórroga.

Las condiciones de permanencia asociadas a este contrato no son accesibles a través de la página web del operador, sino que, los clientes que suscriben estos contratos deben recurrir a los asesores personales de los Centros de Atención al Cliente para obtener información sobre el importe de los descuentos, así como sobre la compensación que le correspondería pagar en caso de incumplimiento de condiciones de permanencia.

El [confidencial] de los ingresos que obtuvo TME del segmento PYME están asociados a los contratos con descuento sobre tarifas, frente a un [confidencial] en el segmento autónomos.

Los ingresos unitarios que obtiene TME en los segmentos de PYME y autónomos son mayores en las líneas vinculadas a contratos con compromiso de permanencia que en los contratos que carecen de ellos. También son más elevados en las líneas vinculadas a contratos premium que en el conjunto de contratos con compromiso de permanencia.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Habilitación competencial

De acuerdo con lo previsto en la disposición adicional primera de la Ley 13/2013, de 4 de junio de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, mediante Orden ECC/1796/2013, de 4 de octubre del Ministerio de Economía y Competitividad, se determinó el 7 de octubre de 2013 como fecha de puesta en funcionamiento de la CNMC. Según la disposición adicional segunda de la misma Ley *“las referencias que la legislación vigente contiene a la Comisión Nacional de la Competencia [...] se entenderán realizadas a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia [...]”* y *“las referencias que la Ley 15/2007, de 3 de julio, contiene a la Dirección de Investigación de la Comisión Nacional de Competencia se entenderán realizadas a la Dirección de Competencia de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia”*.

Por otro lado, de acuerdo con el artículo 5.1.c) de la Ley 3/2013, a la CNMC compete *“aplicar lo dispuesto en la Ley 15/2007, de 3 de julio, en materia de conductas que supongan impedir, restringir y falsear la competencia”*. El artículo 20.2 de la misma ley atribuye al Consejo la función de *“resolver los procedimientos sancionadores previstos en la Ley 15/2007, de 3 de julio”* y según el artículo 14.1.a) del Estatuto orgánico de la CNMC aprobado por Real Decreto 657/2013, de 30 de agosto, *“la Sala de la Competencia conocerá de los asuntos relacionados con la aplicación de la Ley 15/2007, de 3 de julio”*.

En consecuencia, la competencia para resolver este procedimiento corresponde a la Sala de Competencia del Consejo de la CNMC.

Finalmente, de acuerdo con el artículo 21.2.b) de la Ley 3/2013 y el artículo 14.2.a) del Estatuto Orgánico de la CNMC, la Sala de Supervisión Regulatoria debe informar en el presente expediente.

SEGUNDO.- Objeto de la resolución y normativa aplicable

La Sala de Competencia en este expediente debe resolver, sobre la base de la instrucción realizada por la DC que se recoge en el Informe y Propuesta de Resolución, si TME ha cometido y es responsable de una infracción grave única y continuada del artículo 1 de la LDC y 101 TFUE, desde septiembre de 2006 hasta la actualidad, al establecer una red de acuerdos paralelos con sus clientes empresariales de servicios minoristas de comunicaciones móviles, basados en los “Contratos Premium especial PYME”, en los que se incluyen compromisos de permanencia con penalizaciones crecientes por descuentos sobre precios, renovaciones automáticas y plazos de preaviso cortos, condiciones que en su conjunto tienen un efecto restrictivo de la competencia, al limitar indebida y desproporcionadamente la capacidad de una parte significativa de los clientes

empresariales de TME, para cambiar de proveedor de servicios minoristas de comunicaciones móviles, por periodos que en la práctica exceden el año como consecuencia de las prórrogas automáticas.

Por lo que respecta a la normativa nacional aplicable, se trata en el presente expediente de una práctica realizada durante la vigencia de la Ley 16/1989 y de la LDC y el artículo 1 de ambas leyes prohíbe todo acuerdo, decisión o recomendación colectiva, o práctica concertada o conscientemente paralela, que tenga por objeto, produzcan o puedan producir el efecto de impedir, restringir o falsear la competencia en todo o parte del mercado nacional y, en particular, los que consistan en la limitación o el control de la producción, la distribución, el desarrollo técnico o las inversiones, y en su letra c), el reparto del mercado o de las fuentes de aprovisionamiento.

Así pues, como se ha señalado en ocasiones anteriores, resultaría indiferente aplicar uno u otro precepto legal debiendo optarse por una de las dos leyes si bien, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 128 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común, deberá ser aquella que sea más beneficiosa para el infractor en el caso concreto, conforme a los principios de irretroactividad de la norma sancionadora más desfavorable y de retroactividad de la más favorable.

Sin perjuicio de que la conducta regulada por el artículo 1 de las citadas Leyes sea idéntica, de acuerdo con los precedentes de la extinta CNC y de la CNMC, también en este caso el régimen sancionador diseñado por la Ley 15/2007 es, desde un punto de vista global, más favorable a los infractores que el contemplado por la Ley 16/1989, a excepción del régimen aplicable al cálculo de la sanción a imponer a las Asociaciones, por cuanto el previsto en la norma anterior resulte más favorable que el de la Ley 15/2007, aunque el caso de las Asociaciones no es relevante para esta Resolución.

Esta aplicación más favorable de la Ley 15/2007 ha sido reconocida en anteriores ocasiones por el Consejo de la CNC⁸, de la CNMC⁹ y por la Audiencia Nacional, que en su reciente Sentencia de 2 de abril de 2014 (recurso 194/2011, de L'OREAL ESPAÑA S.A. Y L'OREAL S.A.)¹⁰, ha señalado lo siguiente:

⁸ Resoluciones del Consejo de la CNC de 12 de noviembre de 2009, Expte. S/0037/08, Compañías de Seguro Decenal; de 21 de enero de 2010, Expte. S/0085/08, Fabricantes de Gel; de 12 de abril de 2010, Expte. S/0059/08 ANAGRUAL; de 17 de mayo de 2010, Expte. S/0106/08 Almacenes de Hierro; de 28 de julio de 2010, Expte. S/0091/08, Vinos Finos de Jerez; de 31 de julio de 2010, Expte. S/0120/08, Transitarios; de 2 de marzo de 2011, Expte. S/0086/08, Peluquería Profesional; de 24 de junio de 2011, Expte. S/0185/09, Bombas de Fluidos; de 26 de octubre de 2011, Expte. S/0192/09 Asfaltos; de 10 de noviembre de 2011, Expte. S/024/10 Navieras Ceuta-2; de 23 de febrero de 2012, Expte. S/0244/10, NAVIERAS BALEARES y de 15 de octubre de 2012, Expte. S/0318/10, Exportación de sobres.

⁹ Resoluciones de la CNMC de 12 de junio de 2014 (Expte. S/0444/12 GEA) y de 22 de septiembre de 2014 (Expte. S/0428/12 PALÉS).

¹⁰ En términos parecidos se pronuncia también la reciente Sentencia de la Audiencia Nacional de 15 de abril de 2014 (recurso 572/2010, de RHENUS IHG IBERICA, S.A.).

“En el siguiente motivo afirma la actora que la CNC ha realizado una indebida aplicación retroactiva de la Ley 15/2007. Frente a ello conviene destacar que la conducta imputada se habría iniciado el 8 de febrero de 1989, se habría prolongado durante la vigencia de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, y habría continuado bajo la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, que entró en vigor el 1 de septiembre de 2007, hasta el 28 de febrero de 2008.

Puesto que la incoación del expediente se produjo el 16 de junio de 2008, su tramitación se ha realizado conforme a las normas procesales de la Ley 15/2007, pues así resulta, sensu contrario, de lo establecido en la Disposición Transitoria Primera del citado texto legal, en el que se señala que “Los procedimientos sancionadores en materia de conductas prohibidas incoados antes de la entrada en vigor de esta Ley se tramitarán y resolverán con arreglo a las disposiciones vigentes en el momento de su inicio.”

Pero en cuanto al derecho material, debe señalarse que sin perjuicio de que la conducta regulada por el artículo 1 de ambas leyes sea idéntica, lo cierto es que el régimen sancionador diseñado por la Ley 15/2007, es, desde un punto de vista global, más favorable a los infractores que el contemplado por la anterior Ley 16/1989. Así resulta, entre otros elementos de juicio, del sistema de graduación de las infracciones inexistente en la legislación anterior, del establecimiento de topes máximos al importe de algunas sanciones de cuantía inferior al general previsto por el artículo 10 de la Ley 16/1989, de la reducción de los plazos de prescripción para algunas de las conductas tipificadas o de la especialmente destacable en este supuesto la posibilidad, común a todos los que hayan participado en un cártel, de solicitar la exención o reducción de la sanción.

Por tanto, como quiera que ambas leyes sancionaban exactamente las mismas conductas, el tratamiento de éstas es idéntico así como la cuantificación de la multa, pues en ambas se señala que la cuantía podrá ser incrementada hasta el 10% del volumen de ventas correspondiente al ejercicio económico inmediato anterior a la resolución del Tribunal, no se puede afirmar que la nueva Ley sea más perjudicial para la actora que la antigua”.

En atención a ello, la Ley 15/2007 es la norma aplicable al presente procedimiento sancionador y, específicamente, por el establecimiento de un tope máximo del 5 % del volumen de negocios total de la empresa al importe de las sanciones por infracciones graves previsto en el artículo 63.1 b) de la citada Ley 15/2007, de cuantía inferior al general previsto por el artículo 10 de la Ley 16/1989.

Por otro lado, la Sala considera que las conductas investigadas en el presente expediente cumplen los criterios de afectación al comercio entre Estados miembros desarrollados en la Comunicación de la Comisión Europea *Directrices relativas al concepto de efecto sobre el comercio intracomunitario*, por lo que también resulta de aplicación el artículo 101 del TFUE, teniendo en cuenta que se

trata de una conducta cuyos efectos se extienden sobre la totalidad del mercado nacional, que constituye una parte sustancial del Mercado Interior de la Unión Europea, y porque los potenciales efectos de la conducta analizada reforzarían las barreras de entrada en los mercados españoles de telefonía móvil. Asimismo, el segmento empresarial de servicios minoristas de comunicaciones móviles tiene un carácter transnacional, con presencia potencial en varios países de la Unión Europea.

TERCERO.- Valoración jurídica del órgano instructor

Finalizada la instrucción del expediente, en base al Artículo 50.4 de la LDC, la Dirección de Competencia, propone a la Sala de Competencia del Consejo la declaración de infracción para TME. En concreto propone lo siguiente:

- *PRIMERO. Que se declare la existencia de conductas prohibidas por el artículo 1 de la LDC, que dan lugar a una infracción única y continuada de este artículo, derivada del establecimiento por Telefónica Móviles de España, S.A.U. de una red de acuerdos paralelos con sus clientes empresariales, a través del diseño y adopción de contratos de servicios minoristas de comunicaciones móviles basados en los “Contratos Premium especial PYME”, orientados al segmento PYME, en los que se incluyen compromisos de permanencia con penalizaciones crecientes por descuentos sobre precios, renovaciones automáticas y plazos de preaviso, condiciones que en su conjunto tienen un objeto y efecto restrictivo de la competencia, al limitar indebidamente y desproporcionadamente la capacidad de una parte significativa de los clientes empresariales de Telefónica Móviles de España, S.A.U., especialmente en el segmento PYME, para cambiar de proveedor de servicios minoristas de comunicaciones móviles.*
- *SEGUNDO. Que se declare como responsable de dicha infracción a Telefónica Móviles de España, S.A.U.*
- *TERCERO. Que la conducta prohibida se tipifique, a los efectos de determinación de la sanción a imponer, como infracción grave del artículo 62.3.a) de la LDC.*
- *CUARTO. Que se imponga la sanción prevista en el artículo 63 de la LDC, teniendo en cuenta los criterios para la determinación de la sanción previstos en el artículo 64 de la LDC.*
- *QUINTO. Que se adopten los demás pronunciamientos a los que se refiere el artículo 53 de la LDC, en la medida que resulten pertinentes.*

Como fundamento a la anterior imputación, la DC considera acreditado que TME habría establecido determinadas cláusulas en los contratos de prestación de

servicios minoristas de comunicaciones móviles a clientes empresariales con efectos restrictivos a la competencia puesto que por un lado está limitando desproporcionadamente la capacidad de una parte sustancial de los clientes empresariales de TME para cambiar de proveedor de servicios minoristas de comunicaciones móviles, por un periodo de tiempo que se prolonga por encima del año mientras que por otro estarían incrementando sustancialmente los costes en los que tienen que incurrir los competidores para ganar clientes a costa de TME, otorgando a TME un periodo de reacción muy amplio (de al menos un mes) para intentar retener a los clientes que expresan su voluntad de terminar su relación contractual con TME.

Los competidores de TME dejan de estar en igualdad de condiciones para competir por estos clientes, lo que unido a que algunos operadores desarrollan políticas comerciales similares a las de TME, en conjunto se estaría excluyendo a otros operadores como los Operadores Móviles Virtuales (OMVs) del segmento empresarial en el mercado minorista de servicios móviles, cuando son precisamente estos operadores alternativos los que más competencia han introducido en el segmento residencial en los últimos años.

Esta red de acuerdos paralelos “Contratos Premium especial PYME” de TME con sus clientes empresariales constituye una infracción única y continuada del artículo 1 LDC y 101 TFUE. En este sentido, cada contrato de forma aislada no constituiría una infracción de la normativa de competencia, pero el efecto acumulativo de todos los contratos, que se extienden a una parte muy significativa de los clientes PYMES de TME, es el que genera el objeto y efecto restrictivo de la competencia.

Los acuerdos “Contratos Premium especial PYME” de TME con sus clientes empresariales están sometidos al artículo 1 LDC y 101 TFUE, en la medida que conforme al Reglamento (UE) nº 330/2010, son acuerdos verticales entre operadores económicos no competidores, que rigen las condiciones en las que los clientes empresariales de TME adquieren servicios minoristas de comunicaciones móviles.

Estos servicios minoristas de comunicaciones móviles son utilizados como input por los clientes de TME para producir sus propios bienes y servicios, en casi todos los sectores de la economía española.

Estos acuerdos de TME con sus clientes basados en los “Contratos Premium especial PYME” no están amparados por la exención prevista en el Reglamento (UE) nº 330/2010, porque TME supera una cuota del 30%, sea cual sea la definición razonable del mercado relevante que se utilice.

La obligación de permanencia analizada en los “Contratos Premium especial PYME” no sólo limita significativamente la capacidad de los clientes de TME para cambiar de proveedor de servicios móviles, sino que estaría también limitando la

eficacia y el efecto procompetitivo de la obligación regulatoria que permite a los clientes de servicios minoristas de comunicaciones móviles darse de baja y cambiar de proveedor en cualquier momento (portabilidad).

Este efecto restrictivo de la competencia lleva a que los clientes afectados no puedan beneficiarse de mejores ofertas alternativas en un contexto de tendencia a la baja de los precios de los servicios minoristas de comunicaciones móviles, aumenta los costes de captación de clientes de los competidores más pequeños y produce la compartimentación de la demanda en el segmento PYME y autónomos, fomentando la exclusión de competidores alternativos.

Estos “Contratos Premium especial PYME” no se pueden beneficiar de la exención prevista en el artículo 1.3 LDC, pues las restricciones que se introducen (penalización creciente y poco transparente, prórroga automática y plazo de preaviso de un mes) no son esenciales para el otorgamiento del descuento y existen mecanismos alternativos menos restrictivos de la competencia, como las tarifas planas, que aseguran un uso de la red y unos ingresos mínimos de TME y permiten la diferenciación en los precios a los clientes PYME de TME.

A pesar de que los “Contratos Premium especial PYME” son acuerdos entre TME y sus clientes empresariales, el único responsable de los mismos es TME, en la medida que son contratos de adhesión en los que es TME quien configura la redacción de las cláusulas restrictivas de la competencia analizadas, siendo TME la única beneficiaria de estas cláusulas restrictivas de la competencia, que deben ser asumidas por el cliente empresarial si quiere beneficiarse de los descuentos sobre precios.

CUARTO. Alegaciones presentadas a la propuesta de resolución

De conformidad con el artículo 50.4 de la LDC, con fecha 3 de marzo de 2014, la DC formuló su propuesta de Resolución, concediendo a los interesados un plazo de 15 días para que presentasen las alegaciones que estimasen convenientes.

Han presentado alegaciones las entidades TME y ORANGE.

4.1. Sobre el intento de terminación convencional del procedimiento propuesto por TME

Según indica TME, a pesar de su absoluta predisposición para llegar a un acuerdo y de su actitud positiva en todo momento, el intento de terminación convencional no tuvo éxito esencialmente por dos razones principales:

- a) Porque la DC exigía a TME y solo a TME el abandono total de cualquier obligación de permanencia asociada a descuentos sobre precios que conllevase la aplicación de penalizaciones en caso de incumplimiento, lo que, según señala la citada entidad, hubiera supuesto situar a TME en un

claro desequilibrio en las prestaciones que habían sido ya pactadas y que estaban vigentes con todos sus clientes, dejando además el cumplimiento de los contratos al arbitrio de una de las partes, y asimismo hubiera supuesto dejar a TME en una posición de desventaja competitiva frente a otros competidores, como VODAFONE y ORANGE, que no estarían limitados en ese sentido;

- b) Porque la DC pretendía que TME aceptase una revisión previa de todos los modelos de contrato que pretenda utilizar en el futuro, sujetando así a esta empresa a una regulación comercial "de facto" y en todo caso injustificada, pues no se trata de una empresa dominante.

Respuesta de la Sala de Competencia

En relación con esta cuestión, -y sin entrar en el aspecto de la supuesta posición de desventaja competitiva alegada por TME que se aborda más adelante en el apartado 4.6-, quiere esta Sala, en primer lugar, poner de manifiesto que sí considera que ha existido una predisposición manifiesta por parte de la DC para llegar a una solución convencional con TME a lo largo del procedimiento. De otra manera, no podría entenderse el hecho de que la propia DC haya acordado, a petición de TME, el inicio de las actuaciones tendentes a la terminación convencional del procedimiento, y ello, no debemos olvidar, resulta de una actuación facultativa de la propia DC, de acuerdo con los términos empleados en el artículo 39.1 del RLDC.

Igualmente, cabe reseñar que TME, en aplicación del artículo 39.3 del RDC, ha tenido la posibilidad de presentar en dos ocasiones una propuesta de compromisos para resolver adecuadamente los efectos sobre la competencia derivados de las conductas objeto del expediente aquí resuelto, sin que haya solventado, en ninguna de las dos ocasiones, los problemas de competencia planteados a lo largo del expediente.

Así las cosas, con fecha 10 de diciembre de 2013, TME presentó ante la CNMC propuesta de compromisos que fue remitida al Consejo y al resto de interesados el 12 de diciembre de 2013.

Con fecha 8 de enero de 2014, la DC acordó, en virtud de lo dispuesto del artículo 39.3 del RDC, que los compromisos presentados por TME con fecha 10 de diciembre de 2013 no resolvían adecuadamente los efectos sobre la competencia derivados de las conductas objeto del expediente de referencia, ni garantizan suficientemente el interés público. Asimismo, en este acuerdo se otorgó a TME un plazo de diez días hábiles para presentar nuevos compromisos.

El 20 de enero de 2014, la DC otorgó, a instancia de TME, una ampliación de 5 días en el plazo para presentar una nueva propuesta de compromisos en el marco de la terminación convencional del expediente de referencia.

La segunda propuesta de compromisos de TME tuvo entrada en la CNMC el 27 de enero de 2014. Esta propuesta de compromisos fue remitida al Consejo de la CNMC el 29 de enero de 2014.

Finalmente, el 14 de febrero de 2014 la DC acordó que la segunda propuesta de compromisos presentada por TME el 27 de enero de 2014 no resolvía, de nuevo, los problemas de competencia derivados de las conductas objeto del expediente de referencia ni garantizaba suficientemente el interés público.

A modo de resumen, la DC consideró –párrafos (94) y siguientes de la PR- lo siguiente:

- 1) Que los compromisos presentados por TME mantenían expresamente una de las previsiones de los “Contratos Premium especial PYME” que ha sido identificada como restrictiva de la competencia y sin justificación objetiva suficiente: el establecimiento de obligaciones de permanencia asociadas a descuentos sobre precios, que conllevan la aplicación de penalizaciones en caso de incumplimiento.
- 2) Que, si bien en los compromisos TME eliminaba el carácter creciente de estas penalizaciones sustituyéndolas por penalizaciones fijas, estos compromisos no concretaban suficientemente ni la cuantía ni los criterios que se iban a utilizar para la fijación de estas penalizaciones.
- 3) Que aunque los compromisos propuestos por TME eliminaban nominalmente otro de los elementos de los “Contratos Premium especial PYME” que habían sido identificados en el pliego de concreción de hechos como restrictivos de la competencia, concretamente la prórroga automática de las obligaciones de permanencia, en estos compromisos no se establecían mecanismos que impidieran a TME establecer medidas de efecto equivalente, que dieran lugar al encadenamiento tácito de los contratos con los clientes empresariales de TME.
- 4) Que el ámbito de aplicación de los compromisos había sido artificialmente limitado por TME a sus actuales clientes que hubiesen firmado “Contratos Premium especial PYME”, lo que implicaba que se dejaba abierta la puerta a que para futuros clientes de TME, especialmente en el segmento PYME, TME pudiera mantener un sistema contractual equivalente al que se ha analizado en el marco del expediente de referencia.
- 5) Que en los compromisos no se introducían suficientes mecanismos que asegurasen que se compensaban de forma rápida y efectiva los perjuicios a la competencia que han generado las previsiones contractuales estudiadas en el marco del expediente de referencia, que han estado en vigor desde 2006.

- 6) Que no se produciría la salida inmediata al mercado de todos los clientes de TME que están ligados a obligaciones de permanencia por descuentos sobre precios, para que puedan elegir de forma consciente y efectiva si desean permanecer con TME o contratar con otro operador.
- 7) Que en los compromisos no se establecía ningún mecanismo que permitiera a la CNMC revisar que los nuevos modelos de contratos se ajustaban a los compromisos antes de su utilización efectiva, ni se preveía que la CNMC pudiera, en su caso, bloquear aquellos nuevos modelos de contratos que no se ajustaban a los compromisos.
- 8) Por último, la vigencia de los compromisos propuesta por TME, tres años naturales, fue muy limitada si se compara con el periodo en el que han estado vigentes los “Contratos Premium especial PYME” (desde 2006), lo que limitaba la eficacia y efectividad de los compromisos.

El artículo 52 de la LDC, regulador del procedimiento de terminación convencional del procedimiento sancionador en materia de acuerdos y prácticas prohibidas, señala expresamente que este modo de terminación facultativa para la administración del procedimiento sancionador, únicamente puede ser considerado cuando los presuntos infractores propongan compromisos que resuelvan los efectos sobre la competencia derivados de las conductas objeto del expediente y quede garantizado suficientemente el interés público.

No han sido pocas las veces en las que los tribunales, tanto españoles como europeos, han tenido la ocasión de analizar y pronunciarse sobre la naturaleza y la finalidad de este modo de finalizar los procedimientos sancionadores por prácticas restrictivas de la competencia. Así, por ejemplo, en relación con la finalidad propia de este modo de terminación, la Sentencia de la Audiencia Nacional 4732/2013, de 31 de octubre de 2013, considera que:

“Lo que se pretende con este procedimiento es acelerar la resolución de los asuntos, favoreciendo el restablecimiento rápido de la competencia y permitir dedicar los limitados recursos públicos a investigar y tramitar otros ilícitos, en beneficio del resto de las empresas y los consumidores.

Por tanto la finalidad del procedimiento de terminación convencional se basa en consideraciones de economía procesal, para finalizar de forma más rápida y menos costosa un procedimiento incoado sin exigir un pronunciamiento sobre la existencia o no de la infracción”.

En relación con esta finalidad, no puede obviarse que la Comunicación sobre la Terminación Convencional de Expediente Sancionadores aprobada por la CNC en septiembre de 2011 subraya la valoración positiva de una presentación temprana de la propuesta de terminación convencional, en el literal de la Comunicación, “... cuanto antes una vez incoado el expediente sancionador”, para permitir garantizar el interés público que reclama el artículo 52 LDC.

Así, en el caso que nos ocupa, no existen en el expediente actuaciones tempranas por parte de la empresa denunciada para la presentación de una propuesta de terminación convencional sino, más bien, el agotamiento del límite marcado en la Comunicación para su solicitud. Así, la existencia de una posible imputación, aunque sea en fase preliminar en el PCH no contribuye a respaldar la opción de la terminación convencional en la medida en que se desdibujan los beneficios de una terminación temprana. Como se ha indicado anteriormente, la propia Comunicación establece en su apartado (11) que, *“Cuando más avanzado está la fase de instrucción de un expediente, más desdibujado queda el efecto de satisfacción del interés público que se obtiene mediante la pronta finalización del expediente y que permite una rápida implementación de los remedios que ponen fin a la situación de restricción de la competencia detectada”*. Y, de hecho, desde que entró en vigor la LDC, en un amplio porcentaje superior al 85% de los expedientes sancionadores con resolución de terminación convencional, la solicitud de terminación convencional se produjo antes de que se notificara a los interesados para alegaciones el pliego de concreción de hechos.

Por otro lado, el hecho de que el procedimiento pueda ser finalizado anticipadamente por motivos de economía procesal, tal como manifiesta la Audiencia Nacional, no le resta valor a la actividad que la CNMC debe ejercer en virtud de las competencias que le confieren las normas que le son de aplicación, entra ellas y con carácter general, la de preservar, garantizar y promover la existencia de una competencia efectiva en los mercados en el ámbito nacional así como la de velar por la aplicación coherente de las normas de competencia. Y ello, exige que cualquier actividad de la CNMC en el marco de sus potestades, y más concretamente en el marco de los procedimientos sancionadores ante la existencia de prácticas prohibidas, tenga como objetivo como hemos dicho, preservar y garantizar esa competencia efectiva, función que igualmente puede ser realizada a través de los acuerdos convencionales con las empresas infractoras, siempre y cuando queden resueltos los problemas detectados, y amparado, como ya hemos señalado, el interés público. Véase en este sentido, la Sentencia de la Audiencia Nacional de fecha 20 de marzo de 2013, en la que manifiesta que *“la prioridad de la CNC es preservar la competencia de los mercados, lo cual se consigue no solo a través de un procedimiento sancionador, ya que existen otros mecanismos que permiten tutelar de forma igualmente efectiva el interés público, lo cual no impide que en vía civil puedan ejercitarse las pertinentes acciones de nulidad”*.

Ahora bien, esas garantías que exige la terminación convencional únicamente se consiguen a través de la presentación de unos compromisos claros y, por su tenor literal, susceptibles de ser vigilado su cumplimiento por la administración. La Audiencia Nacional, en su Sentencia de 6 de marzo de 2013 (900/2013), así lo exige al señalar que *“el elemento fundamental de cualquier terminación convencional de un procedimiento administrativo, especialmente de un procedimiento administrativo sancionador, es la configuración de unos*

compromisos. Estos por otra parte deben ser claros, y por su tenor literal, susceptibles de ser vigilado su cumplimiento por la Administración, a quién el ordenamiento jurídico encomienda dicha vigilancia específicamente, en este caso, la Ley y el Reglamento de Defensa de la Competencia. Los compromisos deben garantizar el interés público constitucional de la libre competencia, y evitar, prevenir o compensar los posibles perjuicios que para este interés público puedan derivarse de las conductas que, hasta que se acordó la terminación convencional, estaban siendo investigadas por ser contrarias a la LDC”.

En efecto, esta Sala comparte las consideraciones de la Audiencia Nacional, por cuanto es un elemento necesario para la terminación convencional del procedimiento, que los compromisos propuestos por las empresas resuelvan los problemas detectados, no sólo en el momento presente, sino también con carácter prospectivo, y además se concreten en unos compromisos claros y aplicables, y estos requisitos no se han cumplido en los compromisos presentados por TME a lo largo de procedimiento.

Como ya indicó en su día la DC, en los compromisos presentados por TME no quedaban eliminadas varias de las condiciones que TME imponía en sus contratos objeto del presente expediente y que constituían elementos restrictivos de la competencia y, por ende, constitutivos de infracción. En este sentido, esta Sala comparte la opinión de la DC, a la que nos remitimos para evitar repeticiones innecesarias¹¹, y considera que, efectivamente, los compromisos presentados por TME no satisfacían los presupuestos necesarios para que pudieran ser aceptados en primera instancia por la DC y posteriormente por esta Sala. Haber aceptado los mismos, hubiese supuesto romper la finalidad argumentada que tiene este tipo de actuaciones administrativas y, en última instancia, no hubiese resuelto los problemas de competencia que se derivan de los contratos de permanencia aquí analizados.

Para finalizar, esta Sala quiere recalcar que nos encontramos ante la existencia de una facultad discrecional de la administración, que es quien debe valorar, en primer lugar, si procede iniciar el procedimiento de terminación convencional y, posteriormente aceptar o, en su caso, denegar los compromisos propuestos por las partes. En este sentido, siendo una facultad discrecional de esta administración, resulta esencial y necesario que cualquier decisión que se haya adoptado al respecto quede suficientemente motivada para que la propia TME conozca de manera clara e inequívoca los motivos por los que la DC decidió rechazar los compromisos propuestos, y ello, a juicio de esta Sala se ha cumplido sobradamente en el mencionado Acuerdo del Director de Competencia.

Resulta oportuno traer a colación la Sentencia de la Audiencia Nacional de fecha 5 de julio de 2012 (3114/2012), en la que, en relación con el procedimiento de terminación convencional tramitado por la CNC, ha señalado lo siguiente:

¹¹ Acuerdo del Director de Competencia de fecha 14 de febrero de 2014 (folios 1946 a 1952).

“La discrecionalidad administrativa, en el supuesto de estos procedimientos de Defensa de la Competencia, se sitúa por tanto en el propio inicio del procedimiento, y no como alega la recurrente, en la valoración y resolución de los compromisos propuestos.

En todo caso, la potestad discrecional de la Administración ha de referirse siempre a alguno o algunos de los elementos del acto administrativo. Y con arreglo a la doctrina reiterada tanto del Tribunal Constitucional como del Tribunal Supremo lo que se exige para evitar la indefensión y cumplir la exigencia de la motivación de las resoluciones, es que se analicen, aunque no sea exhaustiva y pormenorizadamente, las cuestiones planteadas y que se especifiquen las razones o circunstancias tenidas en cuenta para resolver, a fin de posibilitar que los afectados puedan conocer esas razones y motivos y con ello puedan articular adecuadamente sus medios de defensa.

Tanto el Legislador como la Jurisprudencia han sido conscientes de la necesidad de profundizar en una línea progresiva de racionalización y objetivación de la actividad administrativa, exigida por el principio constitucional de interdicción de la arbitrariedad (artículo 9.3 de la Constitución). La motivación viene a asegurar la seriedad en la formación de la voluntad de la Administración, pero en el terreno formal constituye una garantía para el administrado, que podrá así impugnar en su caso el acto administrativo, con posibilidad de criticar las bases en que se fundamentó, facilitando, además y en último término el control jurisdiccional de la Administración con arreglo al artículo 106.1 de la Constitución.

En el presente caso nos encontramos ante motivación suficiente, pues se detallan las razones por las que la DI no considera debe iniciarse el procedimiento, tal y como las recoge la actora en su demanda y han sido reproducidas más arriba. Cuestión distinta es que la actora no comparta dichas razones, pero en cualquier caso la decisión está fundada. No existe en consecuencia indefensión, puesto que ha podido conocer las razones de la negativa y ha podido impugnarlas y debatirlas”.

En virtud de lo anterior, resulta incontestable el esfuerzo motivador realizado por la DC en su acuerdo de fecha 14 de febrero de 2014 (folios 1946 a 1952), en el que analiza y valora adecuadamente los compromisos presentados por TME, y argumenta los motivos por los que no los considera suficientes para solventar las restricciones a la competencia detectadas.

Esta Sala entiende, por tanto, suficientemente motivado el acuerdo citado, y además comparte y hace suyas las conclusiones realizadas por la DC en el mismo, así como las decisiones allí adoptadas.

4.2.- TME considera que las cláusulas de permanencia no son un acuerdo vertical en el sentido de los artículos 1 de la LDC y 101 del TFUE y del RECAV

TME señala que el Reglamento (UE) nº 330/2010 de la Comisión de 20 de abril de 2010, relativo a la aplicación del artículo 101 del TFUE a determinadas categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas (Reglamento de Exención por categorías de Acuerdos Verticales –RECAV-) no resulta de aplicación a los acuerdos de prestación de servicios suscritos con clientes finales, tal y como ha afirmado igualmente ORANGE en el expediente. A mayor abundamiento, TME indica que el primer Informe de Frontier Economics explicó también, desde una perspectiva económica, por qué la relación entre TME y los clientes del contrato Premium Especial PYMEs no es una "restricción vertical".

Según TME, el objeto del RECAV es establecer las condiciones en las que determinados acuerdos entre empresas que operan en planos distintos de la cadena de producción o distribución de un bien, y que son potencialmente incompatibles con el artículo 101.1 TFUE, pueden beneficiarse normalmente de la exención prevista en el artículo 101.3 del mismo TFUE. De este modo, el ámbito de aplicación del RECAV no alcanza a todos los acuerdos verticales que existen, sino que se circunscribe a los que, teniendo por objeto o efecto restringir la competencia, encajan dentro de su propia definición de "acuerdos verticales".

Según TME, la PYME objeto de este expediente no comercializa sus servicios o productos integrando de forma identificable los servicios de telefonía móvil de TME en su oferta al mercado, ni los clientes finales de esas PYMEs disfrutan de los servicios de telefonía móvil (en términos de calidad y precio) que los operadores prestan a las PYMEs. Es decir, la compra que realiza de ese insumo se diluye en todo el proceso productivo.

En el mismo sentido, ORANGE señala que, si bien tales clientes tienen la consideración de empresas en sentido amplio -y por ello se habla de mercados empresariales-, lo cierto es que no se trata de empresas en el sentido pretendido por la norma, sino más bien de usuarios finales. Según ORANGE, los clientes empresariales de TME no adquieren los servicios de comunicaciones electrónicas como un insumo para integrarlos en la producción de sus bienes o para la prestación de sus servicios, sino que actúan como demandantes finales de un determinado servicio, en este caso de comunicaciones electrónicas, de igual forma que lo harían los demandantes de estos servicios que tienen la consideración de personas físicas.

Respuesta de la Sala de Competencia

Para dar respuesta a las alegaciones de TME y de ORANGE, acudimos, en primer lugar, a la definición de acuerdo vertical contenida en el artículo 1 del RECAV:

“los acuerdos o prácticas concertadas suscritos entre dos o más empresas que operen, a efectos del acuerdo o de la práctica concertada, en planos distintos de la cadena de producción o distribución y que se refieran a las condiciones en las que las partes pueden adquirir, vender o revender determinados bienes o servicios”.

Tal como ha manifestado la DC en su Propuesta de Resolución (PR), del concepto de acuerdo vertical transcrito, se desprende que para considerar la existencia de un acuerdo vertical no es necesario que el mismo se produzca en el contexto de una cadena de distribución, en la que los bienes adquiridos se revenden, sino que también existen acuerdos verticales en cadenas de producción.

A los efectos del presente procedimiento, procede aclarar que cuando el RECAV se refiere a cadenas de producción, no limita el concepto a las cadenas de producción de bienes industriales tradicionales, en las que los bienes adquiridos se integran físicamente en un bien producido, sino que también tiene en cuenta las cadenas de producción de servicios o en las que se integran inputs en forma de servicios, de tal manera que los servicios suministrados por el proveedor son insumos necesarios para la producción de bienes o prestación de servicios llevados a cabo por el comprador de los bienes o adquirente de los citados servicios.

Esta definición extensiva del concepto de cadena de producción queda patente en el párrafo 25(d) de las Directrices Relativas a las Restricciones Verticales (2010/C 130/01), que señala que *“Están también incluidos en el ámbito de aplicación los acuerdos verticales relativos a todos los bienes y servicios finales e intermedios”,* y que *“Los bienes o servicios suministrados por el proveedor pueden ser revendidos por el comprador o empleados como insumo por este último para producir sus propios bienes o servicios”,* de lo que se deduce que en ningún momento las Directrices excluyen del concepto de acuerdos verticales bienes o servicios por el mero hecho de que puedan tener un peso relativamente reducido.

Igualmente, y en el mismo sentido, el apartado 98 de las Directrices señala que en las relaciones verticales el producto de uno es el insumo de otro, lo que quiere decir que las actividades de las partes del acuerdo son complementarias. En consecuencia, el poder de mercado ejercido por la empresa del mercado anterior o la del mercado posterior influiría, por lo general, negativamente en la demanda del producto de la otra.

El apartado 2 de las citadas Directrices expone claramente en su parte final un ámbito de aplicación de las mismas de naturaleza empresarial que abarque todo

tipo de bienes y servicios y todos los niveles de intercambios, incluso con consumidores finales, con la única excepción de que estos consumidores finales no sean empresas, lo que no ocurre en el presente expediente:

“A menos que se especifique otra cosa, los análisis y argumentos que figuran en estas directrices se aplican a todos los tipos de bienes y servicios y a todos los niveles de intercambios. El término «productos» abarca tanto a bienes como a servicios. Así pues, los términos «proveedor» y «comprador» se emplean para referirse a todos los niveles de los intercambios. Estas Directrices y el Reglamento de Exención por Categorías no se aplican a los acuerdos celebrados con consumidores finales cuando éstos no son empresas, dado que el artículo 101 sólo se aplica a los acuerdos entre empresas”.

TME pretende asimilar a las PYMES objeto del presente expediente como clientes finales de los servicios prestados por TME, lo que desembocaría en la inaplicación del RECAV, ya que las PYMES no asignarían al insumo (servicios de telefonía móvil) valor específico alguno en la configuración de su correspondiente producto o servicio final ya manufacturado.

Sin embargo, esta Sala no comparte tal consideración por cuanto resulta evidente en el presente expediente que los servicios de telefonía móvil contratados por las PYMES no son utilizados para uso particular y ajeno a la propia actividad empresarial. Es precisamente por este motivo por el que TME configura una serie de servicios de telefonía móvil diferenciados en función del tipo de abonado a los mismos, distinguiendo claramente entre el segmento empresarial y el residencial, siendo las características y condiciones diferentes en atención precisamente al uso y destino de los servicios contratados.

Esta consideración, además, está en línea con las apreciaciones de la extinta CMT, que en su informe de octubre de 2011, sobre la situación competitiva en el segmento empresarial en España (AEM INF 2010/90), manifiesta que *“las empresas españolas demandan los servicios de comunicaciones electrónicas como un insumo más en su función de producción para prestar sus servicios en los mercados en los que actúan. Dado el impacto que la adopción de las nuevas tecnologías puede tener sobre la productividad de las empresas, es interesante presentar, en primer lugar, los niveles de penetración de los diferentes servicios”.*

Pero es que, además, si acudimos a la propia definición de consumidor final contenida en las normas de consumidores y usuarios, tanto generales como las que se refieren a los servicios de telecomunicaciones, observamos que estas, en sentido análogo al considerado por esta Sala, excluyen de la definición de consumidor final a las personas físicas o jurídicas que usan los servicios que otros les ofrecen para fines profesionales.

En este sentido, tanto la Ley 32/2003, General de Telecomunicaciones, aplicable durante la tramitación del procedimiento, como la actual Ley 9/2014, General de

Telecomunicaciones, definen al consumidor de telecomunicaciones en los siguientes términos:

“4. Consumidor: cualquier persona física o jurídica que utilice o solicite un servicio de comunicaciones electrónicas disponible para el público para fines no profesionales”.

En términos similares, la Ley 3/2014, de 27 de marzo, por la que se modifica el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes, en su artículo 3 realiza la siguiente definición de consumidor o usuario:

“A efectos de esta norma y sin perjuicio de lo dispuesto expresamente en sus libros tercero y cuarto, son consumidores o usuarios las personas físicas que actúen con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión.

Son también consumidores a efectos de esta norma las personas jurídicas y las entidades sin personalidad jurídica que actúen sin ánimo de lucro en un ámbito ajeno a una actividad comercial o empresarial”.

Es decir, no puede considerarse consumidor final o cliente final de unos servicios, a aquellas empresas que usan esos servicios contratados con fines empresariales, como es el caso de las PYMES y autónomos que contratan los servicios con TME, con la finalidad, como se ha señalado, de usar esos servicios como insumos necesarios para sus propios negocios. En este mismo sentido, el Tribunal Supremo, en su Sentencia de 15 de diciembre de 2005 (2005/230413), ha dejado señalado lo siguiente:

“El art. 1, apartados 2 y 3, de la Ley 26/1984, de 19 de julio EDL 1984/8937, delimita el ámbito subjetivo de la misma atribuyendo la condición de consumidor no a cualquiera que lo sea por aparecer en la posición de quien demanda frente a quien formula la oferta, sino al consumidor que resulte destinatario final de los productos o servicios ajenos que adquiere, utiliza o disfruta. Esto es, al que se sirve de tales prestaciones en un ámbito personal, familiar o doméstico. No a quien lo hace para introducir de nuevo en el mercado dichos productos o servicios, ya por medio de su comercialización o prestación a terceros, sea en la misma forma en que los adquirió, sea después de transformarlos, ya utilizándolos para integrarlos en procesos de producción o transformación de otros bienes o servicios”.

Así las cosas, tal como ha señalado la DC en su PR, resulta evidente que los servicios móviles de TME contratados por sus clientes PYMES y autónomos son un input básico y esencial para que estos clientes puedan desarrollar su actividad empresarial. De hecho, por su naturaleza y ubicuidad, los servicios móviles son utilizados por casi todas las empresas para desarrollar sus actividades económicas, por lo que cualquier distorsión en la dinámica competitiva de la

prestación de servicios móviles a empresas en España es susceptible de afectar a casi todos los sectores españoles de actividad económica.

Lo anterior, nos lleva a concluir que los "Contratos Permanencia Premium especial PYME" firmados por TME con sus clientes empresariales constituyen acuerdos verticales entre empresas no competidoras que están sometidas a las limitaciones establecidas por el artículo 1 de la LDC y 101 del TFUE.

Asimismo, en el caso objeto de este expediente no se dan las condiciones necesarias para la aplicación de la exención prevista en el artículo 2 del RECAV. En particular, es preciso tener en cuenta que la cuota de TME, como proveedor en el mercado de servicios minoristas de telefonía móvil supera el umbral del 30% que establece el artículo 3 del Reglamento como condición necesaria para la aplicación de la exención¹² (vid. Gráfico 1 y tablas 6 y 7 de la presente resolución).

4.3.- Sobre el objeto y los efectos restrictivos de la competencia derivados de las prácticas objeto del presente expediente.

Para TME, las cláusulas investigadas no encajan en ninguno de los supuestos que, según la Comisión Europea, los precedentes y la jurisprudencia, se han considerado como infracciones por objeto de los artículos 1 LDC o 101 TFUE. Según la citada entidad, las cláusulas investigadas no pueden ser restrictivas por su objeto cuando el objetivo de las mismas está claro y es absolutamente legítimo, sin que tenga nada que ver con introducir una restricción de la competencia.

Por otro lado, TME señala que la DC comete un error importante al analizar los efectos de las conductas investigadas en un segmento del mercado relevante, y no en el mercado en su conjunto, que es donde deben analizarse los efectos de las conductas desde la perspectiva de los artículos 1 LDC y 101 TFUE.

Además, según TME, aunque las cláusulas investigadas afectasen a una parte significativa del mercado, las pruebas que obran en el expediente demuestran que no han producido ni pueden producir un efecto restrictivo de la competencia mínimamente apreciable.

Por lo que se refiere al potencial efecto de exclusión de YOIGO y los OMVs del segmento PYME como consecuencia de las cláusulas investigadas, TME señala que una valoración objetiva de los hechos y alegaciones que obran en el expediente ponen de manifiesto de manera conclusiva que se ha demostrado que las cláusulas investigadas no excluyen a YOIGO y los OMVs.

¹² Si se aplicase el Reglamento (CE) nº 2790/1999 de la Comisión, de 22 de diciembre de 1999, relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 81 del Tratado CE a determinadas categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas, vigente hasta el 31 de mayo de 2010, TME tampoco podría beneficiarse de la exención, conforme a lo dispuesto en el artículo 3 de dicho Reglamento, al superar su cuota de mercado el umbral del 30%.

Por su parte, ORANGE suscribe el análisis que hace la DC en relación con el daño que los compromisos de devolución de descuentos impuestos por TME infligen a la competencia.

Según la citada entidad, un aspecto importante de los citados compromisos de devolución de descuentos es que no sólo vinculan al cliente durante el periodo de duración inicial, sino que si dichos contratos se prorrogan tácitamente sin nueva mejora de condiciones por parte de TME, en el supuesto de cancelación al cabo de 4 años antes de finalizar la prórroga automática, TME solicita al cliente la devolución de todos los descuentos desde el plazo inicial, cuando no se ha renovado expresamente ni el compromiso de permanencia ni obtenido ventaja económica adicional. Según ORANGE, en la práctica, dicha previsión contractual supone reclamar los descuentos recibidos desde el origen, sin ventaja adicional alguna, lo que impide de facto ni siquiera la portabilidad de clientes que han cumplido sobradamente con los compromisos de permanencia iniciales y no han obtenido ventaja comercial adicional desde su activación. Por lo tanto, sin proporcionar descuentos adicionales en las prórrogas de los contratos siguen exigiendo los descuentos desde el momento inicial, con lo que se hace al cliente cautivo "de por vida".

Respuesta de la Sala de Competencia

De acuerdo con la jurisprudencia sólidamente asentada (por todas Sentencia de la Audiencia Nacional de 2 de noviembre de 1998), para que exista infracción de las normas de competencia de las conductas previstas en los artículos 1 de la LDC o 101 del TFUE, deben cumplirse una de las siguientes tres premisas: a) que tenga por "objeto" impedir, restringir o falsear la competencia, aunque no lo consiga; b) que tenga el "efecto" de hacerlo, aunque no hubiera el propósito y, c) que, sin producir el "efecto" ni perseguirlo, tenga "aptitud" para ello.

En el presente expediente nos encontramos ante una conducta que encaja en las prácticas prohibidas previstas en los artículos 1 LDC y 101 de la TFUE, y constituye, como veremos, una restricción por objeto, que, adicionalmente, ha tenido la aptitud para lograr el fin de falseamiento de la libre competencia por parte de TME.

Señalado lo anterior, en primer lugar conviene dejar patente que esta Sala considera que no todas las condiciones de permanencia que ofrecen los operadores de telecomunicaciones son restrictivas de la competencia. Esta consideración está en línea, además, con las apreciaciones de la antigua CMT¹³, que manifestó en varias ocasiones que la suscripción de compromisos de permanencia es una práctica general en el mercado minorista de telefonía móvil, que *"puede tener efectos neutros o incluso favorables para el consumidor, en particular si la oferta supone una mejora respecto de otras promociones (como*

¹³ Véanse los expedientes RO 2006/422 y MTZ 2007/418.

puede ser el caso con la política de subvención de terminales) y prevé indemnizaciones proporcionadas con el descuento percibido por el usuario a la hora de suscribir la promoción". Teniendo en cuenta el marco normativo vigente, la CMT señala asimismo que la "suscripción por parte de los abonados a los servicios de telefonía móvil de compromisos de permanencia a cambio de determinadas ventajas no debe implicar una barrera a la portabilidad".

Ahora bien, tal como indicó igualmente la propia CMT, *"por el contrario, en el caso de que el periodo de permanencia mínimo o el importe de las penalizaciones sean excesivos, se incrementarían los costes de cambio de los clientes, dando lugar a efectos exclusionarios".*

En este sentido los efectos sobre la competencia y los consumidores de los contratos de telecomunicaciones y, en particular, de las cláusulas de renovación automática, con períodos de preaviso y penalizaciones, han sido objeto de seguimiento y estudio por parte de las autoridades regulatorias y de competencia por las preocupaciones que suscitan sus efectos sobre los consumidores y las condiciones de competencia. En particular la OFCOM de Reino Unido¹⁴ estudió en 2011 los efectos de las cláusulas de renovación automática en los contratos de prestación de servicios a consumidores de telefonía fija¹⁵ (estas cláusulas no estaban presentes en el mercado de telefonía móvil). Sus conclusiones, sobre los efectos negativos de la cláusula de renovación automática y del mecanismo de preaviso identificaban un efecto directo sobre los costes de cambio (inhabilidad del usuario de cambiar de oferente a medida que surgen nuevas ofertas o cambian sus circunstancias personales) y un efecto indirecto sobre la competencia entre los proveedores de servicios de telecomunicaciones (reducido número de usuarios libres en el mercado que disminuyen los incentivos de las empresas a invertir en actividades con economías de escala, incluidas las campañas de marketing, en innovaciones y en nuevas entradas). Ello llevó a la OFCOM a prohibir este tipo de cláusulas de renovación automática en los contratos de servicios de telefonía fija con consumidores y con empresas de menos de 10 trabajadores.

Igualmente, en el caso particular de las cláusulas de permanencia con penalizaciones crecientes, las autoridades de consumo han señalado su carácter desproporcionado, por cuanto no mantienen el necesario equilibrio respecto a la posición de ambas partes en el contrato¹⁶:

¹⁴ Autoridad Nacional de Regulación y Autoridad de Competencia en el sector de las telecomunicaciones en Reino Unido.

¹⁵ *Automatically Renewable Contracts. Decision on a General Condition to prohibit ARCs*, de 13 de septiembre de 2011.

¹⁶ Informe de la Comisión de Cooperación de Consumo SGADC/1900/2014/f, sobre la posible abusividad de la cláusula que impone una desproporcionalidad del importe pactado a satisfacer por el abonado en el supuesto de incumplimiento del compromiso de permanencia que aplican distintos operadores de telefonía cuando contratan productos con los consumidores

“el posible carácter abusivo de una cláusula de esta naturaleza debe ser valorado teniendo en cuenta las posibles ventajas que se deriven para el consumidor y usuario de la oferta comercial que se concreta en el contrato, así como de la proporcionalidad de la penalización que se contemple en el mismo, de forma que se mantenga el necesario equilibrio respecto a la posición de ambas partes. Por tanto, cabe destacar en primer lugar, que para determinar si una cláusula de este tipo es o no abusiva habrá que valorar caso por caso para comprobar si se dan o no estos requisitos. Sin embargo, con carácter general se puede afirmar que nada de esto se da en aquellos supuestos en que la medida que se acerca la fecha final de cumplimiento del compromiso de permanencia del contrato, y por tanto de liberalización del vínculo contractual para el consumidor, la indemnización que tiene que abonar a la compañía es mayor”.

Así pues, de acuerdo con lo anterior, debemos considerar, como primera conclusión, que no todas las cláusulas de permanencia configuradas por los operadores sobre la base de su libertad empresarial son generadoras de una distorsión del normal funcionamiento de los mercados de telecomunicaciones, ni van a requerir la actuación de este Organismo. Ahora bien, por el contrario, sí deberán ser objeto de análisis e intervención aquellas otras condiciones que, teniendo la misma calificación de cláusulas de permanencia, en cambio provoquen una distorsión en los mercados con afectación al resto de competidores y, en última instancia, a los consumidores, y esto es precisamente lo que acontece con las condiciones impuestas por TME en sus contratos Premium Especial PYME, cuyas restricciones de la competencia tanto por objeto como por efecto han resultado evidentes de la instrucción del procedimiento aquí resuelto, como se mostrará a continuación.

4.3.1.-Restricción por objeto

Esta Sala considera, al igual que la DC, que el diseño de las condiciones de permanencia y de las penalizaciones asociadas a los contratos de referencia están orientadas, desde un punto de vista objetivo, a dificultar la captación de los clientes empresariales PYME de TME por parte de competidores alternativos y además, en nada benefician a los abonados a dichos servicios.

Las particularidades que esta Sala ha tenido en cuenta para alcanzar la conclusión de que las restricciones verticales citadas lo son por su objeto y, por tanto, persiguen una restricción desde el mismo momento en que se configuraron las mismas, se refieren a) al método de cálculo de las penalizaciones, b) a la renovación automática de los compromisos de permanencia y la existencia de períodos de preaviso mínimo para evitar dicha renovación automática, c) al cálculo del apoyo económico y, por último a la d) reducida transparencia con la que se comercializan este tipo de contratos.

- a) Sistema de cálculo de las penalizaciones

En relación con el sistema de cálculo de las penalizaciones contenidas en los contratos aquí analizados, de carácter creciente (y poco transparente, como se explica más adelante), resulta evidente que su configuración persigue como objetivo retener a los abonados del operador a través del incremento constante de la penalización en caso de rescisión anticipada del contrato, lo que deriva en una situación paradójica, porque cuanto más tiempo cumple de contrato el cliente (y, por tanto, mayores beneficios aporta a la operadora, en este caso, TME) mayor penalización debe pagar en caso de cambio de operador o baja anticipada del servicio.

Este sistema de cálculo de penalizaciones creciente o inversa no coincide con la práctica habitual en otros contratos con compromisos de permanencia, como el caso de los que llevan asociados la subvención de terminales. En este caso, el coste inicial de adquisición del terminal corre a cargo de TME, y este lo recupera de forma progresiva o escalonada a lo largo de la vigencia del compromiso de permanencia, de forma que un mayor grado de cumplimiento del compromiso de permanencia implica una menor penalización por incumplimiento, al suponerse que la empresa ya habrá recuperado parte de la “inversión” inicial realizada que justifica la aplicación de la citada penalización.

Sin embargo, en los contratos objeto del presente expediente, como se ha señalado, la penalización es creciente por lo que su finalidad no puede dirigirse exclusivamente a compensar los gastos o inversiones realizadas por TME sino primordialmente a dificultar el cambio de operador cuando resulta más probable que pueda tener lugar, es decir, en un momento próximo a la finalización del compromiso de permanencia.

Ninguna lógica económica subyace en la penalización creciente examinada ya que no existe explicación para que en un contrato de determinada duración (12 o 24 meses, por ejemplo) el cliente PYME pueda desligarse del mismo en el momento de su cumplimiento (al finalizar el mes 12 o 24) sin abonar ninguna indemnización (y, por tanto, reconociendo expresamente TME el logro de la rentabilidad perseguida en la contratación finalizada) mientras que en un mes anterior (por ejemplo, en el mes 11 o 23) el cliente deba abonar una penalización máxima, como si hasta dicho momento el contrato no hubiera aportado rentabilidad o beneficio alguno a TME.

En definitiva, no cabe duda de que el sistema de penalizaciones diseñado en los contratos Premium es *per se* restrictivo de la competencia por cuanto su objetivo es retener a sus clientes a través del incremento artificial de las penalizaciones y ello evidencia un cierre de mercado a los competidores de TME.

- b) La renovación automática de los compromisos de permanencia y la existencia de períodos de preaviso mínimo para evitar dicha renovación automática

La renovación automática de los compromisos de permanencia y la existencia de un período de preaviso mínimo para evitarla suponen también barreras adicionales que obligan al cliente PYME de TME a una planificación adecuada si quiere cambiar de proveedor evitando las cláusulas de penalización. Por ello, aumentan el coste para el cliente PYME del cambio de proveedor.

Asimismo, la renovación automática y el período de preaviso aumentan el coste comercial para los competidores de captar clientes PYME de TME ya que los competidores con frecuencia se ven obligados a pagar las penalizaciones para conseguir que el cliente cambie de proveedor, como se indica más adelante.

Además, si el competidor presenta la oferta a un cliente PYME de TME con anterioridad al inicio del período de preaviso mínimo y el cliente PYME decide realizar el preaviso para cambiar de suministrador coincidiendo con la finalización del período de compromiso, con objeto de evitar las penalizaciones, TME dispondrá de un amplio período temporal para reaccionar ante las ofertas de sus competidores.

Como se ha advertido anteriormente las conclusiones del estudio realizado por la OFCOM en 2011 sobre las cláusulas de renovación automática en los contratos de prestación de servicios a consumidores de telefonía fija identificaron efectos negativos, directos e indirectos respectivamente, sobre los costes de cambio (inhabilidad del usuario de cambiar de oferente a medida que surgen nuevas ofertas o cambian sus circunstancias personales) y sobre la competencia entre los proveedores de servicios de telecomunicaciones (reducido número de usuarios libres en el mercado que disminuyen los incentivos de las empresas a invertir en actividades con economías de escala, incluidas las campañas de marketing, en innovaciones y en nuevas entradas). Ambos efectos, directo e indirecto, llevaron a la OFCOM a prohibir este tipo de cláusulas de renovación automática en los contratos de servicios de telefonía fija con consumidores y con empresas de menos de 10 trabajadores.

c) El cálculo del apoyo económico asociado a los contratos Premium.

Por lo que se refiere al cálculo de la penalización, como ya se ha advertido, hay que señalar que no tiene en cuenta que el cumplimiento parcial del compromiso de permanencia por parte del cliente PYME conlleva también, al menos parcialmente, una recuperación de cualquier eventual esfuerzo económico en el que TME hubiera podido incurrir para apoyar a sus clientes PYME. En efecto, el sistema diseñado por TME no tiene en cuenta que el operador recupera de forma progresiva el supuesto apoyo económico a través del consumo realizado por el cliente.

Basta fijarse, que en el caso de los apoyos consistentes en subvenciones a terminales, se constata que, efectivamente, el esquema responde en términos generales a este diseño. TME incurre en un coste inicial, en apoyo del cliente, y

recupera de forma progresiva o escalonada dicho coste a lo largo de la vigencia del compromiso de permanencia. De esta forma, aunque el compromiso de permanencia no se cumpla plenamente, un mayor grado de cumplimiento del mismo aparece asociado a una menor penalización por incumplimiento.

Por el contrario, en los contratos Premium examinados, el diseño realizado por TME parece presumir que el operador no recibe ninguna rentabilidad de los consumos realizados por el cliente durante la duración del contrato hasta que se alcanza el último día del compromiso de permanencia. En tal fecha, el cliente de TME no debe pagar ninguna penalización pero, por el contrario, durante el resto del transcurso del periodo contractual la penalización a pagar es creciente como si TME no obtuviera ningún beneficio del mismo e incurriera en continuas pérdidas.

d) La reducida transparencia con la que se comercializan estos contratos.

La reducida transparencia asociada a las condiciones subyacentes a estos contratos puede también suponer una barrera al acceso y expansión de competidores en la medida en que encarece, para los clientes PYME, la valoración de ofertas alternativas frente a la opción de mantener el contrato vigente con TME. Así, la necesidad de acudir a un asesor personalizado del Centro de Atención a Clientes para obtener información relevante relativa a las condiciones del compromiso de permanencia, así como el apoyo económico imputado por TME y la penalización correspondiente en caso de incumplimiento del compromiso del contrato, genera costes para las PYME que deberán añadirse a los impuestos por el contrato a la hora de afrontar un proceso de cambio de suministrador.

La falta de transparencia con la que se comercializan los citados contratos Premium se ha puesto de manifiesto durante la tramitación del expediente con las alegaciones contradictorias vertidas por TME y ORANGE respecto a la penalización a pagar en caso de prórroga del contrato que, para TME se referiría sucesiva y exclusivamente a cada uno de los periodos contractuales que se fueran contratando y prorrogando (folio 1544) mientras que ORANGE estima que alcanza a la devolución de todos los descuentos desde el plazo inicial, en el supuesto de cancelación al cabo de 4 años antes de finalizar la prórroga automática (folio 2561).

En definitiva, resulta evidente que las condiciones que TME ha incluido en los contratos premium suponen una conducta restrictiva de la competencia por su objeto, por cuanto su afectación a la competencia resulta evidente sin necesidad de medir sus efectos en el mercado. Resulta evidente que, teniendo en cuenta las características de las condiciones descritas en su conjunto, uno de los objetivos que TME perseguía con las citadas cláusulas era cerrar el mercado a sus competidores, por cuanto las mismas hacen mucho más difícil la captación de clientes por parte de otros operadores.

La utilización de cláusulas de fidelización anticompetitivas mediante penalizaciones injustificadamente elevadas y falta de transparencia por rescisiones anticipadas de contratos han sido consideradas restrictivas de la competencia tanto por la extinta CNC como por la Audiencia Nacional. Así, en su sentencia de 15 de febrero de 2012, la AN desestimó el recurso contencioso-administrativo presentado por Abertis Telecom SAU, contra la resolución de la CNC de 19 de mayo de 2009 (exp. 646/08, Axion/Abertis) mediante la que se le impuso una multa de 22.658.863 euros, por dos infracciones de abuso de posición de dominio (arts. 6 LDC y 82 TCE) consistentes en (i) exigir, sin justificación objetiva, cuantiosas penalizaciones a sus clientes en caso de rescisión anticipada de los contratos firmados en 2006 y establecer una excesiva duración de unos contratos para impedir la posible acción comercial de nuevos competidores y su entrada en el mercado; y (ii) ofrecer en el marco de la negociación de los contratos firmados en 2006, sin justificación objetiva, descuentos por la contratación conjunta de la difusión en todos los territorios o placas regionales en que podría subdividirse, con el efecto de impedir la entrada de nuevos competidores en algunas de ellas.

En su análisis sobre el citado expediente la AN señaló que *“compartimos igualmente la valoración de la CNC al afirmar que es posible una exclusión anticompetitiva del mercado de un competidor efectivo mediante la fidelización del cliente que se puede conseguir mediante distintas conductas. En este caso, tanto mediante la celebración de contratos de larga duración que incluyen cláusulas de penalización injustificadamente elevadas por resolución anticipada y unilateral (contratos de ABERTIS de 2006), como a través de la concesión de elevados descuentos sobre el precio pactados vinculados a una excesiva duración del contrato, los de 2008.”*

4.3.2.- Restricción por efectos

Como ha señalado el Consejo de la CNC en anteriores ocasiones, en la valoración de conductas del artículo 1 LDC y 101 del TFUE no se exige la prueba de efectos reales contrarios a la competencia cuando se ha determinado que éstas son restrictivas por su objeto¹⁷.

Igualmente, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha señalado que¹⁸:

“procede recordar que, según reiterada jurisprudencia, de cara a la aplicación del artículo 101 TFUE (RCL 2009, 2300), apartado 1, la ponderación de los efectos concretos de un acuerdo es superflua cuando resulte que éstos tienen por objeto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia (véanse, en este sentido, las sentencias de 13 de julio de 1966, Consten y Grundig/Comisión, 56/64 y 58/64, Rec. p. 429, y de 8 de diciembre de 2011 [TJCE 2011, 399] , KME

¹⁷ Véase, la Resolución de la CNC de 31 de julio de 2010 (Expte. S/0120/10, Transitarios).

¹⁸ Sentencia de 13 diciembre 2012 del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Segunda). Asunto C-226/11 (Expedia Inc. contra Autorité de la concurrence y otros).

Germany y otros/Comisión, C-272/09 P, Rec. p. I-0000, apartado 65, y KME Germany y otros/Comisión, [TJCE 2011, 400] C-389/10 P, Rec. p. I-0000, apartado 75).

A este respecto, el Tribunal de Justicia ha declarado que la distinción entre «infracciones por objeto» e «infracciones por efecto» reside en el hecho de que determinadas formas de colusión entre empresas pueden considerarse, por su propia naturaleza, perjudiciales para el buen funcionamiento del juego normal de la competencia (sentencias de 20 de noviembre de 2008, Beef Industry Development Society y Barry Brothers, C-209/07, Rec. p. I-8637, apartado 17, y de 4 de junio de 2009, T-Mobile Netherlands y otros, C-8/08, Rec. p. I-4529, apartado 29).

Por tanto, procede considerar que un acuerdo que puede afectar al comercio entre Estados miembros y que tiene un objeto contrario a la competencia constituye, por su propia naturaleza e independientemente de sus efectos concretos, una restricción sensible del juego de la competencia”.

Y finalmente, el Tribunal Supremo en su sentencia de 18 de diciembre de 2007, en sentido análogo, ha afirmado que:

"En cuanto a las alegaciones de la actora de que su comportamiento no tuvo efectos negativos en el mercado puesto que ni tuvo reflejo en los precios ni en el reparto del mercado ni, finalmente, en que las empresas sancionadas mantuviesen, mejorasen o incrementasen su poder de mercado, basta señalar dos cosas. En primer lugar que la sanción de las conductas comprendidas en el artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia no requiere que se hayan producido tales efectos, sino tan sólo que puedan producirlos, lo que evitaría ya tener que examinar dichos argumentos".

Como ya ha señalado esta Sala en este apartado, la consideración de la conducta como una restricción por objeto haría innecesario, desde el punto de vista de la imputación de responsabilidad, acreditar la existencia de efectos provocados por las conductas objeto del presente expediente. Sin embargo, a la vista de las condiciones contenidas en los contratos objeto de esta resolución y de la situación en el mercado de TME, cuyas cuotas son elevadas, así como de la importancia de los contratos Premium especial PYME en los citados mercados, se advierte por esta Sala la existencia de efectos potenciales con entidad suficiente para considerar que los mismos, los cuales derivan de las prácticas anticompetitivas ya acreditadas, deben ser igualmente tenidos en cuenta para imputar la debida responsabilidad a TME.

Las Directrices de la Comisión Europea sobre la aplicación del artículo 81.3 del TCE (comunicación de 27 de abril de 2004) establecen, en su apartado 24, que a la hora de examinar los efectos restrictivos de la competencia deben tomarse en consideración tanto los efectos reales como los potenciales, ya que, tal como

señalan las propias Directrices, es suficiente que la conducta tenga efectos anticompetitivos probables para considerar la existencia de infracción.

En este sentido, la reciente sentencia del Tribunal General de la Unión Europea (Sala Séptima) de 12 junio 2014 (asunto T-286/09 Intel Corp. / Comisión), ha confirmado que una conducta exclusionaria llevada a cabo por una empresa con importante presencia en el mercado es suficiente para considerar la existencia de efectos potenciales sustanciales para la competencia. La citada Sentencia dice así:

“la infracción única y continuada, tomada en su conjunto, ha afectado en promedio, según los cálculos efectuados por el asesor de la demandante, a alrededor del 14 % del mercado mundial, en el supuesto de que esos cálculos no se limiten exclusivamente a la parte abierta a la competencia, lo cual debe ser considerado como una parte significativa del mercado. Esta circunstancia es suficiente para apreciar que los efectos potenciales de las prácticas de la demandante eran sustanciales”.

En relación con ello, resulta evidente que en el presente expediente nos encontramos ante una conducta restrictiva de la competencia tendente al cierre del mercado realizada por un operador cuyo poder de mercado ha quedado patente en el presente procedimiento, si tenemos en cuenta las elevadas cuotas que ostenta TME en los mercados analizados. La concurrencia de ambos aspectos, es decir, práctica anticompetitiva *per se* exclusionaria y elevadas cuotas de mercado, son elementos suficientes para considerar que la conducta tiene la potencialidad de crear efectos sustantivos restrictivos de la competencia.

Hay que tener en cuenta que la presencia de TME en el ámbito empresarial de los servicios minoristas de comunicaciones móviles, cuotas en términos de ingresos, es superior al 50% (54,4% en 2011 y 52,0% en 2012) y de acuerdo con la información disponible, su presencia en el segmento PYME es aún más intensa, con cuotas que en términos de clientes pueden situarse entre el 64% (empresas entre 10 y 19 empleados) y el 71% (empresas entre 50 y 199 empleados). Por tanto, su poder de mercado, pese a que la entidad manifiesta lo contrario, resulta indudable y debe ser tomada en cuenta a los efectos de considerar la existencia de efectos potenciales.

Es de destacar que, dada la significativa presencia de TME en el segmento PYME y la relevancia de los contratos con compromiso de permanencia Premium entre sus clientes de dicho segmento (que como se ha visto afectan al [confidencial] de los ingresos de TME procedentes del segmento PYME), es claro que la conducta atribuida a TME tiene potenciales efectos significativos en el conjunto del segmento PYME de servicios minoristas de comunicaciones móviles, al incrementar artificialmente y sin justificación objetiva las barreras a la entrada y a la expansión.

Ello, además, cobra mayor relevancia, si atendemos a la propia situación del mercado en el que se ha producido la conducta aquí analizada.

En este sentido, la Sentencia del TJUE de 28 de febrero de 1991 (asunto C-234/89, *Delimitis Henninger Brau*) determinó que, para valorar si una cláusula de no competencia en un acuerdo vertical quedaba prohibida por el artículo 101 del TFUE, en un mercado en el que otros competidores contratan con sus clientes bajo acuerdos y contratos que incluyen cláusulas de no competencia similares, es necesario examinar dichos contratos en el contexto económico y jurídico en el que se ofertan y verificar el cumplimiento de dos requisitos: primero, que resulte difícil para los competidores que pueden acceder al mercado de referencia implantarse o aumentar su cuota de mercado en el mismo y, segundo, que el acuerdo o acuerdos a examinar suponga una contribución significativa al efecto cierre de mercado derivado de tales acuerdos, contribución que dependerá *inter alia* de la posición de las partes en el mercado relevante y en la duración del acuerdo.

El Tribunal señala que deben tenerse en cuenta las condiciones en que tiene lugar el juego de la competencia en el mercado de referencia. Se trata, a este respecto, de conocer, no sólo el número y dimensiones de los productores presentes en el mercado, sino, asimismo, el grado de saturación de este mercado y la fidelidad de los consumidores a las marcas existentes, ya que, generalmente, es más difícil penetrar en un mercado saturado caracterizado por la fidelidad de los consumidores a un pequeño número de grandes productores, que en un mercado en plena expansión en el que opera un gran número de pequeños productores que no disponen de marcas fuertes.

Pues bien, el análisis de los datos obrantes en el expediente expresa que el grado de saturación que ha venido experimentado el mercado de telefonía móvil en el segmento empresarial en los últimos años es evidente. Así, de los datos a los que ha podido tener acceso la DC, se concluye que en los años 2010 a 2013, el número de líneas de telefonía móvil en el segmento empresarial apenas ha experimentado variación alguna, y en el caso de las líneas exclusivas de datos, el análisis muestra una disminución constante del número de líneas.

De lo anterior, se concluye que nos encontramos en un segmento que viene experimentando evidentes signos de saturación, y en el que únicamente tres operadores móviles, de un total de 26 en 2012 (22 OMV y 4 OMR) en el conjunto del mercado acumulan la práctica totalidad de las cuotas y la parte incoada tiene como clientes la mitad del segmento empresarial (en términos de ingresos). Ante un mercado caracterizado por esa situación de estancamiento y copado únicamente por los tres principales operadores móviles, la combinación de las características reseñadas de los Contratos Permanencia Premium Especial PYME supone la creación de una serie de barreras artificiales y desproporcionadas al cambio de operador, que conducen a que un elevado porcentaje de PYME quede fuera del mercado durante la vigencia de los compromisos de permanencia, y

además cierra la competencia en este segmento, penalizando a los clientes PYME, que ven limitado artificialmente el abanico de oferentes efectivamente disponible y la competencia entre los mismos.

Como se ha indicado el potencial efecto restrictivo de esta red de acuerdos paralelos basados en los “Contratos Premium especial PYME” también deriva de que los mismos pueden incrementar sustancialmente los costes de captación en los que tienen que incurrir los competidores de TME, y otorgan a TME un periodo de reacción muy amplio (de al menos un mes) para intentar retener a los clientes que expresan su voluntad de terminar su relación contractual con TME.

De esta manera, TME puede mantener la obtención de rentas superiores con estos contratos y, al mismo tiempo, los competidores de TME deben afrontar costes superiores para competir por estos clientes PYME. Ello, unido a que VODAFONE desarrolla políticas comerciales similares a las de TME (lo que produciría efectos aún más negativos para la competencia a través de la existencia de redes paralelas), fomenta la exclusión de YOIGO y los OMVs completos del segmento PYMES y autónomos en el mercado minorista de servicios móviles, cuando son precisamente estos operadores alternativos los que más competencia han introducido en el segmento residencial en los últimos años.

Resulta evidente, por tanto, que nos encontramos ante una conducta cuyos efectos potenciales sustanciales son evidentes.

En este sentido, es significativa la escasa penetración de YOIGO y el resto de OMVs en el segmento PYME y autónomos en los últimos años, cuyas cuotas de mercado son inexistentes en un segmento cuyo nivel de ingresos debería resultar de interés para todos los operadores con capacidad suficiente para adentrarse en el mismo. Ello, además, contrasta con el constante aumento de cuotas de mercado que sí han experimentado los citados operadores en el segmento residencial en los últimos años, lo que puede ser indicativo, precisamente, de la existencia de claras barreras de entrada al mercado empresarial.

Igualmente, y sin perjuicio de lo anterior, quiere esta Sala advertir que la dinámica del mercado en los años objeto de la infracción que refleja el análisis de la DC, en la que se ha producido muy poca variación en la cuotas de mercado de TME en el segmento PYME, es muy probable que sea debido a este tipo de prácticas de retención de clientes. En este contexto, el análisis de los datos evidencia una mínima variación de los porcentajes de cuota de líneas correspondiente a los operadores durante los años 2010 a 2013 (vid. Tablas 6 y 7 de la presente resolución), así como los las datos relativos al número de bajas de líneas o clientes que han experimentado los operadores durante los citados años (vid. Tabla 17 de la presente resolución).

Los citados datos reflejan que durante los años 2010 a 2012, la cuota de TME permaneció relativamente estable en el segmento empresarial, mientras en el

segmento residencial perdió terreno en favor de otros operadores. Asimismo, la pérdida de líneas de TME y VODAFONE se concentró en el segmento residencial, mientras que en el segmento de negocios el número de líneas de estos operadores se mantuvo en niveles relativamente estables. La menor portabilidad de las líneas de negocios es presumiblemente una de las razones que explica esta evolución.

Por otro lado, en relación con las bajas de líneas o clientes experimentadas en el segmento PYME y autónomo de los tres operadores, el análisis efectuado por la DC muestra que, en términos generales, la existencia de compromisos de permanencia en todos los segmentos de la demanda analizados está asociada a un menor porcentaje de bajas de clientes o de líneas.

Sin embargo, esta relación de causalidad entre las conductas de TME y los efectos reales (mínima presencia de YOIGO y el resto de OMVs, así como el estancamiento de las cuotas de mercado), no ha podido ser acreditada por la DC en su propuesta de Resolución, por causas no imputables a ella.

En este sentido, para un mejor y más completo análisis de los efectos reales derivados de las prácticas aquí analizadas hubiese sido necesaria una mayor actitud colaboradora de los interesados en el expediente a la hora de aportar la información requerida para el análisis de los efectos. Sin embargo, ello no ha sucedido y, en consecuencia, la DC se ha visto limitada a la hora de acreditar las consecuencias que se han derivado de las cláusulas anticompetitivas. En el caso de TME, incluso las sucesivas contradicciones existentes en la información aportada a lo largo del expediente han supuesto un mayor grado de dificultad al correcto desarrollo del procedimiento¹⁹, si bien ha sido decisión exclusiva del operador los datos que ha aportado al expediente quedando enteramente en sus manos la posibilidad de rebatir con datos objetivos los hechos acreditados por el órgano instructor, aportando la información requerida.

En definitiva, teniendo en cuenta el contenido de las cláusulas objeto de este expediente, la significativa presencia de TME en el segmento PYME, la situación del mercado móvil en el segmento empresarial, así como la relevancia de los contratos con compromiso de permanencia Premium entre sus clientes de dicho segmento (que como se ha visto afectan al [confidencial] de los ingresos de TME procedentes del segmento PYME), resulta evidente la existencia de efectos potenciales sustanciales en el mercado.

Finalmente, en relación con la alegación de ORANGE, esta Sala desea precisar, como ya hizo la DC, que, al contrario de lo que sostiene ORANGE en sus alegaciones (sin aportar pruebas que las verifiquen), según la información que consta en el expediente de referencia, en caso de prórroga de la permanencia y posterior resolución anticipada del contrato por el cliente de TME, el cálculo de la

¹⁹ Véanse, folios 2002 a 2006 de la Propuesta de Resolución.

penalización se basa en los descuentos que habría otorgado TME desde la última prórroga (véase lo afirmado por TME en sus alegaciones, en el folio 1544).

4.4.- Sobre la aplicación de las exenciones previstas en los artículos 1.3 de la LDC y 101.3 TFUE.

Según TME, el Segundo Informe de Frontier Economics, ha demostrado que las restricciones de la competencia analizadas tienen una clara racionalidad procompetitiva y generan eficiencias. Asimismo, también ha demostrado, más allá de toda duda y desde una perspectiva económica, que todas las restricciones de la competencia que se incluyen en el contrato Premium Especial PYME son imprescindibles para lograr las eficiencias que se pretenden y que no solo permiten bajar precios para una parte importante de la demanda, sino que facilitan a TME una gestión más eficiente.

Finalmente, TME indica que el citado informe económico demuestra que no hay alternativas menos restrictivas y que permitan a TME conseguir las mismas eficiencias. De hecho, ni la tarifa plana ni un sistema de tarifas en dos partes únicamente son alternativas igualmente eficientes.

Respuesta de la Sala de Competencia

El apartado 3 del artículo 1 de la LDC, de similar redacción que el artículo 101.3 del TFUE, establece que la prohibición del apartado 1 no se aplicará a los acuerdos, decisiones, recomendaciones y prácticas que contribuyan a mejorar la producción o la comercialización y distribución de bienes y servicios o a promover el progreso técnico o económico, sin que sea necesaria decisión previa alguna a tal efecto, siempre que:

- a) Permitan a los consumidores o usuarios participar de forma equitativa de sus ventajas.
- b) No impongan a las empresas interesadas restricciones que no sean indispensables para la consecución de aquellos objetivos, y
- c) No consientan a las empresas partícipes la posibilidad de eliminar la competencia respecto de una parte sustancial de los productos o servicios contemplados.

Esta Sala desestima la alegación por cuanto, de la aplicación de las cláusulas de permanencia aquí analizadas, no se desprende ninguna eficiencia ni ventaja para el mercado. Tal como señala la DC, las condiciones ligadas a la permanencia (cálculo del apoyo económico asociado, renovación automática, período mínimo de preaviso para evitar la renovación automática, método de cálculo de la penalización, reducida transparencia con la que se comercializa el contrato

asociado) no son imprescindibles para que TME pueda dar descuentos a sus clientes, entre otras razones porque:

- a) La tendencia en el mercado de servicios de comunicaciones móviles ha sido la caída de precios en un contexto en el que las obligaciones de permanencia se han eliminado o reducido, especialmente en el segmento residencial.
- b) La penalización creciente no tiene en cuenta el mayor cumplimiento por el cliente de la obligación de permanencia y no responde a ninguna lógica económica, careciendo de justificación para explicar la extrema diferencia entre la penalización a pagar en el mes anterior al cumplimiento del contrato (máxima penalización) y en el momento del cumplimiento del mismo (0 euros).
- c) La prórroga automática y el plazo de preaviso de un mes limitan significativamente las ventanas de oportunidad de los clientes PYMES para cambiar de operador, y extienden en la práctica la duración efectiva de las obligaciones de permanencia.
- d) Regulatoriamente se ha establecido la obligación de tramitar las solicitudes de portabilidad en un día, por lo que los plazos de preaviso de un mes –en condiciones de reducida transparencia- no son consistentes con esta obligación de TME que, además, se ve desincentivada por el aumento artificial de las penalizaciones.

A ello hay que añadir, que la exigencia de consumos mínimos mensuales o el establecimiento de tarifas planas, que se están generalizando en el mercado minorista de comunicaciones móviles, sirven para asegurar un uso mínimo de la red de TME y unos ingresos mínimos mensuales, teniendo unos efectos sobre la competencia menos restrictivos, pues no limitan la capacidad de cambio de operador de los clientes. De esta manera, TME podría obtener los mismos objetivos que persigue con el descuento (asegurar un uso mínimo de su red y garantizarse unos ingresos mínimos), de forma menos gravosa para la competencia.

En este sentido, difícilmente puede sostener TME que una tarifa plana es percibida como perjudicial por los intereses de sus clientes, cuando es la política comercial que más se ha generalizado en el mercado.

4.5.- Sobre el poder de mercado de TME

Según TME, a pesar de que la DC afirma en distintas ocasiones que TME impone a sus clientes en los contratos Premium Especial PYME condiciones que éstos no desean, y que puede elevar los precios por sí misma o elevar barreras artificiales a la entrada de otros operadores al mercado, en ningún momento aporta pruebas que justifiquen el supuesto poder de mercado de esta empresa.

TME alude al párrafo 134 de las Directrices Verticales que señala que "*para evaluar el poder del mercado del proveedor, es importante atender a la posición de mercado de sus competidores. Si éstos son suficientemente numerosos y fuertes, no cabe prever un efecto anticompetitivo significativo*". En consecuencia, dado que TME compite con operadores como VODAFONE y ORANGE, cualquier efecto restrictivo de la competencia derivado de las cláusulas investigadas no sería significativo sobre la competencia, pues seguiría enfrentándose en todo caso a grandes empresas de recursos similares a los suyos, cuando no mayores.

Respuesta de la Sala de Competencia

Esta cuestión ya fue debidamente contestada por la DC en la PR estando esta Sala conforme con las consideraciones entonces realizadas.

En el segmento empresarial aquí analizado, los tres grandes operadores con red propia (TME, VODAFONE y ORANGE) aglutinaron una cuota conjunta del 99% (en términos de ingresos) en el año 2012, según datos de la CMT, sin que en el periodo considerado en el expediente se haya percibido una presión competitiva significativa por parte de los OMVs. Por su parte, dentro del segmento empresarial, TME mantiene una cuota de liderazgo (en especial, en términos de ingresos) más elevada y más estable que la que mantiene en el segmento residencial: del 54,4% en 2011 y del 52% en 2012.

Asimismo, según el informe de la CMT relativo a la situación competitiva en el segmento empresarial, de octubre de 2011, la cuota de TME es muy elevada en todos y cada uno de los tramos de tamaño de empresa. En particular, como ya se ha indicado, es más elevada entre empresas de tamaño pequeño y mediano (de 10 a 199 empleados) que se corresponden mayoritariamente con el segmento de clientes PYME (70%), que entre microempresas (menos de 10 empleados), que se corresponden mayoritariamente con el segmento de clientes autónomos (50%), o que entre grandes empresas (200 o más empleados), que se corresponden mayoritariamente con el segmento de grandes clientes (69%).

En consecuencia, resulta evidente, en particular atendiendo a la cuota de mercado de TME, que la citada entidad ha ostentado durante los años analizados un poder de mercado frente a sus competidores en el mercado de referencia.

4.6.- Sobre la no procedencia de limitar el expediente a TME sin considerar a Vodafone u Orange

Según TME, aun asumiendo que los contratos Premium Especial PYME contribuyen de manera significativa al cierre del mercado minorista de telecomunicaciones móviles, no es posible analizar los contratos de TME ahora y dejar el análisis de los de VODAFONE y ORANGE para más adelante en función de lo que diga el Consejo. La DC debe analizar de manera conjunta todos los acuerdos equivalentes que puedan estar contribuyendo al supuesto efecto de

cierre, y si los de TME y los de VODAFONE, por citar dos ejemplos, contribuyen de manera significativa a la restricción de la competencia identificada, ambos deben ser valorados de igual manera, de acuerdo con el grado de contribución al efecto de cierre que ocasionan.

En este sentido, TME señala que el hecho de que la DC no haya analizado los contratos de VODAFONE y ORANGE, que contribuyen a "magnificar" los efectos de cierre de los acuerdos investigados supone una clara infracción de los artículos 1 LDC y 101 TFUE, y pone de manifiesto lo defectuosa que ha sido la instrucción del Expediente.

Respuesta de la Sala de Competencia

Como ha señalado la DC, el hecho de que VODAFONE o en su caso ORANGE, puedan estar desarrollando políticas comerciales similares a las políticas de TME que han sido investigadas en el presente expediente, no exime a TME del cumplimiento de la normativa de competencia, especialmente cuando dado su mayor peso en el mercado global y en el segmento de PYMES, los efectos anticompetitivos de sus políticas son mayores y requieren de una actuación preferente en este momento a los efectos de determinar por esta Sala si sus políticas son contrarias a las normas sobre competencia y , por tanto, inciden en el interés general.

Como ha afirmado la Audiencia Nacional en su Sentencia de 6 de junio de 2012, desarrollando la doctrina del Tribunal Constitucional al respecto, debe recordarse que la igualdad sólo puede ser apreciada dentro de la legalidad, *"(p)or tanto, ni aun cuando fuese cierto que otras empresas han incurrido en la misma conducta imputada a la recurrente, la falta de actuación de la CNC respecto de ellas, en nada afectaría a la sanción administrativa impuesta a la recurrente. Otra cuestión es que la recurrente, si tienen interés legítimo en ello, pueda denunciar y actuar los medios jurídicos frente a una hipotética inactividad de la CNC, pero ello nunca tendría reflejo sobre la actual sanción."*

Cabe señalar, además, que durante el procedimiento la propia TME ha reconocido que VODAFONE y ORANGE tienen un hecho diferencial respecto a ella, ya que se benefician de la exención del Reglamento UE nº 330/2010, por lo que para desarrollar cualquier expediente sancionador contra ellos por estas cuestiones debería valorarse previamente la necesidad de un procedimiento de levantamiento de exención por categorías, con una tramitación diferente y compleja, lo que en nada beneficiaría al buen funcionamiento del mercado y al interés de los usuarios de este tipo de servicios de telecomunicaciones.

Lo anterior, sin embargo, no resulta óbice para que la CNMC pueda analizar la procedencia de abrir un procedimiento de levantamiento de la exención contra VODAFONE y en su caso ORANGE en el supuesto de que se verificase que

mantienen políticas comerciales similares a las de TME y que las mismas están generando efectos restrictivos de la competencia.

4.7.- Sobre la definición del mercado relevante

ORANGE considera que, frente al criterio de la PR, concurren motivos para concluir que no existe sustituibilidad -tanto desde la perspectiva de la oferta como de la demanda- entre el segmento residencial y empresarial en la prestación de servicios móviles.

A juicio de Orange, tanto desde la perspectiva de la oferta como de la demanda las necesidades de los clientes empresariales y las propias ofertas lanzadas por los operadores para el mundo residencial y el mundo empresas difieren sustancialmente entre sí. En este sentido, la entidad indica que:

- a) son diferentes las ofertas lanzadas por los operadores para clientes-empresas y residenciales, y
- b) las propias ofertas para clientes-empresas son adaptadas a las necesidades de cada empresa en la medida en que requieren soluciones más personalizadas. Lo que en ningún caso sucede en el mundo residencial donde por su propia configuración resulta imposible la personalización de ofertas.

Orange señala que esta distinción es además plenamente coherente con los precedentes comunitarios y nacionales más recientes en materia de comunicaciones electrónicas.

Respuesta de la Sala de Competencia

Aun cuando el presente caso, al tratarse de una conducta restrictiva por objeto, no hubiese sido necesario realizar una delimitación del mercado relevante por cuanto no resulta un elemento imprescindible del tipo infractor²⁰ y, por tanto, la valoración de las conductas por esta Sala debe ser realizada sin consideraciones adicionales sobre este aspecto, cabe señalar no obstante que la definición del mercado contenida en la propuesta de resolución resulta, a nuestro juicio, acertada.

En este sentido, frente a los motivos que aduce ORANGE para negar tal sustituibilidad por el lado de la oferta, cabe argumentar que las redes de venta y la asistencia técnica pueden adaptarse a un tipo de cliente distinto (de residencial a empresarial, o viceversa), ya sea en términos de nueva formación o renegociación de los contratos, sin incurrir en costes significativos y en un corto plazo, dado que

²⁰ Véanse, entre otras, las Resolución del TDC de 22 de julio de 2004, Expte. 565/03, Manipulados radiactivos; Resoluciones del Consejo de la CNC de 31 de julio de 2010, Expte. S/0120/10 Transitarios; de 2 de agosto de 2012, Expte. S/0287/10 Postensado y Geotecnia; de 8 de marzo de 2013, Expte. S/0329/11 Asfaltos de Cantabria y de 30 de julio de 2013, Expte. S/0380/11 Coches de Alquiler.

en buena medida presentan elementos comunes para ambos tipos de clientes, que redundan en importantes sinergias.

En cuanto al argumento esgrimido por ORANGE relativo a la importancia de la contratación conjunta de servicios de telecomunicaciones por parte de las empresas, la evidencia disponible no se muestra concluyente respecto a que durante el periodo considerado en el presente expediente, ésta fuera la práctica mayoritaria en el mercado por lo que respecta a las comunicaciones móviles de clientes PYME, por lo que a los efectos del presente expediente no procede ampliar la definición del mercado de producto para incluirlas conjuntamente con los servicios de comunicaciones fijas.

Por último, cabe recordar que, en línea con lo que señala la PR, la no segmentación de los servicios minoristas de comunicaciones móviles por tipología de cliente, a raíz de la mencionada sustituibilidad por el lado de la oferta, no afectaría a las conclusiones del análisis de la PR, por lo que no es necesario pronunciarse de forma definitiva sobre esta alegación de ORANGE a los efectos del expediente de referencia.

4.8.- Sobre la petición de Orange de modificación de la calificación jurídica realizada por la Dirección de Competencia

ORANGE solicita que la conducta de TME sea analizada y sancionada en el marco del artículo 2 de la LDC y 102 del TFUE, y no del artículo 1, como entiende la PR.

Según ORANGE, en el presente caso, la existencia de cuotas de mercado elevadas, que se han mantenido relativamente estables durante muchos años -y, en particular, a lo largo de todo el período en el que se viene produciendo el abuso-, indica que TME disfruta de una posición de dominio en el mercado minorista empresarial de telefonía móvil. Señala la entidad, que el propio PCH reconocía en sus párrafos (121-133) el "liderazgo claro" de TME en el mercado de la telefonía móvil. Las tablas contenidas en los epígrafes 123 a 133 muestran claramente cómo las cuotas de TME en los años a los que se refieren se sitúan prácticamente siempre por encima del 50% del mercado, en algún caso cercano al 60% y siempre con una significativa diferencia frente a los demás operadores.

Asimismo, la entidad solicita que se considere por esta Sala una extensión de la actividad infractora de TME al considerar que, además de la conducta del artículo 1 de la LDC, procedería sancionar a TME también en aplicación del artículo 3 de la propia LDC, que faculta a la CNMC para conocer, en los términos previstos en la propia Ley para las conductas prohibidas, de los actos de competencia desleal que por falsear la libre competencia afecten al interés público. En concreto, la entidad ORANGE invoca la vulneración del artículo 16.1 de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal (LCD) y subsidiariamente, para el caso de que

no pudiese ser aplicado este, invoca la cláusula general de deslealtad recogida en el artículo 4.1 de la LDC.

Respuesta de la Sala de Competencia

Es criterio jurisprudencial²¹ considerar que en el ámbito de los procedimientos sancionadores no es posible dar normas de carácter general en relación con la legitimación, sino que hay que atender al examen de cada caso. Así, si bien no existe legitimación para pretender en abstracto la imposición de una sanción y, por tanto, para incoar un expediente sancionador, no puede excluirse que en determinados asuntos el solicitante pueda resultar beneficiado en sus derechos o intereses como consecuencia de la apertura de un expediente sancionador (reconocimiento de daños, derecho a indemnizaciones), lo que le otorgaría legitimación para solicitar una determinada actuación inspectora o sancionadora (en este sentido, Sentencia de 14 de diciembre de 2005).

Es asimismo criterio aceptado por la jurisprudencia (por todas, Sentencia Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª, de 15 julio 2002) que la alegación y prueba de ese interés, “cuando es cuestionado, es carga que incumbe a la parte que se lo arroga” (SSTS 12 de febrero 1996, 2 de julio de 1999 y 21 de noviembre de 2005).

Teniendo en cuenta lo anterior, la solicitud de ORANGE de modificar la calificación jurídica derivada de la instrucción del expediente, puede resultar una actuación que excede de los derechos que ORANGE ostenta frente al procedimiento objeto de la presente resolución, teniendo en cuenta, además, que la entidad no acredita expresamente y pormenorizadamente el beneficio que la sanción económica a TME le puede reportar.

En este sentido, según la jurisprudencia, la imposición de la sanción no constituye por sí misma la satisfacción de un interés. La existencia de un mero interés por la legalidad es el criterio reiteradamente aplicado por la jurisprudencia para negar la legitimación del denunciante en los procesos sancionadores administrativos. De acuerdo con la Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de noviembre de 2002: “*el denunciante ni es titular de un derecho subjetivo a obtener una sanción contra los denunciados, ni puede reconocérsele un interés legítimo a que prospere su denuncia, derecho e interés que son los presupuestos que configuran la legitimación, a tenor del artículo 24, 1 de la Constitución (RCL 1978, 2836) y del art. 31 de la Ley 30/92 (RCL 1992, 2512, 2775 y RCL 1993, 246), sin que valgan como sostenedores de ese interés los argumentos referidos a que se corrijan las irregularidades, o a que en el futuro no se produzcan, o a la satisfacción moral que comportaría la sanción, o la averiguación de los hechos, para el denunciante, (...)*”.

²¹ Entre otras, Sentencia de 11 de abril de 2006.

A lo anterior, debemos añadir dos consideraciones. En relación con la petición de calificar la conducta como un abuso de posición de dominio, al igual que la DC, esta Sala no ha estimado que sea necesario definir un mercado conformado por la prestación de servicios de comunicaciones móviles dirigidos al segmento empresarial para la consideración de las conductas como actuación prohibida por la LDC, por lo que la alegación de ORANGE relativa a la existencia de una posición de dominio de TME en dicho mercado no resulta necesaria para tipificar el ilícito como infracción del art. 1 LDC y 101 TFUE. Esto, por otro lado, resulta más adecuado atendiendo a la estructura económica oligopolista del mercado nacional de las comunicaciones móviles con pocos operadores que no pueden actuar de forma totalmente independiente. Con todo, los factores que señala ORANGE en relación a la posición de TME en el segmento empresarial (tamaño y estabilidad de su cuota de mercado) han sido tenidos en cuenta en el expediente a la hora de valorar el efecto que sobre el mismo han tenido las cláusulas investigadas.

Por otro lado, en relación con el artículo 3 de la LCD, además de haber solicitado la nueva calificación tras la finalización de la instrucción, lo que ya le otorga la consideración de una solicitud extemporánea por las consecuencias que se derivarían para el presente expediente analizar una nueva calificación jurídica, no se observa la vulneración de los preceptos de la LCD aludidos. En relación con el artículo 4.1 de la LCD, ORANGE no invoca adecuadamente los actos desleales que considera ha llevado a cabo TME, por lo que según criterios judiciales²², no podría prosperar la petición.

Por su parte, en relación con el artículo 16.1 de la LCD, se refiere a actos de deslealtad frente a los consumidores en materia de precios y demás condiciones de venta, por lo que, habiendo reseñado en la presente resolución que las empresas a las que van dirigidos los contratos objeto del presente expediente no tienen la consideración de consumidores, no se estaría cumpliendo uno de los elementos subjetivos exigibles por el artículo. Criterio este, además, compartido por los tribunales de nuestro país²³.

QUINTO.- Contestación a otras cuestiones solicitadas en la fase de resolución

TME y ORANGE han solicitado varias cuestiones en la fase de resolución que, por motivos de oportunidad, conviene resolver en la presente resolución.

²² Audiencia Provincial de Islas Baleares (Sección 5ª) Sentencia núm. 87/2014 de 24 marzo.

²³ Véase Sentencia de la AP de Valladolid número 223/2013, que señala que “basta leer el mismo en su apartado primero para ver que se refiere a un consumidor y no a empresarios o profesionales que es la condición de los actores”.

5.1.- Solicitud de TME de acceso a parte de la documentación contenida en el expediente

Con fecha 10 de octubre de 2014, la entidad TME presentó una solicitud de acceso al expediente objeto de la presente Resolución. En concreto, la entidad solicita que se le permita el acceso a las conclusiones de la Comisión Europea respecto al Expediente, a los efectos de poder ejercitar, según señala, su derecho de defensa en el presente procedimiento.

Esta Sala no puede acceder a la mencionada petición ya que el párrafo segundo del art. 42 de la LDC expresa claramente que las comunicaciones recibidas de la Comisión Europea en respuesta a la remisión de información conforme el artículo 11.4 del Reglamento 1/2003 forman una pieza separada especial de carácter confidencial, sobre la que las partes no pueden tener acceso.

“En todo caso, se formará pieza separada especial de carácter confidencial con la información remitida por la Comisión Europea en respuesta a la remisión del borrador de resolución de la Comisión Nacional de la Competencia previsto en el artículo 11.4 del Reglamento 1/2003”.

Este criterio ha sido ratificado por la Audiencia Nacional en su sentencia de 8 de marzo de 2013 (recurso 540/2010) que desestimó como motivo de anulación la infracción del artículo 11.4 del Reglamento Comunitario 1/2003 al no constar en el expediente remisión para información por parte de la CNC a la Comisión, al considerar que *“No se ha producido una vulneración del artículo 11.4 del Reglamento Comunitario 1/2003 puesto que sí que existe en el expediente administrativo pero en su parte confidencial la remisión para información por parte de la CNC a la Comisión”*, y anteriormente en su sentencia de 17 de diciembre de 2012 (recurso 6/2012, en el procedimiento especial para la protección de derechos fundamentales) que desestimó expresamente la existencia de indefensión por la falta de acceso al expediente y, en concreto, al intercambio de documentación entre la autoridad española y la Comisión Europea en aplicación del artículo 11.4 del Reglamento 1/2003. Como significa la Audiencia Nacional, el traslado de dicha documentación *“no es pertinente para la defensa de las partes ya que conforme al artículo 11.4 del Reglamento 1/2003 la finalidad de dicho informe es garantizar la aplicación efectiva, coherente y uniforme de las normas de competencia y a tal efecto antes de que las autoridades de competencia de los Estados miembros adopten una decisión que ordene la cesación de una infracción, se remite a la Comisión una exposición resumida del asunto y el texto de la decisión que se va a adoptar. Por tanto se trata de un documento interno que por su finalidad no es accesible a las partes, sin perjuicio de que esta Sala al conocer del recurso ordinario interpuesto acceda a su contenido con el fin de valorar la opinión experta de la Comisión Europa sobre aplicación de la normativa de la competencia”*.

Estos razonamientos son coherentes con las normas europeas que regulan el acceso a los expedientes en los procedimientos de defensa de la competencia. Así, por un lado, el artículo 27.2 del Reglamento 1/2003 Reglamento (CE) nº 1/2003 del Consejo, de 16 de diciembre de 2002, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 81 y 82 del Tratado señala como una excepción al derecho al acceso al expediente en los procedimientos de la Comisión Europea, que "(...) *el derecho de acceso al expediente no se extiende a los intercambios de correspondencia entre la Comisión y las autoridades de competencia de los Estados miembros o entre estas últimas, incluidos los documentos elaborados en virtud de los artículos 11 y 14 (...)*".

Igualmente, la Comunicación de la Comisión relativa a las normas de acceso al expediente de la Comisión en los supuestos de aplicación de los artículos 81 y 82 del Tratado CE [actualmente artículos 101 y 102 del TFUE], y los artículos 53, 54 y 57 del Acuerdo EEE²⁴, señala que tiene la consideración de documentación no accesible por los interesados, entre otros, los documentos internos, que incluyen la correspondencia con otras autoridades públicas.

A la vista de todo lo anterior, y tratándose el documento solicitado de un intercambio de correspondencia entre las autoridades de competencia conforme el artículo 11.4 del Reglamento 1/2003, sobre el que la LDC prevé la formación de una pieza especial de confidencialidad, no procede dar acceso al mismo a la entidad TME.

En cualquier caso, la denegación del acceso pretendido por TME no sitúa al operador en una situación de indefensión, por cuanto TME ha tenido conocimiento de los hechos objeto de investigación y ha tenido acceso al expediente durante la tramitación del procedimiento, incluida la documentación relativa a las pruebas obtenidas por la DC a lo largo de la instrucción que han servido de base para determinar las responsabilidades por las conductas analizadas en el presente procedimiento, y además ha podido presentar las alegaciones que ha estimado conveniente para rebatir las consideraciones de la DC, por lo que no puede acogerse las alegaciones de indefensión por denegación de acceso a parte del expediente.

En este sentido, la pretendida correspondencia con la Comisión Europea que pueda contener el expediente no resulta una documentación relevante para la resolución del presente expediente, ya que ni constituye prueba de cargo, ni un documento incriminatorio o exculpatario que pueda afectar a TME.

5.2.- Solicitud de confidencialidad de parte de la información contenida en los escritos de alegaciones a la PR

²⁴ Cfr. SAN de 2 de diciembre de 2011, en el recurso 756/10 promovido BAR PRETENSADOS Y TECNICAS ESPECIALES SL contra la resolución del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia (CNC) de 17 de noviembre de 2010 (expediente R/0054/10) sobre confidencialidad de determinada información.

TME ha solicitado que determinada información contenida en sus escritos de alegaciones a la PR sea declarada confidencial, en aplicación del artículo 42 de la LDC.

En concreto, se refiere a la siguiente información:

- a) Porcentaje de líneas e ingresos de TME asociados a las cláusulas investigadas (Folio 2.688).
- b) Porcentaje de clientes perdidos de TME en un año (Folio 2.690).
- c) Porcentaje de clientes con Contrato Premium Especial PYME con una duración de 12 meses (Folio 2.696).
- d) Porcentajes de Contratos Premium Especial PYME respecto al mercado minorista de telefonía móvil y al segmento PYMEs y autónomos en número de líneas (Folio 2.706).
- e) Porcentajes de Contratos Premium Especial PYME con una vigencia de 12 meses y más de 12 meses (Folio 2.706).
- f) Porcentaje de clientes y líneas perdidas de TME (Folio 2.707).
- g) Duración de la mayoría de Contratos Premium Especial PYME (Folios 2.707 y 2.710).
- h) Porcentaje de cuota de mercado vinculada por las obligaciones de permanencia de los contratos Premium Especial PYME de TME (Folios 2.710).
- i) Porcentajes de clientes satisfechos con la atención comercial de TME y con tener un único proveedor que unifique sus necesidades de comunicaciones (Folio 2.710).
- j) Porcentaje de clientes que señalan que el motivo de no contratar con un OMV es el contrato de permanencia (Folio 2.710).
- k) Referencia a Nuevo modelo de Contrato Premium Especial PYMES (Folio 2.713).
- l) Anexo 2, Nuevo modelo de Contrato Premium Especial PYME (Folio 2.690).
- m) Anexo 3, Resultado de una encuesta a 205 clientes con contrato Premium Especial PYME (Folio 2.690).

- n) Volumen de negocios total consolidado antes de la aplicación del IVA y de otros impuestos relacionados, de Telefónica Móviles de España, S.AU. y sus filiales en el año 2013 (Folio 2.718).
- o) Volumen de negocios de TME antes de la aplicación del IVA y de otros impuestos relacionados, asociado a los "Contratos Premium especial PYME", para cada uno de los años del periodo 2006 a 2013, ambos inclusive (folio 2.718)
- p) Información confidencial contenida en el "Informe Comentarios a la Propuesta de Resolución de la CNMC sobre los Contratos "Permanencia Premium Especial PYMEs" anexo al escrito de alegaciones (Folios 2.721 a 2.774).

Tras el análisis de la citada información, se accede a declarar confidencial la misma, a excepción de la información referida en las letras i), j), k), l), m) y n) por no consistir en información que deba quedar amparada por el secreto comercial e industrial de TME y, en su caso, haber sido levantada la confidencialidad durante la tramitación del procedimiento (véase, Resolución R/0134/13, T.M.E. CONTRATOS PERMANENCIA).

SEXTO.- Valoración de la Sala de Competencia del Consejo

Las conductas analizadas en el presente expediente tienen lugar en el sector de las comunicaciones electrónicas, input fundamental –como se ha indicado- para el resto de la actividad económica y, en particular, en los servicios minoristas de comunicaciones móviles que han sido objeto de importantes cambios tecnológicos que se han sucedido con rapidez en el tiempo determinado su desarrollo y dinamismo y, en general, el del conjunto del sector. El mantenimiento de las condiciones de competencia y la contestabilidad de un mercado en constante evolución es esencial para que los beneficios de las eficiencias que conllevan estas innovaciones lleguen a empresas y consumidores.

Por otro lado, dada la estructura oligopolista que presenta en general el sector de las comunicaciones y, en particular, el mercado de los servicios de comunicaciones móviles en España, resulta evidente que las actuaciones de los diferentes operadores que interactúan en el mercado se ven condicionadas por las de los demás. En estas estructuras de mercado, el mantenimiento y la defensa de las cuotas de mercado de los operadores participantes pueden conllevar el desarrollo de conductas individuales estratégicas cuyo objetivo sea la creación de barreras de artificiales frente a competidores actuales y potenciales que, sobre todo en contextos de mercados en evolución, impide a los clientes beneficiarse de las eficiencias que los mismos conllevan. Cuando tales conductas afectan al interés público, el que no exista normativa regulatoria específica contraria al

desarrollo de tales conductas no impide, en ningún caso, la aplicación de la normativa de defensa de la competencia.

Asimismo debe recordarse que las cláusulas de renovación automáticas en los contratos de prestación de servicios a consumidores de telefonía fija han sido valoradas por autoridades extranjeras (OFCOM en 2011) como causantes de efectos negativos, directos e indirectos, sobre los costes de cambio y la competencia entre los proveedores de servicios de telecomunicaciones que motivaron la prohibición de tales cláusulas de renovación automática en los contratos de servicios de telefonía fija con consumidores y con empresas de menos de 10 trabajadores.

Así pues, de acuerdo con lo expuesto en la presente resolución, esta Sala considera que ha quedado acreditado que TME ha venido cometiendo desde el año 2006, una infracción única y continuada, prohibida en el artículo 1 de la LDC y 101 del TFUE, derivada del establecimiento de una red de acuerdos paralelos con sus clientes empresariales a través del diseño y la puesta en marcha de los contratos de servicios minoristas de comunicaciones móviles denominados "Contratos Premium especial PYME".

Los acuerdos "Contratos Premium especial PYME" de TME con sus clientes empresariales están sometidos al artículo 1 LDC y 101 TFUE, en la medida que conforme al Reglamento (UE) nº 330/2010, son acuerdos verticales entre operadores económicos no competidores, que rigen las condiciones en las que los clientes empresariales de TME adquieren servicios minoristas de comunicaciones móviles. Y ello es así, por la consideración de que los servicios móviles de TME contratados por sus clientes PYMES y autónomos son un input necesario para que estos clientes puedan desarrollar su actividad empresarial, consideración esta, que se ajusta plenamente a las normas europeas sobre acuerdos verticales, y se alinea con las consideraciones ya realizadas anteriormente por la autoridad reguladora de los mercados de telecomunicaciones en España.

Las particularidades que esta Sala ha tenido en cuenta para alcanzar la conclusión de que las restricciones verticales citadas lo son por su objeto y, por tanto, persiguen una restricción desde el mismo momento en que se configuraron las mismas, se refieren, **en primer lugar**, al método de cálculo de las penalizaciones, cuyo carácter creciente supone una carga para el abonado pues ve reducidas sus posibilidades de cambiar de operador y, por ende, es una conducta exclusionaria de la competencia y además aumenta para los competidores el coste de captación de nuevos abonados. **En segundo lugar**, la renovación automática de los compromisos de permanencia y la existencia de un período de preaviso mínimo para evitarla suponen también barreras adicionales, que obligan al cliente PYME de TME a una planificación adecuada si quiere cambiar de proveedor evitando las cláusulas de penalización. Por ello, aumentan

el coste para el cliente PYME del cambio de proveedor y también el coste de cambio para los competidores para captar clientes PYME de TME. **En tercer lugar**, el sistema no tiene en cuenta que el cumplimiento parcial del compromiso de permanencia por parte del cliente PYME conlleva también, al menos parcialmente, una recuperación de cualquier eventual esfuerzo económico en el que TME hubiera podido incurrir para apoyar a sus clientes PYME. En los últimos meses del contrato, si la PYME lo rescinde, TME recuperará el total de beneficios otorgados además de lo ya recuperado durante los meses que duró la permanencia. Y **en cuarto y último lugar**, la reducida transparencia asociada a las condiciones subyacentes a estos contratos puede también suponer una barrera al acceso y expansión de competidores en la medida en que encarece, para los clientes, la obtención de información del funcionamiento del contrato.

Como se ha argumentado, TME no ha podido desvirtuar las anteriores consideraciones ni ofrecer una alternativa creíble a las mismas que haya permitido a esta Sala apreciar posibles ventajas y eficiencias de tales contratos y su traslado a empresas, o confirmar que tales medidas eran imprescindibles para los objetivos pretendidos. Al contrario, esta Sala considera que tales condiciones no son imprescindibles para que TME pueda ofrecer descuentos a sus clientes de forma menos gravosa para la competencia.

Si bien es cierto que, en consecuencia, la infracción ha constituido una restricción de la competencia por su objeto y ello hubiese sido suficiente para apreciar el ilícito administrativo y determinar la responsabilidad correspondiente, también se evidencia la existencia de efectos potenciales sustanciales en el mercado. En este sentido, el contenido de los contratos, la posición del mercado de TME y la importancia de estos contratos en el mercado PYME, supone que la conducta de TME tenga un potencial efecto en el mercado anticompetitivo.

En este sentido, es de destacar que, dada la significativa presencia de TME en el segmento PYME y la relevancia de los contratos con compromiso de permanencia Premium entre sus clientes de dicho segmento (que como se ha visto afectan al [confidencial] de los ingresos de TME procedentes del segmento PYME), es claro que la conducta atribuida a TME tiene potenciales efectos significativos en el conjunto del segmento PYME de servicios minoristas de comunicaciones móviles, al incrementar artificialmente y sin justificación objetiva las barreras a la entrada y a la expansión.

Ello cobra mayor relevancia si atendemos a la propia situación del mercado en el que se ha producido la conducta aquí analizada.

El análisis de los datos obrantes en el expediente expresa que el grado de saturación que ha venido experimentado el mercado de telefonía móvil en el segmento empresarial en los últimos años es evidente. Así, de los datos a los que ha podido tener acceso la DC, se concluye que en los años 2010 a 2013, el número de líneas de telefonía móvil en el segmento empresarial apenas ha

experimentado variación alguna, y en el caso de las líneas exclusivas de datos, el análisis muestra una disminución constante del número de líneas.

De lo anterior, se concluye que nos encontramos en un segmento que viene experimentando evidentes signos de saturación, y en el que únicamente tres operadores móviles, de un total de 26 en 2012 (22 OMV y 4 OMR) en el conjunto del mercado, acumulan la práctica totalidad de las cuotas del segmento empresarial, siendo además TME poseedor del número de clientes que representa la mitad del segmento (en términos de ingresos).

Con todo ello, resulta evidente que, ante un mercado caracterizado por esa situación de estancamiento y copado únicamente por los tres principales operadores móviles, la inclusión de cláusulas como las aquí investigadas dificultan todavía más la entrada de nuevos competidores en el mercado PYME.

Resulta significativo que, dada la mayor importancia relativa en términos de ingresos del segmento de negocios, la evolución de las cuotas de los principales operadores ha sido mucho más estable que en otros segmentos, tanto en términos generales como de cuotas de los principales operadores. Así, la presencia de operadores distintos a TME, VODAFONE y ORANGE en este segmento es muy inferior a su participación en los servicios minoristas de telecomunicaciones móviles siendo estos otros operadores (OMV) los que han introducido un mayor dinamismo en otros segmentos del mercado.

De todo lo anterior, se concluye que la conducta acreditada constituye una infracción única y continuada contraria al derecho de la competencia, de carácter grave, de conformidad con el artículo 62.3.a) de la LDC, que señala que tiene tal consideración, el desarrollo de conductas colusorias en los términos previstos en el artículo 1 de la Ley, cuando las mismas consistan en acuerdos, decisiones o recomendaciones colectivas, prácticas concertadas o conscientemente paralelas entre empresas que no sean competidoras entre sí, reales o potenciales.

SÉPTIMO.- Determinación de la sanción

7.1.- Responsabilidad de TME

Es un criterio jurisprudencial asentado²⁵, la consideración de que la culpa forma parte estructural del derecho sancionador administrativo, por lo que en este ámbito está proscrita la responsabilidad objetiva. No es exigible, por tanto, una responsabilidad objetiva por el mero hecho de una actuación ilícita, sino que es necesario el concurso, de al menos, un principio de culpa (STC 246/1991; STS 26/03/86 entre otras).

El artículo 130 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común señala que

²⁵ Entre otras STS de 22 de noviembre de 2004.

"Sólo podrán ser sancionadas por hechos constitutivos de infracción administrativa las personas físicas y jurídicas que resulten responsables de los mismos aun a título de simple inobservancia".

De acuerdo con lo anterior, el reproche administrativo no queda limitado a los supuestos en los que concurre dolo, sino que es extensible a aquellos supuestos en los que el sujeto agente de la infracción actúa a "*título de simple negligencia*".

Se entiende que el sujeto es culpable si la infracción es consecuencia de una acción u omisión imputable a su autor por malicia o imprudencia, negligencia o ignorancia inexcusable (entre otras, así lo exponen la Sentencia de la Sala del Tribunal Supremo de 6 de noviembre de 1990, y la Sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo de 9 de julio de 1994).

En el caso, además, de las conductas restrictivas por su objeto, lo relevante para la concurrencia del elemento subjetivo de estas infracciones es la capacidad o aptitud de la conducta para producir efectos anticompetitivos, sin que sea necesario acreditar la existencia de una intencionalidad manifiesta por parte de los infractores para producir un daño al bien jurídico protegido por la norma²⁶.

Así las cosas, la culpabilidad de TME en la comisión de la infracción aquí sancionada resulta, a juicio de esta Sala, incuestionable a tenor de los hechos acreditados y las pruebas y otros elementos de juicio contenidos en el expediente aquí resuelto.

Como se ha señalado a lo largo de la presente resolución, las condiciones anticompetitivas contenidas en los "Contratos Premium especial PYME" han estado, desde su configuración, destinadas a provocar una restricción de la competencia, por cuanto el modelo implementado por TME basado, principalmente, en la imposición de penalizaciones crecientes, prórrogas indefinidas y cortos plazos de preaviso, ello añadido a la poca transparencia, no puede perseguir otro objetivo que la retención de abonados a través de técnicas que no se ajustan a las de un leal competidor.

Esta Sala considera que TME debía conocer perfectamente que las condiciones contenidas en los contratos objeto del presente procedimiento iban a producir o, al menos podían producir, una restricción en el mercado, siquiera potencialmente, por cuanto este tipo de prácticas de retención de clientes nunca ha sido una cuestión pacífica en el sector, y prueba de ello son las continuas denuncias instadas a otros Organismos del Estado en los últimos años.

Así, es preciso recordar, que ya con anterioridad la entonces autoridad reguladora de las telecomunicaciones en España, cuyas resoluciones debía conocer perfectamente TME, ha destacado la anticompetitividad de este tipo de cláusulas cuando el periodo de permanencia mínimo o el importe de las penalizaciones

²⁶ Véanse, las STS de 23 de diciembre de 2008 (recurso 2038/2006) y SAN de 21 de abril de 2014 (recurso 283/2013).

sean excesivos, ya que ello incrementa los costes de cambio de los clientes, dando lugar a efectos exclusionarios.

Pero es que incluso aunque no hubiese existido ese elemento volitivo en la conducta de TME, la entidad, dentro de su libertad empresarial y de su libre configuración de servicios de telecomunicaciones, debe siempre observar con la suficiente diligencia, máxime teniendo la magnitud y medios de los que dispone el operador, este tipo circunstancias a los efectos de que sus actuaciones no sean contrarias al buen funcionamiento del mercado, y esta actitud diligente resulta más exigible en determinados sectores estratégicos, como es el de las telecomunicaciones.

En este sentido, como ha señalado la jurisprudencia, el análisis de la concurrencia de culpa o negligencia debe atender al sector social sobre el que se proyectan las acciones y omisiones que constan probadas, que, en este caso, se refiere a las comunicaciones electrónicas y ello exige también un comportamiento con un mayor grado de responsabilidad y diligencia. Así lo tiene establecido un consolidado criterio jurisprudencial plasmado, entre otras muchas, en la Sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de 25 de enero de 1985.

“ (...) como ya viene sancionando con reiteración la jurisprudencia de esta Sala en sus sentencias, entre otras, de quince de junio de mil novecientos sesenta y siete (RJ 1967\3487) y cinco de Marzo de mil novecientos ochenta y dos (RJ 1982\1286) y como dice esta última «para calificar como culposa una conducta no sólo ha de atenderse a la diligencia exigible según las circunstancias de personas, tiempo y lugar, sino además al sector del tráfico o de la vida social, en que la conducta se proyecte, y determinar si el agente obró con el cuidado, atención o perseverancia exigibles y con la reflexión necesaria con vistas a evitar el perjuicio de bienes ajenos jurídicamente protegidos, contemplando no sólo el aspecto individual de la conducta humana, sino también su sentido social, determinado por la función de esta conducta, en la vida en común»”.

En atención a lo anterior, esta Sala considera que concurren todos los elementos para concluir que la conducta infractora de TME es plenamente culpable, y por tanto, resulta responsable directa de la infracción grave prevista en el artículo 62.3.a) de la LDC.

7.2.- Criterios para la determinación de la multa.

Según se ha expresado anteriormente, esta Sala de Competencia considera que se ha acreditado la existencia de una infracción única y continuada, prohibida en el artículo 1 de la LDC y 101 del TFUE, desarrollada desde 2006 a través del establecimiento por TME de una red de acuerdos paralelos con sus clientes empresariales a través del diseño y la puesta en marcha de los contratos de servicios minoristas de comunicaciones móviles denominados "Contratos Premium especial PYME".

Según el artículo 62.3 a) de la LDC, la conducta acreditada constituye una infracción de carácter grave, al desarrollarse la red de acuerdos señalados entre empresas que no son competidoras entre sí.

El artículo 63.1.b) de la LDC señala que las infracciones graves podrán ser castigadas con multa de hasta el 5 por ciento del volumen de negocios total de la empresa infractora en el ejercicio inmediatamente anterior al de imposición de la multa.

La Comunicación sobre la fijación de las sanciones derivadas de infracciones de los artículos 1, 2 y 3 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia y de los artículos 101 y 102 del TFUE, adoptada por la CNC en el año 2009, pretende establecer unas directrices que, con carácter general, guíen la aplicación de los criterios para la determinación del importe de las sanciones contemplados en el artículo 64 de la LDC. Estas orientaciones para concretar la aplicación de los criterios del artículo 64 de la LDC han sido las empleadas para la determinación de la sanción en la presente Resolución.

La LDC, pues, fija primero un máximo legal para la sanción (art. 63 LDC), cuyo objeto es limitar la multa máxima en función de la capacidad de pago del infractor para evitar que el pago de la multa conduzca a la desaparición de la empresa -por eso el art. 63 LDC se refiere a la cifra de negocio total del período más próximo a la resolución sancionadora, independientemente del mercado afectado y de cuándo se produjera la infracción-, para luego establecer criterios de graduación de la sanción junto con circunstancias agravantes y atenuantes (art. 64 LDC). Siendo ello así, sin perjuicio del cumplimiento de dicho máximo legal (5% de volumen de negocios total del ejercicio anterior), el proceso de determinación de la multa sigue lo previsto en la referida Comunicación, que sirve de parámetro de concreción del artículo 64 de la LDC y dota de objetividad y transparencia la metodología seguida para la fijación de sanciones, en línea con la aplicación de la normativa de competencia de la Unión Europea.

Dado el carácter grave de la conducta, el límite ex artículo 63 de la LDC es el 5% del volumen de ingresos total del operador en 2013, que según lo manifestado por TME corresponde a 5.121.447.000 € (folio 2553). De acuerdo con dicha cantidad la cuantía máxima de la multa a imponer sería de 256.072.350 €.

El artículo 64 de la LDC señala que el importe de las sanciones se fijará atendiendo, entre otros, a los siguientes criterios: a) La dimensión y características del mercado afectado por la infracción; b) La cuota de mercado de la empresa o empresas responsables; c) El alcance de la infracción; d) La duración de la infracción; e) El efecto de la infracción sobre los derechos y legítimos intereses de los consumidores y usuarios o sobre otros operadores económicos; f) Los beneficios ilícitos obtenidos como consecuencia de la infracción; g) Las circunstancias agravantes y atenuantes que concurren en relación con cada una de las empresas responsables.

Asimismo, por su cercanía temporal y su proximidad al sector o la práctica sancionada, podrían tomarse también en consideración para la determinación del importe de la multa las siguientes resoluciones y decisiones, de ámbito nacional y comunitario, sin perder de vista las diferencias en cuanto al tipo y gravedad de las conductas respecto a las que son objeto del presente expediente:

- La Decisión de la Comisión Europea de 23 de enero de 2013, relativa a procedimiento de art 101 TFUE (asunto COMP/38.839 – Telefónica / Portugal Telecom) en la que se sancionó una infracción del artículo 101 del TFUE consistente en un acuerdo de no competencia, incluido como cláusula 9 del acuerdo de compraventa de acciones que celebró el 28 de julio de 2010, cuya duración se extendió aproximadamente a cuatro meses (desde el 27 de septiembre de 2010 hasta el 4 de febrero de 2011), sin constancia de efectos. La Decisión impuso las siguientes multas a las empresas imputadas: 66.894.000 € a Telefónica, y 12.290.00 € a Portugal Telecom.
- La Resolución de la CNC de 19 de diciembre de 2012 (Expte. S/0248/10 MENSAJES CORTOS), en la que se sancionó a TME con una multa de 46.490.000 € por una infracción de los artículos 2 de la LDC y 102 del TFUE, consistente en un abuso de posición de dominio en su mercado mayorista de terminación de mensajes cortos, SMS y MMS, desarrollada desde 2006. En esta misma resolución se sancionó a VODAFONE y ORANGE por una conducta similar con multas de 43.525.000 € y 29.950.000, respectivamente.
- La Resolución de la CNC de 19 de mayo de 2009 (Expte. 646/08, Axion/Abertis) mediante la que se sancionó a Abertis Telecom SAU con una multa de 22.658.863 €, por dos infracciones de abuso de posición de dominio, prohibidas en los artículos 6 de la Ley 16/1989 y 82 del TCE consistentes en exigir, sin justificación objetiva, cuantiosas penalizaciones a sus clientes en caso de rescisión anticipada de los contratos firmados en 2006 y establecer una excesiva duración de unos contratos para impedir la posible acción comercial de nuevos competidores y su entrada en el mercado; y ofrecer en el marco de la negociación de los contratos firmados en 2006, sin justificación objetiva, descuentos por la contratación conjunta de la difusión en todos los territorios o placas regionales en que podría subdividirse, con el efecto de impedir la entrada de nuevos competidores en algunas de ellas.

Esta última resolución ha sido confirmada por la Audiencia Nacional, en su sentencia de 15 de febrero de 2012 (recurso 333/2009).

Las decisiones y resoluciones citadas no reflejan casos idénticos al aquí analizado: el citado en primer lugar constituye un acuerdo horizontal, si bien de corta duración y efectos no constatados; el referido en segundo lugar tiene por objeto una conducta de abuso de posición de dominio, si bien se constata identidad de sector y sujeto; el citado en tercer lugar constituye también un abuso de posición dominante, si bien sanciona una práctica de efectos similares. Por ello, tales decisiones y resoluciones sirven de parámetros de comparación válidos al contener elementos que guardan importante analogía con el caso aquí analizado.

7.3. Determinación de la multa

Para la determinación de la multa, según lo establecido en el artículo 64.a) de la LDC, resulta pertinente partir del importe del volumen de negocios obtenido por TME en el mercado afectado por la conducta durante el periodo de duración de la misma.

Según la información aportada por TME a requerimiento de esta Comisión (folios 2553-2554), el volumen de negocios de la compañía, antes de la aplicación del IVA y otros impuestos relacionados, en el periodo 2007 a 2013, asociado a los “Contratos Premium Especial PYME” oscila entre los 500 y los 750 millones de euros por año. Conviene señalar que el mercado así definido es el más estrecho posible por cuando en él se incorporan exclusivamente los ingresos obtenidos por TME por virtud de los contratos que incorporan las cláusulas de permanencia objeto de investigación en este expediente.

Dado que la infracción tiene una duración superior al año, es preciso aplicar el coeficiente reductor en función de duración previsto en el párrafo 15 de la Comunicación. En tal caso, se aplica un factor de ponderación equivalente a 1 a los últimos doce meses en que se tiene constancia de que se ha producido la infracción. Los volúmenes correspondientes a los sucesivos periodos de 12 meses anteriores al primero recibirán una ponderación decreciente (0.75 para el 2º periodo, 0.50 para el 3º y 0.25 para el 4º), lo que implica que para determinar la sanción se tiene en cuenta sólo una proporción decreciente del volumen de negocios del mercado afectado a medida que la infracción es más antigua.

La suma de los volúmenes de negocio en el mercado afectado en los distintos periodos en que se produjo la infracción (ponderados, como se ha dicho, de forma decreciente según se trate de periodos más antiguos) arroja un resultado de 1.719 millones de euros. Este importe es el que sirve de *base* sobre la que aplicar el *tipo* (%) de la sanción.

Para la determinación del tipo (%) a aplicar, cabe señalar que, tanto por la gravedad de la conducta, como por el modo en que el sumatorio de los ingresos en el mercado afectado puede servir para cuantificar en este caso el efecto

negativo de la conducta o la ilicitud del beneficio obtenido por la misma, los criterios habitualmente aplicados por esta Comisión en cárteles u otras infracciones típicas de artículo 1 (restricciones horizontales) o abusos prohibidos por el artículo 2 de la LDC no pueden trasladarse miméticamente al caso que aquí se analiza. Así, por un lado, la conducta, de naturaleza vertical, es calificada por el artículo 62 como grave, y no como muy grave. Y, en segundo lugar, el sumatorio de los ingresos derivados de los “Contratos Premium Especial PYME” durante los años 2007 a 2013 refleja el volumen de negocios afectado por la infracción pero, sin embargo, el importe de los ingresos ilícitos obtenidos por la empresa infractora sobre dicho volumen de negocios no resulta equivalente al obtenido o calculado habitualmente en cárteles u otras restricciones horizontales, entre otros motivos, fundamentalmente porque no todos los clientes se plantean un cambio de operador en cada periodo. Siendo ello así, esta Sala ha considerado ajustado al principio de proporcionalidad, tanto a la capacidad económica del sujeto infractor, como al efecto negativo de la conducta y a las circunstancias del caso, fijar en un 1,5% el tipo a aplicar.

Siendo ello así, la multa queda determinada en el 1,5% de 1.718.956.116 euros, esto es, **25.784.341 euros**, que se encuentra dentro del límite previsto legalmente, y antes indicado (256.072.350 €).

En virtud de todo lo anterior, la Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia,

HA RESUELTO

PRIMERO.- Declarar que en el presente expediente se ha acreditado una infracción del artículo 1 de la Ley 16/1989, del artículo 1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, y del artículo 1 del TFUE, en los términos expuestos en el Fundamento de Derecho Sexto de esta Resolución.

SEGUNDO.- Declarar responsable de la citada infracción a TELEFONICA MÓVILES DE ESPAÑA, S.A.U.

TERCERO.- Imponer a TELEFONICA MÓVILES DE ESPAÑA, S.A.U., como responsable de la conducta infractora, una multa de 25.784.341 €.

CUARTO.- Intimar a TELEFONICA MÓVILES DE ESPAÑA, S.A.U. para que en el futuro se abstengan de realizar las prácticas sancionadas y cualesquiera otras de efecto equivalente.

QUINTO.- Instar a la Dirección de Competencia de esta Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia para que vigile y cuide del cumplimiento íntegro de esta Resolución.

SEXTO.- Instar a la Dirección de Competencia de esta Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia para que investigue la práctica de otros operadores, según lo señalado en el Fundamento de Derecho Cuarto (apartado 4.6).

SÉPTIMO.- Resolver sobre la confidencialidad relativa a la documentación aportada por las empresas de conformidad con lo señalado en el Fundamento de Derecho Quinto (apartado 5.2).

Comuníquese esta Resolución a la Dirección de Competencia de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia y notifíquese a los interesados haciéndoles saber que contra la misma no cabe recurso alguno en vía administrativa, pudiendo interponer recurso contencioso-administrativo en la Audiencia Nacional, en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente al de su notificación.

VOTO PARTICULAR DISCREPANTE que formula el Consejero Don Fernando Torremocha y García-Sáenz a la Resolución aprobada en el día de hoy, 29 de Octubre del 2014, **por mayoría simple**, por esta SALA DE COMPETENCIA de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, en el marco del Expediente Sancionador S/0422/12 Contratos de Permanencia.

DISCREPANCIA que desarrollo en los siguientes **MOTIVOS**

I.-
CUESTION PREVIA: INICIAL PONENCIA

PRIMERO.- En su día y por turno de reparto nos fue asignada, al Consejero Don Benigno Valdés Díaz y a mí, el Expediente Sancionador S/0422/12 Contratos de Permanencia.

Nuestra Ponencia fue llevada a deliberación y fallo al Pleno de esta SALA DE COMPETENCIA de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, que se celebró en la ciudad de Barcelona, el pasado día 16 de Octubre del 2014.

A los efectos procedentes en Derecho, acompaño con este Voto Particular Discrepante una copia de la misma, a los únicos efectos de evitar innecesarias reiteraciones y sólo como simple cita de hechos o fundamentos jurídicos. Copia que relaciono y numero como **ANEXO I.-**

En nuestra Propuesta de Resolución establecíamos en su Parte Dispositiva

“HA RESUELTO

ÚNICO.- *Declarar la no procedencia de incoación de expediente sancionador y el archivo de las actuaciones seguidas contra TELEFÓNICA MÓVILES DE ESPAÑA S.A.U., por inexistencia de conductas prohibidas por el Artículo 1 de la Ley 15/2007 de 3 de Julio, de Defensa de la Competencia, descritas e instruidas en el marco del Expediente Sancionador S/0422/12 Contratos de Permanencia.”*

SEGUNDO.- Llegábamos a tal conclusión, por las siguientes previas consideraciones:

1ª En este Expediente Sancionador fueron partes imputadas **(1) VODAFONE ESPAÑA S.A.U.; (2) ORANGE ESPAÑA S.A.U.** (anteriormente France Telecom España S.A.U.); y **(3) TELEFÓNICA MÓVILES DE ESPAÑA S.A.U.**

De acuerdo con la información que obra en este Expediente Sancionador (parágrafos 139, 140 y 141 del Pliego de Concreción de Hechos y Propuesta de Resolución que nos elevara la Dirección de Competencia), *“durante el periodo comprendido entre 2008 hasta mediados de 2012, las tres principales operadoras del mercado relevante **incluyen** en su oferta comercial la posibilidad de suscribir un compromiso de permanencia a cambio de: (a) la adquisición de un terminal subvencionado o (b) de otro tipo de ventaja económica, como descuentos en los precios de los servicios contratados (=tarifas) o (c) duración de la permanencia 12, 18 ó 24 meses.*

“En los contratos de servicios minoristas de comunicaciones móviles con clientes residenciales, estos compromisos de permanencia están asociados principalmente a la subvención de terminales móviles; tienen, por lo general, una duración de 12, 18 y 24 meses (en función del tipo y coste del terminal subvencionado y de la tarifa contratada) y no se renuevan automáticamente, salvo silencio del cliente por plazo de treinta días (no aceptación de prórroga).”

“Cada operador diseña su propio sistema de penalizaciones para el caso de incumplimiento del compromiso contractual de permanencia.”

“Las condiciones de los compromisos de permanencia aparecen en los Modelos de Condiciones Generales de Contratación de los servicios móviles de cada uno de los tres operadores (Telefónica Móviles de España S.A.U.; Vodafone España S.A.; y Orange Espagne S.A.U.) publicadas en sus páginas web y en los medios de comunicación”.

-----0-----

Previamente, en el **HECHO PROBADO TERCERO** relacionábamos pormenorizadamente la contestación dada por VODAFONE ESPAÑA S.A., al requerimiento de información que le hiciera la Dirección de Investigación *“en orden a los contratos de permanencia”*.

En el **HECHO PROBADO CUARTO** relacionábamos la contestación dada por ORANGE ESPAGNE S.A.U., al requerimiento de información que le hiciera la Dirección de Investigación *“en orden a los contratos de permanencia”*.

Y en el **HECHO PROBADO QUINTO** relacionábamos la contestación dada por TELEFONICA MOVILES DE ESPAÑA S.A.U., al requerimiento que le hiciera la Dirección de Investigación *“en orden a los contratos de permanencia”*.

-----0-----

En el **TERCERO DE LOS FUNDAMENTOS DE DERECHO** de nuestra Propuesta de Resolución literalmente decíamos:

“TERCERO.- Por mor de lo establecido, esta SALA DE COMPETENCIA entiende que los denominados contratos de permanencia en modo alguno afectan a la competencia y no pueden por tanto ser tipificados e incardinables como conductas infractoras del Artículo 1 de la Ley 15/2007 de 3 de Julio, de Defensa de la Competencia.

Y así lo entendió, en su momento, la propia Dirección de Investigación de la Comisión Nacional de la Competencia (hoy ambas extintas) **cuando tomó la decisión acordando la no imputación a ORANGE ESPAGNE S.A.U., y VODAFONE ESPAÑA S.A.**

Y ello, no obstante, cuando las conductas imputables a las tres operadoras eran en inicio y esencia la misma: **los contratos de permanencia**, que tienen los mismos elementos recíprocamente vinculantes: **consentimiento, objeto y causa**; y que producen los mismos **efectos, entre sí frente a terceros con valor erga omnes.**

La imputación que la Dirección de Investigación (hoy extinta) mantiene **exclusivamente** a TELEFÓNICA MÓVILES DE ESPAÑA S.A.U., carece de justificación en Derecho **por inexistencia de causa**; a la par que es **discriminatoria y arbitraria y vulneradora** de lo prevenido en el Artículo 9 de la Constitución Española, en el que se garantiza expresamente: de una parte **“los principios fundamentales de legalidad y seguridad jurídica”**; y de otra parte exige **“la responsabilidad”** y prohíbe y castiga **“la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos”**.

Desarrollo que tenía una previa consideración en el texto conformador del **HECHO PROBADO SEXTO.**

2ª La segunda línea argumentativa fue desarrollada en el **FUNDAMENTO DE DERECHO QUINTO** de nuestra Propuesta de Resolución (**ANEXO I**) al establecer:

“QUINTO.- *Item más,* la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones hasta la creación de esta Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (ex Ley 3/2013 de 4 de Junio) era por

*imperio de su Ley de creación **la única competente para conocer y resolver sobre el mercado de las telecomunicaciones.***

*Incluso, en la actualidad y tras la creación de esta Comisión, sus disposiciones, informes, valoraciones del mercado tienen valor relevante y debe ser tenidos en consideración **en tanto que doctrina a seguir.***

*La Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones desde el año 2000 ha venido dictando Resoluciones y Circulares que devienen de aplicación a este Expediente. Así y sin ánimo de agotar las mismas (**no numerus clausus**) procede dejar constancia de las siguientes:*

• **RESOLUCION RO 2006/422** en la que **aborda el establecimiento de cláusulas de permanencia.....y acuerda no iniciar expediente sancionador.....examinando los contratos de Telefónica Móviles de España S.A.U. y Vodafone España S.A..**

*Y concluyendo que “**por todo ello y dado los elementos analizados no se deduce la conveniencia de iniciar el correspondiente procedimiento por parte de esta Comisión. SIN PERJUICIO de que los hechos denunciados puedan ser examinados, en su caso, por los tribunales ordinarios de la jurisdicción civil a la luz de la normativa vigente en materia de protección de los consumidores y usuarios.***

• **ACUERDO** del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de 18 de Diciembre de 1997 en el marco del Expediente R 3946.

“En atención a lo anterior, cabe concluir que la COMPETENCIA para atender esta reclamación no corresponde a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, SINO A LA JURISDICCIÓN ORDINARIA en relación con la defensa de los consumidores y usuarios y al Ministerio de Industria, Comercio y Turismo.”

3ª La tercera línea argumentativa fue desarrollada en el **SEGUNDO FUNDAMENTO DE DERECHO** de nuestra Propuesta de Resolución “*al dejar sentado que los contratos objeto de examen e instrucción de y en este Expediente Sancionador se **enmarcan en el campo de la autonomía de la voluntad, propio del Derecho Privado**”.*

“Así el Derecho Positivo, residenciado en el Código Civil, como fuente primera de derechos y obligaciones recíprocas dispone que “toda obligación consiste en dar, hacer o no hacer alguna cosa” (Artículo 1088) y que “las obligaciones que nacen de los contratos tienen fuerza de Ley entre las partes contratantes y deben cumplirse al tenor de los mismos” (Artículo 1091) y, en consecuencia “la validez y el cumplimiento de los contratos no puede dejarse al arbitrio de uno de los contratantes” (Artículo 1256).

“Los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento de las partes” (Artículo 1258) y “son de cumplimiento obligatorio cualquiera que sea la forma en que se hayan celebrado, siempre que concurren las condiciones exigidas para su validez” (Artículo 1278) esto es: consentimiento, objeto y causa.

*De ahí que “será nulo el consentimiento prestado por error, violencia, intimidación o dolo” (Artículo 1265) y para que “el error invalide el consentimiento, deberá recaer sobre la sustancia de la cosa que fuere el objeto del contrato (**la causa**) o sobre aquellas condiciones de la misma que hubiesen dado motivo a celebrarlo” (Artículo 1266).*

“Hay violencia cuando para arrancar el consentimiento se emplea una fuerza irresistible” (Artículo 1267) y en consecuencia “la violencia o intimidación anularán la obligación” (Artículo 1268).

“Hay dolo cuando, con palabras o maquinaciones insidiosas de parte de uno de los contratantes, es inducido el otro a celebrar un contrato que, sin ellas, no se hubiera hecho” (Artículo 1269) y para que “el dolo produzca la nulidad de los contratos deberá ser grave” (Artículo 1270).

Establecido el campo de juego es obligado concluir que los contratos suscritos entre las partes (Operadoras y Clientes) lo han sido con pleno consentimiento y conocimiento de lo que hacían y sin mediar para ello error, violencia, intimidación o dolo, lo que en el Mundo del Derecho, en tanto que creador de derechos y obligaciones recíprocas, tienen validez entre las mismas (los contratantes), con valor erga omnes frente a terceros.

-----0-----

“Los contratos válidamente celebrados pueden rescindirse en los casos establecidos en la Ley” (Artículo 1290) y “la rescisión obliga a la devolución de las cosas que fueron objeto del contrato con sus frutos.....y podrá reclamarse la indemnización de perjuicios al causante de la lesión” (Artículo 1295).

Y en el orden de los efectos que producen los mismos, gozan de validez aquellas cláusulas que desarrollan y vinculan la rescisión/resolución a las indemnizaciones/penalizaciones, en orden a evitar perjuicios a una de las partes (compensación) o lo que es lo mismo, **el Derecho no ampara el enriquecimiento sin causa.**

4ª Finalmente, la cuarta línea argumentativa **es de orden y amparo legal: la Ley General de Telecomunicaciones**, en uso de la habilitación competencial prevista en el Artículo 48.3.g) mediante **RESOLUCIÓN** de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de 2 de Febrero de 2006 (publicada en el BOE de 10 de Febrero) aprobó la definición y el análisis del mercado de acceso y originación de las llamadas en las redes públicas de telefonía móvil, la designación de los operadores con poder significativo en el mercado y la imposición de obligaciones específicas (AEM 2005/933).

La RESOLUCIÓN destaca la importancia que a nivel minorista –mercado que no está sometido a obligaciones ex ante conforme a los criterios definidos en el nuevo marco regulatorio– tiene la portabilidad entre operadores de telefonía móvil **como instrumento de defensa de la competencia.**

La RESOLUCIÓN hace también referencia a la **política de subvención de terminales** como variable competitiva. Como consecuencia de dicha política, la **suscripción de compromisos de permanencia** se ha desarrollado como una práctica general en el mercado minorista de telefonía móvil, adoptada no sólo por los operadores de red móvil tradicionales, sino también por los nuevos entrantes como **XFERA** (Yoigo) o **EUSKALTEL**.

La cláusula de permanencia puede tener, por tanto, efectos neutros o incluso favorables para el consumidor, en particular si la oferta supone una mejora respecto de otras promociones (como puede ser el caso de la política de subvención de terminales) **y prevé indemnizaciones proporcionadas con el descuento percibido por el usuario a la hora de suscribir la promoción.**

De las precitadas Resoluciones se desprende, por tanto, que la suscripción por parte de los abonados a los servicios de telefonía móvil de compromisos de permanencia a cambio de determinadas ventajas **no debe implicar una barrera a la portabilidad.**

Puede concluirse por tanto que las modificaciones contractuales introducidas por Telefónica Móviles de España S.A.U. y Vodafone España S.A. no constituyen una causa que pueda retrasar la ejecución de la portabilidad.

En consecuencia, la Resolución RO 2006/422 **como hemos dejado acreditado líneas antes**, concluye diciendo que “*por todo ello y dados los elementos analizados, no se deduce la conveniencia de iniciar el correspondiente procedimiento por parte de esta Comisión. Sin perjuicio de que los hechos denunciados puedan ser examinados, en su caso, por los tribunales ordinarios de la jurisdicción civil.....*”

II.- ACTUAL PONENCIA

PRIMERO.- Nuestra Ponencia fue vencida en la deliberación habida en la ciudad de Barcelona el día 16 de Octubre, al obtener tres Votos (Presidente y dos Consejeras), lo que fue causa de un nuevo turno de Ponencia.

La discrepancia no fue claramente expuesta, pudiendo concluirse en que la tesis discrepante era “**sencillamente debe seguirse lo propuesto por la Dirección de Competencia y Telefónica Móviles de España S.A.U., debe ser sancionada**”.

Obviamente debe entenderse que los Tres Votos Discrepantes lo fueron “**al tener pleno conocimiento del Expediente Sancionador**”, lo que en puridad, cualquiera que fuera el Consejero y/o Presidente turnado “**estaba en disposición inmediata de redactar una Propuesta de Resolución**”.

SEGUNDO.- La Ponencia de este Expediente Sancionador S/0422/12 Contratos de Permanencia le correspondió a la Consejera Sra. Zenarrutzabeitia, que la incluyó en el Orden del Día a celebrar el día 23 de Octubre del 2014.

La Propuesta de Resolución se desarrollaba a lo largo de 70 folios y, **una vez más venía incompleta** según pongo de manifiesto seguidamente:

“Folio 69

SÉPTIMO.- Valoración de la Sala de Competencia del Consejo.

El Consejo estima que TME, en el mercado de prestación de servicios minoristas de comunicaciones móviles a clientes empresariales, ha establecido cláusulas en contratos dirigidos al segmento de clientes empresariales entre los que se incluyen compromisos de permanencia con penalizaciones crecientes por descuentos sobre precios, renovaciones automáticas y plazos de preaviso, que en su conjunto tienen un efecto restrictivo de la competencia, ya que estarían

limitando de forma desproporcionada la capacidad de una parte significativa de clientes empresariales de TME, para cambiar de proveedor de servicios minoristas de comunicaciones móviles, perdiendo oportunidades de contratar servicios similares a menores precios con otros operadores. Paralelamente, TME con esta práctica estaría incrementando artificialmente los costes a los que los competidores tienen que incurrir para ganar clientes a costa de TME, mientras que también estaría dificultando el acceso a este mercado de otros operadores potenciales, por lo que en la práctica esta conducta estaría favoreciendo el cierre de este mercado a otros operadores potencialmente ingresantes al tiempo que estaría protegiendo anticompetitivamente su elevada cuota de mercado de sus competidores y sin que en ningún momento suponga inversiones destacables para TME”.

HA RESUELTO

PRIMERO.- Declarar que en el presente expediente se ha acreditado una infracción del Artículo 1 de la Ley 16/1989, del Artículo 1 de la Ley 15/2007 de 3 de Julio, de Defensa de la Competencia, y del Artículo 1 del TFUE, en los términos expuestos en el Fundamento de Derecho XXXX de esta Resolución.

SEGUNDO.- De acuerdo con la responsabilidad atribuida en el Fundamento de Derecho Sexto, declarar responsables de las citadas infracciones **a las siguientes empresas:**

TERCERO.- Imponer a **las autoras** responsables de las conductas infractoras las siguientes multas:

CUARTO.- Intimar a TME para que en el futuro se **abstengan** de realizar las prácticas sancionadas y cualesquiera otras de efecto equivalente. Instar a la Dirección de Competencia de esta Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia para que vigile y cuide del cumplimiento íntegro de esta Resolución.

QUINTO.- declarar confidencialidad de.....

Comunicar a DC notificar a interesados y pie de recurso.”

Decir, *prima facie*, que estamos en presencia no ya de un borrador, que no Propuesta de Resolución, **no sólo incompleta, sino mimética de cortar y pegar.**

TERCERO.- Habida cuenta de lo anteriormente citado, en dicho Pleno de la Sala de Competencia, de esta Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia,

que no el CONSEJO, se acordó celebrar un Pleno Extraordinario el día 29 de Octubre a las 11 horas de su mañana, **monográfico**, para deliberar y fallar sobre una Propuesta de Resolución **completamente terminada**.

En consecuencia, por medio del Secretario de esta Sala de Competencia se distribuyó una Propuesta de Resolución, que llegó a manos de este Consejero Discrepante a las **12:36 horas de la mañana del lunes 27 de Octubre**.

Tras la exposición por la Ponente, intervino la Consejera Ortiz en orden a incluir en dicho texto una serie de argumentos que vertía **in voce** en su consideración que los mismos **enriquecían el texto**.

Los argumentos **in voce** iban desde **(1)** una modificación del mercado relevante, lo que a estas alturas del procedimiento supondría una vulneración del Artículo 50 de la Ley 15/2007 de 3 de Julio, de Defensa de la Competencia **y (2)** hasta una modificación del porcentual aplicada a la sanción, que mientras la Ponente y el Presidente mantenían en el 1,50% del volumen de negocios, la Consejera postulaba dejarlo reducido al 1%. **Todo ello sin motivación alguna**.

Dada la anormalidad de tal planteamiento, este Consejero Discrepante intervino para proponer que lo adecuado y procedente es que la Consejera formule **un Voto Particular Concurrente**.

Lo que fue rechazado por mayoría simple (Presidente y dos Consejeras) acordándose que vía Secretario se nos haría llegar una Nota escrita en la que se incluiría tal propuesta.

A las 19:07 horas de la tarde del día 29 de Octubre, este Consejero Discrepante recibió un primer correo en el que se decía **“adjunto se remite documentación correspondiente al Punto N° 2.2”**.

Y seguidamente y a esa misma hora, otro en el que se decía **“se adjunta texto final (con control de cambios) de la RESOLUCIÓN Expte S/0422/12 CONTRATOS DE PERMANENCIA”**.

-----0-----

En este momento siendo las 15:55h del día 30 de Octubre recibo un nuevo correo que literalmente dice **“adjunta se remite VERSIÓN FINAL, sin control de cambios”**.

Sin comentarios.

Es llegado el momento de concretar **MI DISCREPANCIA** a la Resolución administrativa aprobada, finalmente, el día 29 de Octubre **con las adendas** consentidas por la mayoría simple de esta SALA DE COMPETENCIA DE LA Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia y ello a lo largo de dos grupos de **MOTIVOS: (1) por vulneración de derechos fundamentales en orden a la tipificación de la conducta imputada a TELEFÓNICA MÓVILES DE ESPAÑA S.A.U.; y (2) por vulneración de derechos fundamentales en orden al régimen sancionador aplicado a la conducta imputada.**

**III.-
PRIMER GRUPO DE MOTIVOS
POR VULNERACIÓN DE DERECHOS FUNDAMENTALES
EN ORDEN A LA TIPIFICACIÓN DE LA CONDUCTA**

PRIMERO.- El Artículo 50 Instrucción del expediente sancionador, de la Ley 15/2007 de 3 de Julio, de Defensa de la Competencia, dispone **“1. La Dirección de Investigación, una vez incoado el expediente, practicará los actos de instrucción necesarios para el esclarecimiento de los hechos y la determinación de responsabilidades; 3. Los hechos que puedan ser constitutivos de infracción se recogerán en un **PLIEGO DE CONCRECIÓN DE HECHOS** que se notificará a los interesados para que, en un plazo de quince días, puedan contestarlo y, en su caso, proponer las pruebas que consideren pertinentes; 4. Practicados los actos necesarios, la Dirección de Investigación formulará **PROPUESTA DE RESOLUCIÓN** que será notificada a los interesados para que, en el plazo de quince días, formulen las alegaciones que tengan por convenientes; y 5. Una vez instruido el expediente, la Dirección de Investigación lo **remitirá** al Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia, acompañándolo de un informe en el que incluirá la Propuesta de Resolución, así como, en los casos en los que proceda, propuesta relativa a la exención o a la reducción de la multa, de acuerdo con lo previsto en los Artículos 65 y 66 de esta Ley”.**

El **PLIEGO DE CONCRECIÓN DE HECHOS** es, pues, **el acto administrativo** que fija los hechos probados que configuran la acusación y las personas (físicas o jurídicas) imputadas, de manera que todo el procedimiento posterior **no puede desviarse** de los allí fijados, como ha establecido desde siempre el Tribunal de Defensa de la Competencia (por todas la **Resolución de 4 de Septiembre del 2000 Expediente Sancionador AENOR**).

En ella, recuerda que el **Tribunal de Justicia de las Comunidades** ha declarado con reiteración que “*el respeto de los derechos de defensa exige que, desde la fase del procedimiento administrativo, se ofrezca a la empresa interesada la posibilidad de manifestar adecuadamente su punto de vista sobre la realidad y pertinencia de los hechos, imputaciones y circunstancias alegadas por la Comisión, de manera que el Pliego de Cargos debe facilitar a la empresa todos los elementos necesarios para que pueda defenderse de forma eficaz. En el Pliego de Cargos deben mencionarse con claridad todos los elementos esenciales...*” (entre otras Sentencias, la **Hoffman-La Roche de 11 de Febrero de 1979; Cimentieres CBR y otros/Comisión de 18 de Diciembre de 1992; CB y Europe/Comisión de 23 de Noviembre de 1994**).

-----0-----

En la normativa de la Comunidad Europea **REGLAMENTO 99**, el Pliego de Cargos es el documento en el que la Comisión, después de haber reunido los elementos que le permiten establecer pruebas suficientes de la existencia de una infracción, **recoge los hechos probados y formula la acusación** que comunica a las partes imputadas para alegaciones (**Artículo 2.1**).

Dispone el apartado 2 del Artículo 2 que “la Comisión **sólo podrá** tomar en consideración, en sus decisiones, los cargos respecto de los cuales las empresas hayan podido exponer sus puntos de vista. De este modo, el Pliego de Cargos tiene por efecto **crystalizar** la postura de la Comisión, **impidiendo a ésta mantener en su Decisión otros cargos distintos de los comunicados**” (por todas las **Sentencias IBM de 11 de Noviembre de 1981 y Auto Reynolds de 18 de Junio de 1986**).

Por ello, el **efecto cristalización** conlleva **(a)** que la Comisión no podrá fundamentar su decisión sobre otros datos de hecho que los comunicados; **(b)** que para poder fundamentar su decisión sobre un elemento de hecho, la Comisión deberá indicar con claridad en el Pliego de Cargos **qué** piensa utilizar y presentar tal documento contra la empresa; **(c)** que la Comisión no podrá acusar a una empresa de una infracción distinta de la que figura en el Pliego de Cargos y, en particular, dando a los hechos una calificación diferente a la concretada en el Pliego de Cargos; **(d)** que la Comisión no podrá acusar a las empresas de una infracción cuya duración sea superior a la tomada en consideración en el Pliego de Cargos, ni podrá ampliar el alcance o modificar la naturaleza de los cargos; **(e)** que la Comisión no podrá fundamentar su decisión sobre una concepción jurídica diferente de aquéllas sobre las que se asienta el Pliego de Cargos; y **(f)** que la Comisión no podrá imponer multas sin anunciar su intención de hacerlo (por todas las Sentencias **Pasta de madera II de 3 de Marzo de 1986; Pioneer de 7 de Junio de 1983; de instancia Europay de 23 de Febrero de 1994**).

-----0-----

En mérito a lo anterior, este Consejero Discrepante entiende que se ha vulnerado frontalmente el Artículo 9 de la Constitución Española, en orden a los principios fundamentales de legalidad y seguridad jurídica, **por cuanto la Resolución aprobada**, por mayoría simple, **ha distorsionado a capricho la concreción del mercado relevante, concretado en el Pliego de Concreción de Hechos, ampliándolo con el solo fin de sancionar a TELEFÓNICA MÓVILES DE ESPAÑA S.A.U., configurando un uso alternativo al Derecho.**

SEGUNDO.- La Ley 30/1992 de 26 de Noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, en su **Artículo 24 Motivación** dispone que “los actos administrativos **1.** Serán motivados, con sucinta referencia de hechos y fundamentos de Derecho”.

En su **Artículo 218 Exhaustividad y congruencia. Motivación** dispone que “**1.** Las resoluciones deberán ser claras, precisas y congruentes (.....); **2.** Se motivarán expresando los razonamientos fácticos y jurídicos que conducen a la apreciación y valoración de las pruebas, así como la aplicación e interpretación del derecho. La motivación deberá incidir en los distintos elementos fácticos y jurídicos (...) considerados individualmente y en conjunto, ajustándose siempre a las reglas de la lógica y de la razón; **3.** Cuando los puntos hayan sido varios, el tribunal hará con la debida separación el pronunciamiento correspondiente a cada uno de ellos”.

El Tribunal Constitucional en el desarrollo de los anteriores preceptos legales normativos “en orden a que los órganos judiciales y/o administrativos no incurran en violación del deber de motivación de las decisiones judiciales y/o administrativas” que garantizan los **Artículos 24.1 y 120.3** de la Constitución Española, en cuanto que constituyen una garantía esencial para el justiciable/administrado, dispone con reiteración, rotundidad y uniformidad que

“mediante el cual es posible comprobar que la decisión adoptada es consecuencia de la aplicación razonada del Ordenamiento Jurídico y no fruto de la arbitrariedad y que impone no sólo la obligación de ofrecer una respuesta motivada a las pretensiones formuladas, sino que además ésta ha de tener un contenido jurídico” (por todas, las **SSTC 118/2006 de 24 de Abril; 67/2007 de 27 de Marzo; 44/2008 de 20 de Marzo; 139/2009 de 25 de Junio; 160/2009 de 29 de Junio**).

-----0-----

En mérito a todo lo anterior, este Consejero Discrepante entiende que se han vulnerado los principios fundamentales de seguridad jurídica y legalidad, **por inaplicación de los citados preceptos legales normativos, imposibilitando a la empresa sancionada a entender el qué y el porqué de ello, lo que le produce una notoria y evidente indefensión, que debe ser corregida.**

Ítem más, no conformando como Hechos Probados la contestación dada por las tres operadoras de móviles investigadas, en orden a los contratos de permanencia.

Esta ignorancia del principal hecho revelador de la conducta a sancionador, no es irrelevante, **sino discriminatoria y arbitraria.**

TERCERO.- La Constitución Española en su **Artículo 9** dispone que **“1. Los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del Ordenamiento Jurídico (...) 3. La Constitución garantiza el principio de legalidad...la seguridad jurídica, la responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos”.**

En su **Artículo 24.1** dispone que **“todas las personas tienen derecho a obtener la tutela judicial efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos, sin que en ningún caso pueda producirse indefensión”.**

Y en el **Artículo 103** que **“las Administraciones Públicas sirven con objetividad los intereses generales (.....) con sometimiento pleno a la ley y al Derecho”.**

-----0-----

Es un hecho probado que fueron tres las operadoras de servicios móviles (Vodafone España S.A., Orange Espagne S.A.U., y Telefónica Móviles de España S.A.U.) las investigadas en este Expediente Sancionador; es un hecho probado que en **mi inicial Ponencia** se transcribían pormenorizadamente los contratos de permanencia; es un hecho probado que, ni en el Pliego de Concreción de Hechos, ni en la posterior Propuesta de Resolución ni se citan ni se desarrollan los mismos y, por el contrario, se perdía la Dirección de Investigación en una disgresión prolija e innecesaria, **que ha sido asumida mimética y literalmente por la Ponencia y en la Resolución aprobada en el día de hoy, por mayoría simple.**

Es un hecho probado que en los tres actos administrativos (Pliego, Propuesta de Resolución y Resolución) **se exonera a Vodafone España S.A., y**

Orange Espagne S.A.U., por las mismas causas, conductas y efectos, por las que se sanciona a Telefónica Móviles de España S.A.U., **que provoca una arbitrariedad discriminatoria, vulnerando lo prevenido en el Artículo 9 de la Constitución Española, en tanto que acogedor de derechos fundamentales, lo que debe ser corregido.**

CUARTO.- El principio de confianza legítima de y en los actos emanados de la Administración, derivado del principio fundamental de seguridad jurídica ex Artículo 9 de la Constitución Española “*es un principio inspirador de la actuación administrativa*”, reconocido hoy por el Artículo 3.1 de la Ley 30/1992 de 26 de Noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, **tras la reforma habida por la Ley 4/1999 de 13 de Enero.**

La Ley 4/1999 establece en su Exposición de Motivos que “*en primer lugar, en el Título Preliminar se introducen los principios de actuación de las Administraciones Públicas, derivados del de seguridad jurídica. Por una parte, el principio de la buena fe, aplicado por la jurisdicción contencioso-administrativa, incluso antes de su recepción por el Título Preliminar del Código Civil. Por otra, el principio bien conocido en el derecho procedimental europeo y también recogido por la jurisprudencia contencioso-administrativa de la confianza de los ciudadanos en que la actuación de las Administraciones Públicas no puede ser alterada arbitrariamente*”.

-----0-----

Es un hecho probado que tanto la operadora de móviles hoy sancionada, TELEFÓNICA MÓVILES DE ESPAÑA S.A.U., como otra operadora (Vodafone España S.A.), en su día fueron objeto de denuncia ante la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones que en Resolución ad hoc concluyó que “*no eran constitutivos los contratos de permanencia de un procedimiento sancionador, remitiéndoles al orden jurisdiccional civil*”.

Resolución posteriormente ratificada por otra en el mismo sentido y contenido.

En mérito a todo lo anterior, este Consejero Discrepante entiende que la Resolución en el día de hoy aprobada, por mayoría simple, **vulnera los principios de confianza legítima y buena fe administrativa, causando una indefensión, como consecuencia de la arbitrariedad de tal pronunciamiento, que debe ser corregida.**

QUINTO.- En nuestra Ponencia desarrollábamos la Ley General de las Telecomunicaciones y su aplicación por la hoy extinta Comisión Nacional de las Telecomunicaciones.

Es un hecho probado que la Resolución hoy aprobada por mayoría simple, ***ignora el mandato de una Ley y su aplicación y desarrollo, en orden a las exigencias de los contratos de permanencia, según hemos establecido anteriormente.***

Por ello, nuevamente, esta Resolución vulnera el principio fundamental de legalidad y, por tanto, el de seguridad jurídica (ex Artículo 9 CE) lo que finalmente genera indefensión (ex Artículo 24.1 CE).

IV.- SEGUNDO GRUPO DE MOTIVOS POR VULNERACIÓN DE DERECHOS FUNDAMENTALES EN ORDEN AL REGIMEN SANCIONADOR APLICADO

PRIMERO.- La Ley 15/2007 de 3 de Julio, de Defensa de la Competencia, en su **Artículo 61 Sujetos infractores** dispone que ***“1. Serán sujetos infractores las personas físicas o jurídicas que realicen acciones u omisiones tipificadas como infracciones por esta Ley; 3. Cuando se imponga una multa a una asociación, unión o agrupación de empresas y ésta no sea solvente, la asociación estará obligada a recabar las contribuciones de sus miembros hasta cubrir el importe de la multa. En caso de que no se aporten dichas contribuciones a la asociación dentro del plazo fijado (...) se podrá exigir el pago de la multa a cualquiera de las empresas cuyos representantes sean miembros de los órganos de gobierno de la asociación de que se trate. No obstante, no se exigirá el pago contemplado en los párrafos segundo y tercero a las empresas que demuestren que no han aplicado la decisión o recomendación de la asociación constitutiva de una infracción y que o bien ignoraban su existencia o se distanciaron activamente de ella antes de que se iniciase la investigación del caso”.***

En su **Artículo 62 Infracciones** dispone que ***“4. Son infracciones muy graves (a) el desarrollo de conductas colusorias tipificadas en el Artículo 1 de la Ley, que consistan en cárteles u otros acuerdos, decisiones o recomendaciones colectivas, prácticas concertadas o conscientemente paralelas entre empresas competidoras entre sí, reales o potenciales”.***

El **Artículo 63 Sanciones** dispone “**1c.** Las infracciones muy graves con multa de hasta el 10 por ciento del volumen de negocios total de la empresa infractora en el ejercicio inmediatamente anterior al de la imposición de la multa”. “El volumen de negocios total de las asociaciones, uniones o agrupaciones de empresas se determinará tomando en consideración el volumen de negocios de sus miembros”.

A la luz de todo lo anterior y de lo prevenido en el Artículo 3 del Código Civil y poniendo en armonía y relación lo dispuesto en los apartados primero y tercero del citado Artículo 63, debe concluir diciendo y **prima facie** haciendo abstracción de la existencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad que:

- a) El segmento de cuantificación de las infracciones leves se mueve entre el 0,001% y llega hasta el 1%.
- b) El segmento de cuantificación de las infracciones graves se mueve entre el 1,001% y llega hasta el 5%.
- c) Y el segmento de cuantificación de las infracciones muy graves se mueve entre el 5,001% y llega hasta el 10%.

Lo contrario sería una interpretación **contra legem** que llevaría al absurdo, que una vez calificada y tipificada la conducta como muy grave terminar imponiendo una sanción/multa cuantificada en el segmento de una conducta grave; o la grave cuantificarla en el segmento de la leve. Y así hasta el absurdo infinito.

SEGUNDO.- La doctrina jurisprudencial desarrolla este precepto normativo en orden a que “la discrecionalidad que la Ley concede, debe ser ejecutada **ponderando** las circunstancias concurrentes en cada caso, al objeto de alcanzar la necesaria y debida **proporcionalidad** entre los hechos imputados y la responsabilidad exigida, los efectos en el mercado, la existencia de circunstancias modificativas de la conducta, etc., dado que toda sanción debe determinarse **en congruencia con los principios de proporcionalidad e individualización de la sanción, para adaptarla a la gravedad de la conducta**”.

A efectos meramente indicativos, citamos las Sentencias del Tribunal Supremo, por todas las **SSTS de 1 de Diciembre de 2010 Recurso 2685/2008; de 29 de Enero de 2013 Recurso 2495/2012 y de 28 de Junio de 2013 Recurso 1947/2010.**

Y de la Audiencia Nacional, por todas las **SSAN de 10 de Noviembre de 2010 Recurso 637/2009; de 22 de Noviembre de 2010 Recurso 365/2009; de**

18 de Enero de 2011 Recurso 266/2009; de 10 de Febrero de 2011 Recurso 318/2010; de 13 de Octubre de 2011 Recurso 795/2009; de 10 de Noviembre de 2011 Recurso 846/2009.

TERCERO.- Un ítem más, la Audiencia Nacional en la muy reciente **Sentencia de 30 de Enero del 2014 Recurso 422/2012** establece en el Fundamento de Derecho Sexto que *“no obstante, a la hora de realizar la cuantificación de las sanciones, en materia de derecho de la competencia, debe tenerse en cuenta el concepto de empresa concebido como una unidad económica”*.

Y en orden a la violación del principio de proporcionalidad de las sanciones y sin perjuicio de lo prevenido en el Artículo 63.1.a) de la Ley 15/2007 de 3 de Julio, de Defensa de la Competencia que *“ésa es la cifra máxima a imponer, conforme a la declaración de la gravedad de la conducta, lo cual no necesariamente significa que deba procederse así”* **lo que llama umbral de nivel sancionador.**

Y al efecto, recuerda que *“constituye un principio esencial del derecho punitivo sancionador español la división en grados (mínimo, medio y máximo) dependiendo de la fijación de la cuantía de la multa en concurrencia o no de circunstancias modificativas de la responsabilidad”*.

De ahí que deban valorarse **(a)** la modalidad y el alcance de la restricción de la competencia; **(b)** la dimensión y las características del mercado afectado; **(c)** los efectos de la infracción sobre consumidores y usuarios o sobre otros operadores económicos; **(d)** la duración de la conducta restrictiva de la competencia; y **(e)** la reiteración y demás circunstancias modificativas de la responsabilidad: agravantes y/o atenuantes.

CUARTO.- El Artículo 1 del Código Civil sanciona el **principio de jerarquía normativa**. Es decir, deviene inimaginable que una Comunicación en tanto que norma de rango inferior pueda ser aplicable en perjuicio de unos preceptos legales con rango de Ley: bien el Artículo 10 de la Ley 16/1989 de 17 de Julio, de Defensa de la Competencia; bien los Artículos 63, anteriores y posteriores, de la Ley 15/2007 de 3 de Julio, de Defensa de la Competencia.

Al efecto, el Tribunal Constitucional en **Sentencia 100/2003 de 2 de Junio** en orden a la reserva de ley en la determinación de las sanciones administrativas establece lo siguiente:

*“Se abre así la posibilidad de que las leyes se remitan a normas reglamentarias en este ámbito, con el límite infranqueable, en todo caso, de que dicha remisión no facilite <una regulación independiente y no claramente subordinada a la Ley> (SSTC 42/1987 de 7 de Abril; 101/1988 de 8 de Junio; 61/1990 de 29 de Marzo; 341/1993 de 18 de Noviembre; 25/2002 de 11 de Febrero). En definitiva, según se destaca en la STC 113/2002 de 9 de Mayo, reiterando lo ya dicho en el Fundamento Jurídico Tercero de la STC 305/1993 de 25 de Octubre <el Artículo 25 de la Constitución obliga al legislador a regular por sí mismo los tipos de infracción administrativa y las sanciones que les sean de aplicación, **sin que sea posible que, a partir de la Constitución, se puedan tipificar nuevas infracciones ni introducir nuevas sanciones o alterar el cuadro de las ya existentes por una norma reglamentaria cuyo contenido no esté suficientemente predeterminado o delimitado por otra con rango de Ley.***

El mismo Tribunal Constitucional, previamente, recuerda lo dicho en la doctrina expresada en su **STC 42/1987 de 7 de Abril**

*“El derecho fundamental así enunciado (...) comprende una doble garantía. **La primera**, de orden material y alcance absoluto, tanto por lo que se refiere al ámbito estrictamente penal como al de las sanciones administrativas, refleja la especial trascendencia del principio de seguridad jurídica en dichos ámbitos limitativos de la libertad individual y se traduce en la imperiosa exigencia de predeterminación normativa de las conductas ilícitas y de las sanciones correspondientes. **La segunda**, de carácter formal, se refiere al **rango necesario de las normas tipificadoras de aquellas conductas y reguladora de estas sanciones**, por cuanto, como este Tribunal ha señalado reiteradamente, el término “legislación vigente” contenido en dicho Artículo 25.1 de la Constitución Española es expresivo de una **reserva de Ley** en materia sancionadora” (por todas, las **SSTC 133/1999 de 15 de Julio; 276/2000 de 16 de Noviembre; 25/2002 de 11 de Febrero; 75/2002 de 8 de Abril y 113/2002 de 9 de Mayo**).*

QUINTO.- El **Pliego de Concreción de Hechos** (página 52) establece que “a la vista de todo lo actuado y de conformidad con el 33.1 del Reglamento de Defensa de la Competencia se considera que: Constituye una infracción del artículo 1 de la LDC (de la Ley 15/2007)”.

Y en la **Propuesta de Resolución** (página 111) en el Apartado **TERCERO** “*que la conducta prohibida se tipifique, a los efectos de determinación de la sanción a imponer, como infracción grave del artículo 62.3.a) de la Ley 15/2007*”.

Y en el Apartado **CUARTO** “*que se imponga la sanción prevista en el artículo 63 de la LDC, teniendo en cuenta los criterios para la determinación de la sanción previstos en el artículo 64 de la LDC*”.

La cita es literal, con todas sus consecuencias y efectos procedimentales, lo que dejo enunciado.

Partiendo de esta evidencia, entiendo **ser necesario** dejar sentados los siguientes pronunciamientos:

1º este expediente sancionador ha sido instruido, **en unidad de acto**, en orden al examen e incardinación de las conductas al amparo de una ley, **cumpliendo el principio de tipicidad**: la Ley 15/2007.

2º de ahí, que las conductas examinadas tienen el amparo legal de la Ley 15/2007 de 3 de Julio, de Defensa de la Competencia: conducta tipificada, calificación y sanción a imponer.

3º y en consecuencia la tipificación y calificación de dichas conductas lo han sido a la luz de lo prevenido en el Artículo 62.3.a) de la Ley 15/2007, siendo calificadas como graves.

4º y finalmente, la Propuesta de Resolución que eleva la Dirección de Competencia a esta Sala de Competencia, de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, en el Apartado Cuatro propone, en armonía y unidad de actuación, que las conductas sean sancionadas a la luz de lo prevenido en los Artículos 62.3.a) y 64 de dicha Ley 15/2007 de 3 de Julio, de Defensa de la Competencia.

5º obviamente, en ambas Leyes se desarrollan las conductas infractoras, la calificación de las mismas y, por ello, la imposición de sanciones.

-----0-----

EN CONSECUENCIA y con los principios fundamentales de legalidad y seguridad jurídica de nuestro Ordenamiento Legal, cabe preguntarse **¿por qué la Resolución** (una vez aprobada por mayoría simple y siempre por la misma mayoría simple) **se aparta del principio de UNIDAD DE ACTUACIÓN LEGAL y**

se inclina por acudir a la Comunicación, haciendo abstracción de la Ley 15/2007 bajo la que se ha instruido este Expediente Sancionador?

A la luz de lo anterior, este Consejero Discrepante ***en el acto procesal de la DELIBERACIÓN de la Propuesta de Resolución que se nos ofrece***, hizo las siguientes preguntas:

1ª si la Ponencia y la mayoría de la Sala de Competencia que vota con ella, han tenido en conocimiento y para ser aplicado lo prevenido en el Artículo 1.2 del Código Civil, que consagra el principio de jerarquía normativa como fuente del Ordenamiento Jurídico.

2ª si la Ponencia y la mayoría de la Sala de Competencia que vota con ella, han tenido en conocimiento y para ser aplicado lo prevenido en el Artículo 1.6 del Código Civil, que consagra la jurisprudencia como fuente del Ordenamiento Jurídico.

3ª si la Ponencia y la mayoría de la Sala de Competencia que vota con ella, han tenido en conocimiento y para ser aplicada la Constitución Española. Y en concreto, lo prevenido en los Artículos 9 (principios fundamentales de legalidad, seguridad jurídica e interdicción de la arbitrariedad), Artículo 24.1 (tutela judicial efectiva, en orden a la indefensión), Artículo 103 (las Administraciones Públicas están sometidas a la ley y al Derecho), del Artículo 25 (lex certa y legislación vigente).

4ª si la Ponencia y la mayoría de la Sala de Competencia que vota con ella, han tenido en conocimiento y para ser aplicada la doctrina del Tribunal Constitucional dictada a respecto.

-----0-----

Este Consejero Discrepante al no obtener contestación a ninguna de sus preguntas, formuladas en el marco deliberativo de este Expediente Sancionador, ***“manifestó quedar liberado de cuantas posibles acciones de responsabilidad administrativa e incluso de las penales (por prevaricación) pudieran interponer las empresas sancionadas, en este Expediente y en cualesquiera otros, por consecuencia de lo anterior”***.

SEXTO.- En todo caso y a mayor abundamiento sigo reiterando mi criterio, anteriormente expuesto en anteriores Votos Particulares en el sentido que la fórmula madre en la que se fundamenta y ampara la Comunicación es una creación ad hoc; carece de rigor científico; y lo que es peor en orden al ámbito sancionador

“el importe básico se obtendrá aplicándole al volumen de ventas afectado por la infracción un porcentaje que, PARTIENDO DEL 10% PODRÁ INCREMENTARSE en consideración a los siguientes criterios DE FORMA CUMULATIVA

(a) si la infracción es calificada como muy grave, el porcentaje SE PODRÁ AUMENTAR HASTA EN DIEZ PUNTOS PORCENTUALES.

(b) si el mercado o mercados relacionados con la infracción corresponden a un input susceptible de provocar efectos en cascada en distintos mercados, el porcentaje SE PODRÁ AUMENTAR HASTA EN DIEZ PUNTOS PORCENTUALES.

Por lo tanto, el importe básico se situará entre un 10 y un 30% del volumen de ventas afectado por la infracción”.

-----0-----

Lo anteriormente escrito corresponde al **Parágrafo (14)** de la Comunicación, en cita literal del mismo.

Dada la claridad y precisión semántica, quedo liberado de interpretación y **sólo reiterar que su aplicación vulnera** los principios fundamentales de legalidad y, por tanto, el de seguridad jurídica (ex Artículo 9 CE) lo que finalmente genera indefensión (ex Artículo 24.1 CE).

SÉPTIMO.- En conclusión:

1º entiendo que nuestra Inicial Ponencia, en cuya Propuesta de Resolución establecíamos (Parte Dispositiva) que procedía *“Declarar la no procedencia de incoación de procedimiento sancionador y el archivo de las actuaciones seguidas contra TELEFÓNICA MÓVILES DE ESPAÑA S.A.U., por inexistencia de conductas prohibidas por el Artículo 1 de la Ley 15/2007 de 3 de Julio, de Defensa de la Competencia, descritas e instruidas en el marco del Expediente Sancionador S/0422/12 Contratos de Permanencia”.*

Y ello en base y con amparo en la argumentación que la desarrollaba y damos por enteramente reproducida, a los efectos de evitar innecesarias repeticiones.

2º entiendo que la Resolución aprobada es contraria a derecho y nunca debió aprobarse, por las consideraciones y argumentos, previamente concretados: por vulneración de derechos fundamentales.

3º ADENDA.- En todo caso, hago mías la totalidad de argumentos (antecedentes y consiguientes) que conforman el Voto Particular Discrepante del Consejero de esta Sala de Competencia, de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, Don Benigno Valdés Díaz.

Así, por éste **MI VOTO PARTICULAR DISCREPANTE** lo pronuncio, mando y firmo en Madrid, a las diez horas de la mañana del Viernes 31 de Octubre del 2014.

**PONENCIA NO APROBADA
ANEXO I**

“

RESOLUCIÓN

(Expediente Sancionador S/0422/12 CONTRATOS DE PERMANENCIA)

Presidente

D. José María Marín Quemada

Consejeros

D^a. María Ortiz Aguilar

D. Fernando Torremocha y García-Sáenz

D. Benigno Valdés Díaz

D^a. Idoia Zenarrutzabeitia Beldarrain

Secretario

D. Tomás Suárez-Inclán González

En Madrid, a 16 de Octubre del 2014

LA SALA DE COMPETENCIA de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, con la composición *ut supra*, ha dictado **RESOLUCIÓN** en el Expediente Sancionador S/0422/Contratos de Permanencia instruido por la Dirección de Investigación, de la Comisión Nacional de la Competencia (hoy ambas extintas) contra TELEFÓNICA MÓVILES DE ESPAÑA SAU, “por prácticas restrictivas de la competencia prohibidas en el Artículo 1 de la Ley 15/2007 de 3 de Julio, de Defensa de la Competencia”.

Ha sido Ponente el Consejero, Don Fernando Torremocha y García-Sáenz.

ANTECEDENTES

PRIMERO.- El día **12 de Marzo del 2012** dos pequeños clientes empresariales de TELEFÓNICA MÓVILES DE ESPAÑA SAU y VODAFONE ESPAÑA SAU, presentaron **escritos**, a través de los cuales la Dirección de Investigación, de la Comisión Nacional de la Competencia (hoy ambas extintas) tuvo conocimiento de “la existencia de condiciones de permanencia en determinados contratos de

*prestación de servicios de telefonía móvil en el ámbito minorista que podrían ser contrarias a la LDC (**debe entenderse Ley 15/2007**), en la medida en que tales condiciones podrían dificultar, sin justificación objetiva, el cambio de operador de servicios de telefonía móvil”.*

*En consecuencia, la Dirección de Investigación (hoy extinta) abrió **diligencias previas DP 2012/009** requiriendo información a los operadores con mayor cuota de mercado en el sector de la telefonía móvil (TELEFÓNICA, VODAFONE y ORANGE) “sobre las condiciones de permanencia aplicadas en los contratos de servicios móviles de la modalidad de postpago, tanto en el segmento residencial como en el empresarial”.*

- *el día 12 de Abril del 2012 a VODAFONE (folios 2 a 8), TELEFÓNICA (folios 9 a 14) y ORANGE (folios 15 a 20) en relación “con las condiciones de los contratos, tanto para particulares como para empresas, de servicios de telefonía móvil de postpago, que incluyen un **compromiso de permanencia**”. Las contestaciones obran a los folios 82 al 306).*
- *el día 4 de Julio del 2012 requirió información adicional (folios 352 a 373). Las contestaciones obran a los folios 395 a 459; 727 a 732; 460 a 511 y 512 a 726.*
- *el día 8 de Noviembre del 2012 solicitó, nuevamente, a TELEFÓNICA “información complementaria y datos adicionales en relación con los contratos con compromiso de permanencia en el segmento empresarial” (folios 822 a 827), que fue reiterada (folios 870 a 873) por cuanto había aportado sólo una parte de la información requerida (folios 830 a 856 y 861 a 869).*
- *el día 7 de Diciembre del 2012 TELEFÓNICA aportó el resto de los datos solicitados, completando su respuesta (folios 876 a 923).*

SEGUNDO.- *La Dirección de Investigación (hoy extinta), el día 1 de Junio del 2012, tras un análisis de la información recabada, abrió una **información reservada S/0422/12** incorporando las diligencias previas y nuevos requerimientos de información a los principales operadores de telefonía móvil.*

TERCERO.- *La Dirección de Investigación (hoy extinta) dedujo la existencia de indicios racionales de la comisión por parte de Telefónica Móviles de España SAU, de “una infracción del Artículo 1 de la LDC (**debe entenderse de la Ley 15/2007 de 3 de Julio, de Defensa de la Competencia**) consistente en la aplicación de condiciones de permanencia restrictivas de la competencia en determinados contratos de prestación de servicios móviles postpago con clientes empresariales, especialmente PyME y autónomos, en la medida en que estas condiciones reúnen una serie de elementos que dificultan el cambio de operador*

de servicios de telefonía móvil por parte de cliente empresarial y no tendrían una justificación objetiva”.

*De acuerdo con ello y de conformidad con lo prevenido en el Artículo 49.1 de la LDC (debe entenderse de la Ley 15/2007 de 3 de Julio) la Dirección de Investigación (hoy extinta) el día 18 de Diciembre del 2012 procedió a **incoar Expediente Sancionador S/0422/12 CONTRATOS DE PERMANENCIA** contra Telefónica Móviles de España SAU (folios 938 y 939) incorporándose al mismo las actuaciones realizadas en el ámbito de la información reservada.*

CUARTO.- *La Dirección de Investigación (hoy extinta) el día 29 de Enero del 2013 acordó la admisión de personación, como partes interesadas, de VODAFONE y ORANGE (folio 1106) a virtud de su solicitud de los días 15 de Enero (folios 1032 a 1035) y 28 de Enero del 2013 (folios 1055 y 1057).*

QUINTO.- *La Dirección de Investigación (hoy extinta) el día 25 de Febrero del 2013 realizó un nuevo requerimiento de información a Telefónica Móviles de España SAU (folios 1176 a 1180) solicitando la actualización a 31 de Diciembre de 2012 de los datos aportados hasta el momento, así como determinada información complementaria. Requerimiento que fue contestado el día 14 de Marzo del 2013 (folios 1256 a 1295).*

SEXTO.- *El día 22 de Febrero del 2013 tuvo entrada en la hoy extinta Comisión Nacional de la Competencia el recurso interpuesto por Telefónica Móviles de España SAU contra el Acuerdo de 8 de Febrero de 2013 por el que se hacía efectivo el levantamiento de la confidencialidad de una parte de la documentación aportada en el marco del expediente de referencia.*

Dicho recurso dio lugar al Expediente R/0134/13.

El día 10 de Mayo del 2013 el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia (hoy extinto) resolvió acordando la inadmisión del recurso, en lo referente al levantamiento parcial de la confidencialidad de la documentación aportada por Telefónica Móviles de España SAU el día 21 de Junio y el 22 de Noviembre del 2012, así como desestimarlos en lo referente a la documentación aportada en escrito de 25 de Abril del 2012.

SÉPTIMO.- *La Dirección de Investigación (hoy extinta) el día 18 de Octubre del 2013 de conformidad con lo prevenido en el Artículo 33.1 del Reglamento de Defensa de la Competencia aprobado por Real Decreto 261/2008 de 22 de Febrero, redacta un **Pliego de Concreción de Hechos** en el que concluye:*

“CONCLUSION

A la vista de todo lo actuado y de conformidad con el 33.1 del RDC se considera que:

Constituye una infracción tipificada en el artículo 1 de la LDC la conducta de TME consistente en el establecimiento de una red de acuerdos paralelos con sus clientes empresariales, a través del diseño y adopción de contratos de servicios minoristas de comunicaciones móviles basados en los “Contratos de Permanencia Premium especial PYME”, orientados al segmento PYME, en los que se incluyen compromisos de permanencia con penalizaciones crecientes por descuentos sobre precios, renovaciones automáticas y plazos de preaviso.

*Este conjunto de acuerdos paralelos son restrictivos de la competencia por su objeto y efecto, y han estado en vigor desde el 19 de septiembre de 2006 hasta, **al menos**, el 31 de diciembre de 2012.*

Es responsable de dicha infracción Telefónica Móviles de España SAU. Conforme al art. 50.3 de la LDC, notifíquese este Pliego de Concreción de Hechos a los interesados para que en el plazo de quince días puedan contestarlo y, en su caso, proponer las pruebas que consideren pertinentes”.

OCTAVO.- *El día 18 de Octubre del 2012 el Pliego de Concreción de Hechos fue notificado a Telefónica Móviles de España SAU (folios 1409 a 1460), a Vodafone (folios 1358 a 1408) y a Orange (1461 a 1511).*

NOVENO.- *El día 29 de octubre de 2013 tuvo entrada en esta Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia un escrito de Telefónica Móviles de España SAU en el que solicitaba una ampliación del plazo para realizar alegaciones al Pliego de Concreción de Hechos (folios 1516-1517) **que le fue denegada** en comunicación notificada del día 31 de Octubre del 2013 (folios 1529 a 1531) del siguiente tenor literal:*

“En relación con el expediente de referencia cúpleme notificarle el acuerdo del instructor de fecha 31 de octubre de 2013 que, literalmente a continuación se transcribe:

El 28 de octubre de 2013 ha tenido entrada en la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) un escrito de Telefónica Móviles de España SAU (TME) en el que, de conformidad con lo previsto en el artículo 49 de la Ley 30/1992 de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, se solicita una prórroga del plazo señalado para

presentar las alegaciones al Pliego de Concreción de Hechos emitido en el marco del expediente de referencia, por considerar que el plazo establecido legalmente es insuficiente para responder de manera completa a las cuestiones planteadas en dicho Pliego, aunque sin justificar esta insuficiencia.

En relación con esta solicitud, se acuerda denegar la ampliación de plazo solicitada, puesto que en el Pliego de Concreción de Hechos se han puesto de manifiesto casi en exclusiva documentos e información aportada por la propia TME.

Adicionalmente, el Pliego de Concreción de Hechos no es especialmente complejo para TME, en la medida que se centra en el análisis de conductas realizadas por la propia TME.

Asimismo, dadas las circunstancias actuales de tramitación del expediente de referencia, debe prevalecer el interés público de investigación sobre los intereses particulares de TME, por lo que no procede la concesión de la ampliación de plazo solicitada.

Contra este acuerdo no cabe recurso alguno por ser un acto de trámite que no cumple los requisitos previstos en el artículo 47 de la Ley 1/2007 de 3 de Julio, de Defensa de la Competencia y por ser de aplicación lo previsto en el artículo 49.3 de la Ley 30/1992 de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, sin perjuicio de que su eventual oposición pueda alegarse para su consideración en la resolución que ponga fin al procedimiento y para la impugnación en el recurso que, en su caso, se interponga contra la misma (artículo 107.1 de la Ley 30/1992).”

DÉCIMO.- El día 6 de noviembre de 2013 tuvo entrada en esta Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia un escrito de alegaciones de Telefónica Móviles de España SAU (folios 1537 a 1588), que posteriormente fuera complementado con otro de 20 de Noviembre, con la presentación de su versión no confidencial (folios 1663 a 1726).

En dicho escrito se hacen las siguientes alegaciones:

- *alegación previa: vulneración de los derechos de defensa de TME.*
- *Sobre el funcionamiento de la cláusula de permanencia incluida en los contratos de permanencia Premium especial PYME.*
- *Error en la definición del mercado relevante.*
- *Sobre el nivel de competencia en el mercado.*
- *Sobre los supuestos efectos anticompetitivos de las cláusulas de permanencia.*
- *Sobre los efectos que tendría la eliminación de las cláusulas de permanencia.*

- *Acerca de la intención u objeto anticompetitivo de la conducta de TME.*
- *Sobre las discrepancias en los datos aportados por TME.*
- *Sobre la aplicación del artículo 101 del TFUE.*
- *Sobre la necesidad de tener en cuenta a VODAFONE y ORANGE.*
- *Las cláusulas de permanencia no son un acuerdo vertical en el sentido de los artículos 1 LDC y 101 TFUE.*
- *Sobre la aplicación de los artículos 1.3 LDC y 101.3 TFUE.*
- *Vulneración del principio de legalidad sancionadora o de tipicidad.*

UNDÉCIMO.- El día 8 de Noviembre de 2013 tuvo entrada en esta Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia un escrito de alegaciones de Orange (folios 1601 a 1610), que posteriormente fuera complementado con otro de 15 de Noviembre, con la presentación de su versión no confidencial (folios 1623 a 1631).

En dicho escrito se hacen las siguientes alegaciones:

- *Sobre la naturaleza de los compromisos de permanencia.*
- *Sobre la calificación jurídica de las cláusulas investigadas.*
- *Sobre la definición de los mercados relevantes.*
- *Sobre la posición de TME en los mercados afectados.*
- *Sobre los efectos sobre la competencia de las cláusulas investigadas.*

DUODÉCIMO.- Con posterioridad a la notificación del Pliego de Concreción de Hechos se han producido las siguientes actuaciones:

1º El día 6 de noviembre del 2013 (folio 1589) tuvo entrada en esta Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia un escrito de Telefónica Móviles de España SAU en respuesta a la solicitud que le hiciera la Dirección de Competencia el día 18 de Octubre del 2013 **en orden al volumen de negocios TOTAL CONSOLIDADO en el año 2012.**

2º El día 30 de octubre de 2013 el Director de Competencia acordó, motivado por necesidades de servicio, nombrar nuevo instructor y secretario (folio 1518). Acuerdo que fue notificado a las partes interesadas el siguiente día 31 de octubre.

3º El día 6 de Noviembre del 2013 tuvo entrada en esta Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, junto con las alegaciones al Pliego de Concreción de Hechos, un escrito de Telefónica Móviles en el que solicita **el inicio de actuaciones tendentes a la terminación convencional del expediente,** planteando una serie de cuestiones que “estaría dispuesta a revisar en relación con sus contratos con sus clientes empresariales PYME”.

Inicial escrito que posteriormente el día 19 de Noviembre fuera complementado, en el que plantea “posibles compromisos adicionales en el marco de una hipotética terminación convencional”.

*4º A fin de que las actuaciones tendentes a la terminación convencional no pusieran en riesgo la tramitación del mismo, en este Acuerdo de 19 de Noviembre de 2013 **se acordó la suspensión** del cómputo del plazo máximo de resolución del expediente, al amparo de lo establecido en el Artículo 37.1.g) de la Ley 15/2007.*

*La desestimación por la Dirección de Competencia de la segunda propuesta de compromisos presentada por Telefónica Móviles de España SAU supuso el cierre del procedimiento de terminación convencional, lo que implicó la reanudación del cómputo del plazo máximo para resolver, en aplicación de lo prevenido en el artículo 12 del Reglamento de Defensa de la Competencia, que se fija en el día **13 de Septiembre del 2014**.*

DECIMOTERCERO.- *Telefónica Móviles de España SAU, el día 10 de Diciembre del 2013 presentó una **propuesta de compromisos**, que fuera comunicada a esta Sala de Competencia y a los dos interesados, Vodafone y Orange, el siguiente día 12 de Diciembre.*

Ni VODAFONE, ni ORANGE presentaron alegaciones a los mismos.

El escrito de Telefónica Móviles de España SAU es el siguiente:

“JUAN ONTERO RODIL, con DNI 5.401.523 L, actuando en nombre y representación de Telefónica Móviles de España SAU (TME de aquí en adelante), facultado para este acto según Escritura de Apoderamiento otorgada ante el Notario de Madrid D. Antonio Crespo Monerri, el día 29 de junio de 2008, con el número 2.375 de su protocolo, ante la Dirección de Competencia (en adelante DC) de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (en adelante CNMC), por medio del presente escrito comparece y, como mejor proceda en Derecho

DICE

Primero.- Que el día 18 de diciembre de 2012 la Dirección de Investigación (hoy DC) de la Comisión Nacional de la Competencia (hoy CNMC) incoó el expediente sancionador S/0422/12 (en adelante el Expediente) contra TME por una presunta infracción del artículo 1 de la Ley 15/2007 de 3 de Julio, de Defensa de la Competencia (en adelante LDC) consistente en la aplicación de condiciones de permanencia restrictivas de la competencia en determinados contratos de prestación de servicios móviles postpago con clientes empresariales, especialmente PYME y autónomos, en la medida en que estas condiciones reúnen una serie de elementos que dificultan el cambio de

operador de telefonía móvil por parte de cliente empresarial y no tendrían una justificación objetiva.

Segundo.- Que el día 20 de noviembre de 2013 le fue notificada a TME por DC el Acuerdo del Director de Competencia del día anterior por el que se acordaba el inicio de las actuaciones tendentes a la terminación convencional del Expediente, fijando para la presentación de una propuesta de compromisos por parte de TME un plazo que concluye el día 10 de diciembre de 2013, de conformidad con lo establecido en el artículo 39 del Reglamento de Defensa de la Competencia aprobado por Real Decreto 261/2008 de 22 de febrero.

*Tercero.- Que por medio del presente escrito y en los términos previstos en el artículo 52 de LDC y en el citado artículo 39 del Reglamento, vengo a formular, en nombre de TME una **Propuesta de Compromisos** que, a juicio de mi representada, pueden resolver los efectos sobre la competencia de los acuerdos objeto del Expediente, garantizando suficientemente el interés público.*

En virtud de lo anterior y dentro del plazo señalado TME procede a realizar las siguientes

ALEGACIONES

Previa.- Antecedentes

*El 18 de Octubre, la DC notificó a TME el Pliego de Concreción de Hechos del Expediente (en adelante PCH). En él, tras un análisis de las dinámicas recientes en el mercado de servicios minoristas de comunicaciones móviles prestados en España, dedicando una especial atención al que denomina “segmento empresarial” o “de negocios” y muy particularmente dentro de éste al “subsegmento” de autónomos y PYMEs, la DC concluye las obligaciones de permanencia pactadas por TME con sus clientes en el subsegmento PYME del mercado y vinculadas a una reducción de los precios o tarifas aplicables a los clientes suponen una restricción de la competencia por su objeto y por sus efectos. En concreto, la DC señala en el PCH que las cláusulas de permanencia que negocia TME con sus clientes en los Contratos de Permanencia Premium especial PYME en los que se incluyen compromisos de permanencia con penalizaciones crecientes por descuentos sobre precios, renovaciones automáticas y plazos de preaviso (en adelante, **las Cláusulas Investigadas**):*

- (a) Son acuerdos verticales a los que resultaría de aplicación el artículo 1 LDC*
- (b) Serían una restricción de la competencia por “objeto”.*
- (c) Serían una restricción de la competencia por sus efectos; y*
- (d) No cumplirían las condiciones establecidas por el artículo 1.3 LDC.*

Muy en concreto, lo que preocupa especialmente a la DC son cuatro aspectos prácticos muy concretos de las Cláusulas Investigadas que podrían estar contribuyendo a generar, en su opinión, un potencial efecto de cierre de mercado y no su existencia como tal. A la DC le preocupa lo siguiente:

- (a) Que la indemnización que debe abonar un cliente que asume un compromiso de permanencia con TME es creciente*
- (b) Que el cálculo de la indemnización es poco transparente*
- (c) Que los contratos que incluyen las Cláusulas Investigadas se renuevan automáticamente; y*

(d) *La existencia de un plazo de preaviso mínimo que deben respetar los clientes si desean dejar de contar con los servicios de TME.*

En consecuencia, la DC concluye y así lo expresa en el PCH señalando que:

“Constituye una infracción tipificada en el artículo 1 de la LDC la conducta de TME consistente en el establecimiento de una red de acuerdos paralelos con sus clientes empresariales, a través del diseño y adopción de contratos de servicios minoristas de comunicaciones móviles basados en los “Contratos de Permanencia Premium especial PYME” orientados al segmento PYME, en los que se incluye compromisos de permanencia con penalizaciones crecientes por descuentos sobre precios, renovaciones automáticas y plazos de preaviso.

Este conjunto de acuerdos paralelos son restrictivos de la competencia por su objeto y efecto, y han estado en vigor desde el 19 de Septiembre de 2006 hasta, al menos, el 31 de diciembre de 2012.

Es responsable de dicha infracción Telefónica Móviles de España SAU.”

De este modo, en opinión de TME, la DC se distancia de la posición que hasta la fecha defendía la hoy extinta Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones (hoy la CNMC) que en ocasiones anteriores afirmó que la suscripción de compromisos de permanencia es una práctica general en el mercado minorista de telefonía móvil que “puede tener efectos neutros o incluso favorables para el consumidor, en particular si la oferta supone una mejora respecto de otras promociones (como puede ser el caso con la política de subvención de terminales) y prevé indemnizaciones proporcionadas con el descuento percibido por el usuario a la hora de suscribir la promoción” (párrafo 51 del PCH).

No obstante lo anterior, dicho sea con los todos los respetos y en estrictos términos de defensa, TME está en un radical desacuerdo con las conclusiones de la DC, pues cree firmemente que no ha incumplido ni el artículo 1 de la LDC, ni el artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la UE (en adelante TFUE).

En particular, las cuestiones por las que TME considera que el PCH alcanza conclusiones equivocadas son, entre otras, las siguientes: (i) la conducta de TME investigada no es un acuerdo vertical en el sentido del Derecho de la Competencia (algo en lo que está de acuerdo la propia Orange, según su escrito de alegaciones al PCH) y debe ser valorada no sólo desde la perspectiva del Derecho nacional de la competencia, sino también desde la perspectiva del Derecho de UE; (ii) las cláusulas de los acuerdos de permanencia investigados por la DC están fuera del ámbito de aplicación de los artículos 1 LDC y 101 del TFUE; (iii) aunque estuvieran dentro del ámbito de aplicación de estas normas, estarían exentos de manera evidente y directa en virtud de los artículos 1.3 LDC y 101.3 TFUE; (iv) una Resolución del Consejo de la CNMC en el sentido que anticipa el PCH ocasionaría perjuicios irreparables para el proceso competitivo en el mercado de servicios minoristas de telecomunicaciones móviles en España (el mercado de referencia) y a los clientes de TME.

De hecho, desde la perspectiva del análisis económico, se ha demostrado en el Expediente de manera contundente que las Cláusulas Investigadas no suponen una infracción del Derecho de la Competencia (Vid. El informe de perito externo aportado por TME al Expediente mediante escrito de 26 de Noviembre de 2013, tras la autorización para ello) y es evidente que mediante la indemnización creciente por incumplimiento de la obligación de permanencia TME cumple estrictamente con lo señalado al respecto por la única autoridad de competencia de la ECN (European Competition Network) que ha analizado las penalizaciones por incumplimiento de las obligaciones de permanencia: la Office of Fair Trading británica). Esta autoridad publicó en 2008 un informe en el que describe en su página 8 lo que considera una penalización justa (<http://stakeholders.ofcom.org.uk/binaries/consultations/addcharges/statement/addchargesatement.pdf>)

(a) El valor razonable que sería recuperable – es decir, los ingresos que de lo contrario habrían sido recuperables bajo el contrato resuelto anticipadamente, menos cualquier gasto, menos el valor que se obtenga de revender el servicio y menos el beneficio o la ventaja obtenida por “pronto pago”; o

(b) Los costes razonables que serían recuperables – es decir, la recuperación por parte de un operador de los gastos no recuperados en el contrato resuelto anticipadamente.

TME respeta y valora las inquietudes de la DC y aunque entiende que las Cláusulas Investigadas plantean alguna duda desde la perspectiva de los Artículos 1 LDC y 101 TFUE, los motivos por los que se podrían generar tales dudas son distintos a los que recoge la DC en el PCH, en concreto, en el Reglamento (UE) nº 330/2010 de la Comisión de 20 de Abril de 2010, relativo a la aplicación del Artículo 101, apartado 3, del TFUE a determinadas categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas (en adelante REAV) no resulta de aplicación a los acuerdos entre proveedores de bienes o servicios y sus clientes finales, lo que no impediría que pudieran producir efectos restrictivos de la competencia (al menos de manera teórica); la existencia de redes paralelas de contratos de este tipo (de TME, Vodafone y Orange) que afectan a una parte muy relevante del segmento PYME del mercado; y la ausencia de precedentes a nivel nacional en los que se hayan analizado cláusulas como las que son objeto del Expediente.

En consecuencia, a pesar de no compartir la valoración que realiza de las Cláusulas Investigadas, ni las conclusiones del PCH y con el fin de evitar cualquier duda y de colaborar de manera constructiva con la CNMC, esta empresa ha decidido atender las inquietudes de la DC mediante la presente propuesta de compromisos.

PRIMERA.- CONDICIONES DE APLICACIÓN DE LA PROPUESTA.

En línea con las reglas de “minimis” tanto nacional como comunitaria, los compromisos se aplicarán si más de un 15% del segmento PYME del mercado de servicios minoristas de comunicaciones móviles en España tiene suscritos compromisos de permanencia con TME.

Para asegurar que la limitación del comportamiento de TME no le perjudica de manera desproporcionada frente a sus competidores, que puede seguir compitiendo con éstos en igualdad de condiciones y que la Resolución del Consejo que ponga fin al Expediente no termina ocasionando una arbitraria

transferencia de rentas hacia estos últimos, los presentes compromisos están condicionados a que la Resolución del Consejo que ponga fin al Expediente declare que los acuerdos entre un operador de telecomunicaciones y sus clientes finales no son acuerdos verticales en el sentido del REAV cuando el insuno no es relevante en la configuración del producto final (párrafos 25 y 98 de la Comunicación de la CE por la que se aprueban las Directrices relativas a las restricciones verticales, DOUCE 2010/C/130/01) y que, en consecuencia, esta norma no sirve para exceptuar este tipo de acuerdos de la prohibición que establecen los artículos 1.1 LDC y 101.1 TFUE.

Finalmente, con el fin de no perder competitividad frente a sus competidores, empresas con importantes cuotas de mercado y recursos, en particular Vodafone y Orange, TME siempre tendrá el derecho de responder a propuestas comerciales de sus competidores en el segmento PYME del mercado de servicios minoristas de comunicaciones móviles en España, igualando las condiciones de las cláusulas de permanencia ofrecidas por aquéllos.

SEGUNDA.- COMPROMISOS PROPUESTOS.

Primero.- TME se compromete a no incluir en sus nuevos contratos con clientes PYME penalizaciones crecientes por incumplimiento de la obligación de permanencia que éstos pudieran haber aceptado de manera voluntaria y libre.

Segundo.- TME se compromete a dar a elegir a los clientes PYME, en el momento de firmar un contrato que incluya una obligación de permanencia vinculada a un descuento sobre las tarifas aplicables, si desean que la renovación de la misma sea automática o no.

Tercero.- Por lo que se refiere a los clientes PYME actuales con cláusula de permanencia y renovación automática, TME se compromete a informarles por escrito y con antelación suficiente (no menos de un mes) acerca de la fecha límite de que disponen para poner fin a la obligación de permanencia (un mes antes de la finalización del periodo de permanencia pactado).

Cuarto.- TME se compromete a informar por escrito a sus clientes PYME, en los correspondientes contratos, acerca del importe de la penalización que deberán abonar por un eventual incumplimiento de la obligación de permanencia, mejorando así la transparencia al respeto.

Quinto.- TME se compromete a informar a la DC del cumplimiento de los presentes compromisos dentro de los dos meses siguientes a la terminación de cada año natural, a partir del final de 2014 y por referencia al año vencido del número de contratos de servicios de comunicaciones móviles con clientes PYME con obligaciones de permanencia respecto del total de contratos con clientes del segmento PYME del mercado minorista de servicios de comunicaciones móviles.

En opinión de TME estos compromisos son adecuados y más que suficientes para resolver las inquietudes de la DC, manifestadas en el PCH, puesto que:

(a) Evitarán que TME suscriba acuerdos de permanencia con indemnizaciones crecientes, en caso de incumplimiento por parte de los clientes.

(b) *Aumentarían de manera muy significativa la transparencia de las condiciones comerciales y de las penalizaciones para los clientes que suscriban cláusulas de permanencia.*

(c) *Fruto de la mayor transparencia y de las obligaciones que asume TME mediante los compromisos, serán los clientes los que decidan, individualmente, si prefieren una renovación automática o no y, en cualquier caso, antes de que venza el plazo para poner fin a la obligación de permanencia los clientes tendrán la oportunidad de decidir por sí mismos si les interesa o no.*

(d) *Se limitarán los efectos negativos de redes paralelas de contratos con obligaciones de permanencia en el segmento PYME del mercado minorista de servicios de comunicaciones móviles en España, pues el resto de operadores dispondrán de un precedente claro en el que se establezcan los límites a ese tipo de acuerdos para no ser incompatibles con los artículos 1 LDC y 101 TFUE.*

(e) *Se pueden aplicar de manera rápida y efectiva y su vigilancia sería viable, posible y eficaz.*

TERCERA.- EFICACIA DE LOS COMPROMISOS PROPUESTOS.-

Los compromisos propuestos en la Alegación Segunda del presente escrito serán efectivos y vinculantes desde que se notifique a TME la Resolución del Consejo de la CNMC por la que se ponga fin al procedimiento de terminación convencional con base en ellos, por considerarlos adecuados, de conformidad con lo establecido en el artículo 52 de la LDC y 39 del Reglamento de Defensa de la Competencia.

La adaptación de los contratos actualmente vigentes se irá realizando en los próximos meses y de manera paulatina, según llegue el momento de la próxima renovación de cada uno de ellos. Llegado ese momento, TME tratará a los clientes existentes como nuevos clientes a los efectos de los presentes compromisos.

La vigencia de los compromisos propuestos será de tres años naturales a contar desde la fecha de notificación de la Resolución del Consejo de la CNMC por la que se ponga fin al procedimiento por terminación convencional.

En virtud de lo anterior,

TME SOLICITA A LA DIRECCION DE COMPETENCIA DE LA COMISION NACIONAL DE LOS MERCADOS Y LA COMPETENCIA que tenga por presentado en tiempo y forma el presente escrito y por formulada adecuadamente, en nombre de TME, Propuesta de Compromisos en el presente procedimiento de terminación convencional del Expediente S/0422/12 y que, previos los trámites oportunos, la eleve al Consejo de la CNMC como propuesta de terminación convencional para su adopción e incorporación a la Resolución que ponga fin al procedimiento.

Madrid, a 10 de diciembre de 2013.

DECIMOCUARTO.- *La Dirección de Competencia el día 8 de Enero del 2014 acordó en virtud de lo dispuesto en el Artículo 39.3 del Reglamento de Defensa de la Competencia que “los compromisos presentados por TME con fecha 10 de*

Diciembre de 2013 no resuelven adecuadamente los efectos sobre la competencia derivados de las conductas objeto del expediente de referencia y que fueron puestos de manifiesto en el PCH elaborado por esta Dirección de Competencia con fecha 18 de Octubre del 2013, ni garantizan suficientemente el interés público”.

En consecuencia, acuerda conceder a Telefónica Móviles de España SAU un plazo de diez días hábiles para presentar nuevos compromisos que, a juicio de esta Dirección de Competencia resuelvan los problemas de competencia detectados en el expediente de referencia y que garanticen suficientemente el interés público.

La Dirección de Competencia, a propuesta de Telefónica Móviles de España SAU, el día 20 de Enero del 2014 acordó una ampliación a cinco días del plazo para presentar una nueva propuesta de compromisos. Propuesta que tuvo entrada en esta Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia el día 27 de Enero del 2014.

DECIMOQUINTO.- *Telefónica Móviles de España SAU, el día 27 de Enero del 2014 presentó un escrito (en su doble versión, confidencial y no confidencial) proponiendo una serie de compromisos siguientes:*

“En virtud de lo anterior y dentro del plazo señalado, TME procede a presentar la siguiente

I.- PROPUESTA DE COMPROMISOS

Primero.- TME no suscribirá con sus actuales clientes del contrato Premium Especial PYME (sean PYMES o AUTÓNOMOS), a partir de la fecha de la Resolución de Terminación Convencional, ningún contrato nuevo de prestación de servicios móviles que incluya las condiciones de permanencia contempladas en el actual Contrato Premium Especial PYME, objeto del presente escrito relativas a:

- La Renovación automática del compromiso de permanencia.*
- La aplicación de una penalización creciente en caso de incumplimiento del compromiso de permanencia.*
- La existencia de un plazo de preaviso mínimo de un mes anterior a la finalización del compromiso de permanencia del cliente para manifestar que no desea la renovación automática del compromiso de permanencia.*

Como resultado de lo anterior, a partir de la fecha de la Resolución de Terminación Convencional TME no suscribirá con sus clientes del Contrato Premium Especial PYME un contrato nuevo Premium Especial PYME, ni cualquiera equivalente bajo otra denominación, que incluya la renovación automática del compromiso de permanencia.

Segundo.- TME aplicará en su nuevo Contrato Premium Especial PYME una penalización única por línea para los supuestos de incumplimiento del

compromiso de permanencia y con independencia del momento de tal incumplimiento.

La redacción de la cláusula para el caso de incumplimiento del compromiso de permanencia se plasmará en el contrato de la siguiente manera:

“En caso de incumplimiento de la obligación de permanencia del presente contrato el cliente deberá restituir a Movistar, para cada línea en la que se produzca este incumplimiento, una contraprestación única por importe de (X euros).

Tercero.- TME aplicará en su nuevo Contrato Premium Especial PYME una penalización singularizada en función de las características del cliente, de la duración del compromiso de permanencia y del importe de los descuentos aplicados. En todo caso, el importe de la penalización no será superior a la mitad de la suma de los descuentos previstos para la duración total del periodo de permanencia acordado.

Cuarto.- Una vez adaptado el nuevo Contrato Premium Especial PYME a los compromisos acordados en la Resolución de Terminación Convencional, TME se compromete a publicar en su página web sus nuevas condiciones.

Quinto.- Antes del 1 de febrero de 2015, TME se compromete a tener suscrito un nuevo contrato, que incluya los presentes compromisos asumidos por TME, con el parque de clientes que tengan firmado el Contrato Premium Especial PYME en la fecha de la Resolución de Terminación Convencional.

En el supuesto de que después del 1 de febrero de 2015 restase algún cliente todavía sujeto por el actual Contrato Premium Especial PYME, TME renunciará a la aplicación de la penalización pactada en el contrato en el supuesto de resolución anticipada del contrato por ese cliente.

Sexto.- Con el objetivo de facilitar a la Dirección de Competencia la vigilancia de los compromisos, desde la fecha de la Resolución que aprueba la Terminación Convencional y con carácter bimensual hasta el 1 de febrero de 2015, TME se compromete a remitir a la Dirección de Competencia la siguiente documentación:

- Modelos de los nuevos tipos de contratos Permanencia Premium Especial PYME.*
- El número de líneas que tienen vigentes el actual Contrato Premium Especial PYME.*

Séptimo.- Los contratos actualmente vigentes que se verán afectados por los compromisos propuestos serán los Contratos Premium Especial PYME de duración 12, 18 y 24 meses, que disfruten de descuentos relativos a la prestación de servicios de voz, banda ancha móvil y, en su caso, M2M.

Octavo.- La vigencia de los compromisos propuestos será de tres años naturales a contar desde la fecha de notificación de la Resolución que aprueba la Terminación Convencional.

II.- SUFICIENCIA DE LOS COMPROMISOS PROPUESTOS

En opinión del TME esos compromisos son adecuados y más que suficientes para resolver las inquietudes de la DC, manifestadas en el PCH y en el Acuerdo de desestimación de los primeros compromisos propuestos por TME, puesto que:

(a) *Evitarán que TME suscriba acuerdos de permanencia con indemnizaciones crecientes en caso de incumplimiento por parte de los clientes.*

(b) *Aumentarán de manera muy significativa la transparencia de las condiciones comerciales y de las penalizaciones para los clientes que suscriban cláusulas de permanencia.*

(c) *Se limitarán los efectos negativos de redes paralelas de contratos con obligaciones de permanencia en el segmento PYME del mercado minorista de servicios de comunicaciones móviles en España, pues el resto de operadores dispondrán de un precedente claro en el que se establezcan los límites a ese tipo de acuerdos para no ser incompatibles con los artículos 1 LDC y 101 TFUE; y*

(d) *Se pueden aplicar de manera rápida y efectiva y su vigilancia sería viable, posible y eficaz.*

DECIMOSEXTO.- *La Dirección de Competencia en su Acuerdo de 14 de Febrero del 2014 entendió que la segunda Propuesta de Compromisos presentada por Telefónica Móviles de España SAU no resuelve adecuadamente los problemas de competencia derivados de las conductas objeto del expediente de referencia por cuanto*

“1º no garantizan suficientemente el interés público (93).

2º mantienen expresamente una de las previsiones de los Contratos Premium Especial PYME: el establecimiento de obligaciones de permanencia asociadas a descuentos sobre precios, que conllevan la aplicación de penalizaciones en caso de incumplimiento (94).

3º no concretan suficientemente ni la cuantía, ni los criterios que se van a utilizar para la fijación de penalizaciones, si bien se elimina el carácter creciente de las mismas, sustituyéndolas por penalizaciones fijas (95).

4º que si bien se elimina nominalmente la prórroga automática de las obligaciones de permanencia, no se establecen los mecanismos que impidan establecer medidas de efecto equivalente, que den lugar al encadenamiento tácito de los contratos con los clientes empresariales (96).

5º que el ámbito de aplicación de los compromisos ha sido artificialmente limitado a sus actuales clientes que hayan firmado Contratos Premium Especial PYME, lo que implica que se deja abierta la puerta a que para futuros clientes, pueda mantener un sistema contractual equivalente (97)

6º no se introducen suficientes mecanismos que aseguren compensar de forma rápida y efectiva los perjuicios a la competencia (98) ni se produciría la salida inmediata al mercado de todos los clientes que están ligados con obligaciones de competencia por descuentos sobre

*precios, para que puedan elegir de forma consciente y efectiva si desean la permanencia o contratar con otro operador (99 y 100).
7º por último, la vigencia de los compromisos propuestos, tres años naturales, es muy limitada si se compara con el periodo en el que han estado vigentes los Contratos Premium Especial PYME, lo que limita la eficacia y efectividad de los compromisos (101).”*

DECIMOSÉPTIMO.- *La desestimación de la Segunda Propuesta de Compromisos presentada por Telefónica Móviles de España SAU dio lugar a dos actuaciones administrativas: la primera, el cierre del procedimiento de terminación convencional; y la segunda, la reanudación del cómputo máximo para resolver el expediente.*

En consecuencia, la Dirección de Competencia el día 1 de Abril del 2014 con amparo en lo prevenido en el Artículo 50.4 de la Ley 15/2007 de 3 de Julio, de Defensa de la Competencia elevó a esta Sala de Competencia la siguiente
Propuesta de Resolución

“PROPUESTA

Primero.- Que se declare la existencia de conductas prohibidas por el artículo 1 de la LDC, que dan lugar a una conducta única y continuada de este artículo, derivada del establecimiento por Telefónica Móviles de España SAU de una red de acuerdos paralelos con sus clientes empresariales, a través del diseño y adopción de contratos de servicios minoristas de comunicaciones móviles basados en los “Contratos Premium Especial PYME”, orientados al segmento PYME, en los que se incluyen compromisos de permanencia con penalizaciones crecientes por descuentos sobre precios, renovaciones automáticas y plazos de preaviso, condiciones que en su conjunto tienen un objeto y efecto restrictivo de la competencia, al limitar indebidamente y desproporcionadamente la capacidad de una parte significativa de los clientes empresariales de Telefónica Móviles de España SAU, especialmente en el segmento PYME, para cambiar de proveedor de servicio minorista de comunicaciones móviles.

Segundo.- Que se declare como responsable de dicha infracción a Telefónica Móviles de España SAU.

Tercero.- Que la conducta prohibida se tipifique, a los efectos de determinación de la sanción a imponer, como infracción grave del Artículo 62.3.a) de la LDC.

Cuarto.- Que se imponga la sanción prevista en el artículo 63 de la LDC, teniendo en cuenta los criterios para la determinación de la sanción previstos en el artículo 64 de la LDC.

Quinto.- Que se adopten los demás pronunciamientos a los que se refiere el artículo 53 de la LDC, en la medida que resulten pertinentes.”

*Previamente, la Dirección de Competencia establecía que “este conjunto de acuerdos paralelos ha estado en vigor desde el 19 de septiembre de 2006 hasta, **previsiblemente**, la actualidad” (299); y que, de acuerdo con lo establecido en el artículo 63 de la LDC, “la sanción no podrá superar el 5% del volumen de negocios total consolidado en el año anterior” (300) para ello se requerirá el volumen de negocios junto a la notificación de esta propuesta de resolución; y que para el cálculo de la sanción “se deberá tener en cuenta lo establecido en el artículo 64 de la LDC, así como en la Comunicación de la Comisión Nacional de la Competencia sobre la cuantificación de sanciones derivadas de infracciones de los artículos 1, 2 y 3” (301).*

*En perjuicio y contradicción con lo anterior, la Dirección de Competencia establece que “entre otras cuestiones, considera que para fijar el importe **puede tenerse en cuenta el volumen de negocios minoristas por comunicaciones móviles** de Telefónica Móviles de España SAU, asociado a los Contratos Premium Especial PYME, durante los años 2006 a 2013. Esta información se requerirá junto a la notificación de esta Propuesta de Resolución” (302).*

DECIMOCTAVO.- *La Propuesta de Resolución le fue notificada a Telefónica Móviles de España SAU y a Orange, en cumplimiento de lo prevenido en el citado Artículo 50.4 de la Ley 15/2007 de 3 de Julio, de Defensa de la Competencia, a los efectos prevenidos en él, con la posibilidad para que en el plazo de quince días formulen las alegaciones que tengan por conveniente, práctica de pruebas y vista.*

El día 31 de Marzo del 2014 tuvo entrada en esta Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia escrito de alegaciones de Telefónica Móviles de España SAU, solicitando vista. Así como respuesta a la solicitud de información sobre su volumen de negocios.

El día 1 de Abril del 2014 tuvo entrada en esta Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia escrito de alegaciones de Orange.

DECIMONOVENO.- *Esta Sala de Competencia el día 10 de Julio del 2014 tomó el siguiente Acuerdo de Recalificación en el marco de este Expediente Sancionador S/0422/12 Contratos de Permanencia:*

“HA ACORDADO

Primero.- Ampliar, prima facie, el campo de normas legales por las que deben ser examinadas y resueltas las conductas imputadas a Telefónica Móviles de España SAU, a la luz de lo prevenido en el Artículo 101 del Tratado de

Funcionamiento de la Unión Europea ex Reglamento (CE) 1/2003 y ello, sin perjuicio, de lo prevenido en el Artículo 1 de la Ley 15/2007 de 3 de Julio, de Defensa de la Competencia.

Segundo.- Acuerdo de recalificación que se toma con amparo en lo establecido en el Artículo 50 de la Ley 15/2007 de 3 de Julio, de Defensa de la Competencia y que se comunica fehacientemente a la totalidad de partes interesadas en este Expediente Sancionador: Telefónica Móviles de España SAU, Vodafone España S.A. (VODAFONDE) y France Telecom España S.A., (ORANGE) para que puedan formular cuantas alegaciones procedan hacerse, en el plazo de quince días siguientes al de la notificación de este Acuerdo.

Tercero.- En orden al cumplimiento de lo anterior, procede suspender el plazo máximo de resolución de este Expediente Sancionador.”

VIGÉSIMO.- *En armonía con el Acuerdo de Recalificación adoptado el día 10 de Julio de 2014 (incardinación de las conductas en el Artículo 101 del TFUE) el día 2 de Septiembre de 2014 se acordó notificar a la Comisión la incoación de este Expediente Sancionador a los efectos prevenidos en el Artículo 11.4 del Reglamento (CE) 1/2003, así como la suspensión del plazo máximo para dictar esta Resolución.*

HECHOS PROBADOS

PRIMERO.- *Son partes en este Expediente Sancionador:*

1º TELEFÓNICA MÓVILES DE ESPAÑA SAU, *filial al 100% de Telefónica S.A., empresa cabecera del Grupo Telefónica.*

En España, las principales actividades del Grupo Telefónica son la explotación de servicios minoristas de telefonía móvil y banda ancha fija, así como la prestación de servicios mayoristas relacionados.

En España, Telefónica Móviles de España SAU, realiza la explotación de los servicios de telefonía móviles y los comercializa bajo la marca Movistar.

2º *Otros interesados en el Expediente son:*

- **VODAFONE ESPAÑA S.A.**, filial del Grupo Vodafone, segundo operador de telefonía móvil a nivel mundial, tanto por el número de clientes, como por ingresos.

En España, la actividad principal de VODAFONE es la explotación de servicios minoristas de telefonía móvil, aunque también presta servicios minoristas de telefonía fija y banda ancha fija. Asimismo, también provee servicios mayoristas de telefonía móvil.

- **FRANCE TELECOM ESPAÑA S.A., (ORANGE)** es una compañía controlada por el Grupo France Telecom, tercer operador de telefonía móvil y tercer proveedor de acceso a internet ADSL de Europa.

En España, las principales actividades de ORANGE son la prestación de servicios de telefonía fija, telefonía móvil y acceso a internet y, también, provee servicios mayoristas de telefonía móvil.

SEGUNDO.- A los efectos de delimitación del **mercado relevante** en este Expediente Sancionador, en función de las conductas investigadas, decir que las mismas “se desarrollan en el ámbito de los servicios minoristas de comunicaciones móviles” y “su valoración no se va a ver afectada por la delimitación de los mercados ascendentes de servicios mayoristas”.

Y decir que “desde la perspectiva de la demanda, cabría diferenciar entre el segmento residencial y el segmento empresarial y, dentro de este último, entre autónomos, PYMEs y grandes clientes”.

En cuanto al **mercado geográfico** es el de ámbito nacional, de conformidad tanto en los precedentes comunitarios, como nacionales. Por cuanto, en general y homogéneamente, los operadores de servicios de comunicaciones móviles mantienen estrategias competitivas de carácter nacional, tanto en el ámbito minorista, como en los servicios mayoristas de comunicaciones móviles.

TERCERO.- Es un hecho cierto que goza de fehaciencia indubitada que la Dirección de Investigación, de la Comisión Nacional de la Competencia (hoy ambas extintas) “al haber tenido conocimiento de determinadas condiciones incluidas en los contratos de VODAFONE ESPAÑA SAU, para la prestación de servicios de telefonía móvil a usuarios finales y, en concreto, algunas de las condiciones que se aplican en los contratos de pospago con compromiso de permanencia, lo que podría dificultar injustificadamente el cambio de operador, restringiendo la competencia en el ámbito minorista de servicios de telefonía

móvil”, el día **12 de Abril del 2012** le requiere para que facilite información al respecto y aporte los datos que pormenorizadamente concreta (folios 2 al 8).

VODAFONE ESPAÑA SAU, el día **3 de Mayo del 2012** contesta el requerimiento (folios 153 al 306) que damos por enteramente reproducido, en orden a evitar innecesarias repeticiones y en el que, a los efectos de este Expediente Sancionador, en síntesis establece:

*1º Prima facie, precisa que es importante diferenciar entre aquellos clientes que se dan de alta por primera vez “a los que les resulta de aplicación las Condiciones Generales de los Servicios de Comunicaciones Móviles de Pospago de Particulares, **que incluirán condiciones de permanencia**, cuando correspondan” y aquellos clientes de cartera de la Compañía “a los que, como resultado de **acciones de fidelización** les resulta de aplicación el Contrato de Oferta Especial de Fidelización para clientes particulares y **que también puede incluir condiciones de permanencia**”.*

*“Ambos contratos son textos genéricos estandarizados que regulan, en el momento de la firma, **las condiciones específicas de permanencia**: beneficio, plazo y penalización máxima, a las que **puede obligarse al cliente** en función del beneficio obtenido, ya se deba a la subvención en el precio del terminal o a la aplicación de descuentos”.*

*2º Las **obligaciones de permanencia** (de 12, 18 ó 24 meses) así como las **penalizaciones asociadas a su posible incumplimiento** están vinculadas a (i) la subvención en el precio del terminal y/o (ii) a la elección por parte del cliente de un plan de precios concreto que redundaría en una mayor subvención del terminal; o (iii) a la contratación de un plan de precios que corresponda a alguna de las tarifas de VODAFONE ordenadas por tallas con un descuento del 20% sobre la misma, sin adquisición de terminal (en adelante, “SIN-Only”, lanzado en Mayo de 2011 para los clientes en captación y el 10 de Abril de 2012 para los clientes de cartera con un **periodo de permanencia** máximo de 12 meses y que sólo implica la contratación de una tarjeta SIM tanto en captación, como en fidelización).*

*3º Las **penalizaciones** que se aplican a los clientes particulares, en el caso de que **no se cumplan las condiciones de permanencia vinculadas a la subvención de terminales** (ya sea por su mera adquisición y/o bien por su adquisición junto con la contratación de una tarifa concreta máximo de 18 ó 24 meses en ambos casos) pretenden recuperar la inversión realizada por VODAFONE al subvencionar el terminal al cliente final. Dichas penalizaciones se aplicarán, **caso por caso**, en función de los siguientes parámetros:*

- (a) **Periodo de compromiso de permanencia** suscrito por el cliente objeto de captación o fidelización (antes del 1 de Febrero de 2012: 18 ó 24 meses dependiendo de la gama del terminal subvencionado; desde el 1 de Febrero de 2012: 24 meses para todos los terminales; desde el 10 de*

Abril de 2012 sólo para clientes de fidelización ya que no se subvencionan los terminales en captación).

- (b) Gama de terminal adquirido (gama alta, media o baja) que determinará el importe subvencionado al cliente.*
- (c) Tarifa contratada (cuando lleva aparejada una reducción del terminal suplementaria).*
- (d) Tiempo que reste para cumplir con la obligación de permanencia: **escalado de penalizaciones** en función del momento en el que se produzca el incumplimiento de la permanencia correspondiendo: a) 3 tramos de 6 meses para las permanencias de 18 meses; b) 4 tramos de 6 meses para las permanencias de 24 meses; y c) 4 tramos de 3 meses para las permanencias de 12 meses; y si el cliente que incumple el periodo de permanencia es nuevo (captación) o de cartera (fidelización).*

*Las penalizaciones que corresponda aplicar por el incumplimiento del compromiso de permanencia vinculado a un plan de precios concreto se **sumarán**, en su caso, a las penalizaciones que corresponda aplicar **por no cumplir con el compromiso de permanencia** vinculado al subsidio de terminal.*

*4º Del mismo modo las **penalizaciones** que se apliquen a los clientes particulares en el caso de que no se cumplan las condiciones de permanencia de 12 meses en VODAFONE vinculadas a SIM-Only pretenden **recuperar parte del descuento** aplicado al cliente en la tarifa contratada. Tal y como se ha descrito en el punto anterior la aplicación de dichas penalizaciones también se aplica por tramos (4 tramos de 3 meses). Sin embargo, en este caso, el “pacto” de VODAFONE con el cliente es que **SI** permanece con VODAFONE 12 meses se le aplicará un descuento del 20% cada mes sobre la tarifa contratada sin que haya subvención de terminal; si dicho compromiso **NO** es respetado, en el momento de su incumplimiento, se le exigirá al cliente que devuelva el descuento del que se ha beneficiado (**en este caso, cuanto más tiempo pase antes de los 12 meses mayor será la penalización** por incumplimiento de permanencia, porque el cliente habrá disfrutado de mayores descuentos con el paso de los meses).*

*5º En la actualidad y a diferencia de lo que sucede con los clientes particulares, VODAFONE sigue subvencionando tanto en la captación como en la fidelización los terminales móviles a sus clientes empresariales (salvo en los clientes móviles en captación) y por lo tanto los mismos estarán sujetos a las **condiciones de permanencia** que, en su caso, les resulten de aplicación.*

Al efecto, VODAFONE clasifica en cuatro grupos el tipo de clientes empresariales:

- **Autónomos:** se entenderá como tal a aquel trabajador por cuenta propia, que realiza de forma habitual, personal y directa una actividad económica a título lucrativo, sin sujeción por ella a contrato de trabajo y que en el momento de contratar los servicios de comunicaciones electrónicas de VODAFONE tenga asociada a su actividad un CIF.*
- **SOHO:** pequeñas y medianas empresas que cuentan con un número de trabajadores que oscilan entre 1 y 5.*
- **PYMES:** pequeñas y medianas empresas que cuentan con un número de trabajadores que oscilan entre 6 a 50.*

- *Corporate: grandes empresas a partir de 51 empleados.*

*6º Según VODAFONE **EL OBJETIVO** de estas obligaciones nacidas (1) de los compromisos de permanencia; (2) como de las penalizaciones a su posible incumplimiento, vinculadas a la subvención en el precio del terminal (máximo de 18 ó 24 meses); o (3) en determinadas ocasiones vinculadas a un descuento en tarifa (sólo en SIM-Only) **no es otro que el de recuperar la inversión llevada a cabo por VODAFONE al adquirir el terminal del fabricante y entregarlo subvencionado al cliente final y/o la recuperación de los costes derivados de la aplicación de descuentos en tarifa al cliente.***

CUARTO.- Es un hecho cierto que goza de fehaciencia indubitada que la Dirección de Investigación, de la Comisión Nacional de la Competencia (hoy ambas extintas) “al haber tenido conocimiento de determinadas condiciones incluidas en los contratos de FRANCE TELECOM ESPAÑA SAU, Sociedad Unipersonal, **(en la actualidad, ORANGE ESPAGNE SAU)** para la prestación de servicios de telefonía móvil a usuarios finales y, en concreto, algunas de las condiciones que se aplican a los contratos de pospago con compromiso de permanencia, lo que podría dificultar injustificadamente el cambio de operador, restringiendo la competencia en el ámbito minorista de servicios de telefonía móvil”, el día **12 de Abril del 2012** le requiere para que facilite información al respecto y aporte los datos que pormenorizadamente concreta (folios 2 a 8).

FRANCE TELECOM ESPAÑA SAU, **(en la actualidad, ORANGE ESPAGNE SAU)** el día **26 de Abril del 2012** contesta el requerimiento (folios 15 a 20) que damos por enteramente reproducidos, en orden a evitar innecesarias repeticiones y en el que, a los efectos de este Expediente Sancionador, en síntesis establece:

*1º Se adjunta como DOCUMENTO DOS contrato empresas de telefonía móvil donde en el propio reverso figuran los **diferentes compromisos de permanencia** existentes en ORANGE, que el cliente conoce y acepta en el momento de la contratación.*

*En el caso concreto de que un cliente deseara adquirir un terminal a precio promocional junto con la contratación de una tarifa “HABLA” o “HABLA Y NAVEGA”, el cliente podrá adquirir en función del **descuento** del que se haya beneficiado en la adquisición del terminal o bien un **compromiso de permanencia** de 18 meses en el servicio postpago de Orange con un cargo máximo de Euros 150 (€ 200 en caso de que la duración fuera de 24 meses) por incumplimiento; o adicionalmente un **compromiso de permanencia** de 18 meses en tarifa de voz con un cargo máximo de Euros 50 por incumplimiento y si adquiriera un terminal de alta gama de datos se añadiría un **compromiso de permanencia** de 18 meses en tarifa de datos con un cargo máximo de Euros 100 por incumplimiento, ya que al ser unos terminales de mayor coste*

subvencionado el cliente debe permanecer en tarifa de datos junto con el terminal subvencionado para dicha tarifa.

*2º Las únicas diferencias existentes en la actualidad en materia de **compromisos de permanencia** del mercado Residencial y del mercado de Empresas son las siguientes:*

- **En cuanto al Compromiso de Permanencia en Operador:** *en el mercado de Empresas existen siempre dos ofertas comerciales para el mismo terminal: una, con mayor descuento que la otra en el precio del terminal, lo que da lugar a un compromiso de permanencia en operador de 24 meses, en el caso de que exista un mayor descuento; y de 18 meses para los casos en los que el descuento es inferior. Es el cliente quien elige si prefiere un mayor descuento asociado a una mayor duración del compromiso de permanencia o por el contrario prefiere una menor duración del compromiso de permanencia que conllevará un descuento inferior en la adquisición del terminal.*
- **En cuanto al Compromiso de Permanencia en Tarifas:** *mientras en el mercado Residencial existe un único compromiso de permanencia en tarifa de voz (que se aplicaría también en el caso de tarifa de voz y datos en el móvil como es la tarifa DELFIN) y un único compromiso de permanencia para tarifa de datos en el ordenador (como es la tarifa IEW) sin que los mismos sean acumulativos; en el mercado de Empresas existen dos compromisos de permanencia en tarifas: uno por voz y otro diferente para datos, pudiendo **acumularse** ambos compromisos.*

*Tales diferencias están basadas en las diferencias existentes en la cuantía del descuento del que se beneficia el cliente en la **adquisición del terminal** a precio promocional, ya que para asegurar su recuperación, el compromiso de permanencia ha de estar **condicionado al valor de la tarifa contratada**.*

QUINTO.- *Es un hecho cierto que goza de fehaciencia indubitada que la Dirección de Investigación, de la Comisión Nacional de la Competencia (hoy ambas extintas) “al haber tenido conocimiento de determinadas condiciones incluidas en los contratos de TELEFÓNICA MÓVILES DE ESPAÑA SAU, para la prestación de servicios de telefonía móvil a usuarios finales y, en concreto, algunas de las condiciones que se aplican a los contratos de postpago con compromiso de permanencia, lo que podría dificultar injustificadamente el cambio de operador, restringiendo la competencia en el ámbito minorista de servicios de telefonía móvil”, el día **12 de Abril del 2012** le requiere para que facilite información al respecto y aporte los datos que pormenorizadamente concreta (folios 2 al 8).*

*TELEFÓNICA MÓVILES DE ESPAÑA SAU, el día **25 de Abril del 2012** contesta el requerimiento (folios 82 a 129) que damos por enteramente reproducido, en orden a evitar innecesarias repeticiones y en el que, a los efectos de este Expediente Sancionador, en síntesis establece:*

1º Al requerirse las condiciones particulares de la tarifa “Habla Movistar” mi representada entiende que se hace alusión a las tarifas con unas condiciones específicas para llamadas realizadas con destino Movistar (móvil y fijo). Dentro de esta modalidad tarifaria, el porfolio de Telefónica Móviles de España SAU, incluye efectivamente la tarifa “Habla Movistar” y “Habla Movistar y Navega” cuyas condiciones se aportan.

Y como se puede comprobar en el ANEXO I las tarifas actuales no tienen ningún tipo de compromiso de permanencia. En el segmento residencial, este tipo de compromisos de permanencia solamente se aplican cuando existe un apoyo económico en la adquisición del terminal. **Por tanto, no existen cláusulas relativas a las obligaciones de permanencia asociadas a las tarifas solicitadas-contratadas, ni prórrogas o extensiones de dichas obligaciones de permanencia, ni penalizaciones previstas en caso de baja anticipada.**

2º En relación con los Modelos “Con tu Negocio 24h” y “Con tu Negocio 24H+Internet”, al igual que sucediera con el anterior requerimiento (=pregunta) las condiciones de los modelos solicitados no se refieren a contratos **sino a un tipo de tarifas que no llevan asociadas ningún tipo de compromiso de permanencia.**

3º El “Contrato Permanencia Premium Especial PYMES” las partes pactan un periodo de permanencia de 12, 18 ó 24 meses en función del **apoyo económico recibido**. Y en el ANEXO III se aporta copia de los modelos de “Condiciones Generales de prestación del servicio de comunicaciones móviles para pymes”. Y el compromiso de permanencia en las “Condiciones generales de prestación del servicio de comunicaciones móviles para pymes” se contempla en la Condición Particular Primera.

I.- Compromiso de permanencia. En aquellos supuestos en los que el cliente reciba de MOVISTAR un apoyo económico para la adquisición de un Terminal u otras condiciones especialmente ventajosas (en adelante “el apoyo económico”) y cuando así se haya acordado y aceptado expresamente por el cliente, éste se compromete a mantener la línea que haya vinculado al apoyo económico en los Servicios y en un Plan de Precios que implique un compromiso igual o superior al contratado durante un determinado número de meses (en adelante “compromiso de permanencia”). La cantidad de apoyo económico recibido y el número de meses de su compromiso de permanencia serán pactados con el cliente en el anverso del contrato. El cliente podrá darse de baja en los Servicios en todo momento o cambiar a un Plan de Precios que implique un menor compromiso de consumo, si bien en estos supuestos deberá abonar a MOVISTAR una cantidad proporcional al apoyo económico recibido y el número de meses que ha respetado su compromiso de permanencia. La mencionada cantidad será pasada al cobro al cliente en su factura.

Lo anterior será aplicable igualmente en caso de suspensión de los Servicios y cambio de numeración. En caso de acogerse a una

oferta de un terminal asociado conjuntamente a un determinado Plan de Precios de servicio o módulos asociados, el cliente deberá permanecer en alta en dicho Plan o en otros Planes compatibles, específicamente detallados en la oferta Zona Azul.

En caso de que el apoyo económico consista en la gratuidad o en la subvención de parte de las cuotas mensuales de los servicios contratados por el cliente, las cantidades que el cliente deberá restituir a MOVISTAR en caso de producirse cualquiera de los incumplimientos indicados anteriormente, consistirán, para cada línea en la que se produzca este incumplimiento, en el importe de las cuotas mensuales cuya gratuidad o subvención haya disfrutado. El Contrato celebrado con este tipo de apoyo económico, se renovará automáticamente por periodos sucesivos de 12 meses. En lo que respecta al propio apoyo económico, la renovación se realizará según las condiciones vigentes para los servicios contratados, en el momento de cada renovación.

El contrato se renovará salvo notificación expresa en contra por parte del Cliente o MOVISTAR con una antelación mínima de 1 mes a la fecha de vencimiento del plazo de permanencia inicial o el correspondiente a cada una de sus prórrogas.

Se informa al cliente de que existe la posibilidad de adquirir el mismo u otros terminales o contratar los mismos Servicios sin recibir apoyo económico y, por lo tanto, sin compromiso de permanencia”.

SEXTO.- Es un hecho objetivo, que goza de fehaciencia indubitada, que la Dirección de Investigación partiendo de los contratos de permanencia que las tres operadoras tienen suscritos con sus clientes, que han sido pormenorizadamente concretados en los anteriores hechos probados, **procedió**

- (1) A exonerar a VODAFONE ESPAÑA S.A., y ORANGE ESPAGNE SAU, al entender **implícitamente** que sus conductas no eran constitutivas de vulneración del Artículo 1 de la Ley 15/2007 de 3 de Julio, de Defensa de la Competencia.
- (2) Sin motivación alguna expresa al respecto.

SÉPTIMO.- En armonía y concordancia con todo lo anterior y así consta probado en este Expediente Sancionador (parágrafos 139, 140 y 141) se debe indubitadamente **CONCLUIR** diciendo:

- (1) De acuerdo con la información que obra en el Expediente, durante el periodo comprendido entre 2008 hasta mediados de 2012 las tres

*principales operadoras del mercado relevante, esto es TELEFÓNICA MÓVILES DE ESPAÑA SAU, ORANGE ESPAGNE SAU (anteriormente France Telecom España SAU) y VODAFONE ESPAÑA S.A., **incluyen** en su oferta comercial la posibilidad de suscribir un compromiso de permanencia a cambio de la adquisición de un **terminal subvencionado** o de otro tipo de ventaja económica, como **descuentos en los precios de los servicios contratados (tarifas)**, tanto para clientes residenciales, como para clientes empresariales*

- (2) *En los contratos de servicios minoristas de comunicaciones móviles con clientes residenciales, estos compromisos de permanencia están asociados principalmente a la subvención de terminales móviles; tienen una duración, por lo general, de 12, 18 y 24 meses (en función del tipo y coste del terminal subvencionado) **y no se renuevan automáticamente.***

*Cada operador diseña su **propio sistema de penalizaciones** para el caso de incumplimiento del compromiso.*

- (3) *Las condiciones de los compromisos de permanencia aparecen en los modelos de Condiciones Generales de Contratación de los servicios móviles de cada uno de los tres operadores (Telefónica Móviles de España SAU, Orange Espagne SAU y Vodafone España S.A.) publicadas en sus páginas web.*

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- *La Ley 15/2007 de 3 de Julio, de Defensa de la Competencia, en su **Artículo 50 Instrucción del Expediente sancionador**, en su apartado tercero ordena que “los hechos que pueden ser constitutivos de infracción se recogerán en un Pliego de Concreción de Hechos que se notificará a los interesados para que, en un plazo de quince días, puedan contestarlo y, en su caso, proponer las pruebas que consideren pertinentes”.*

*El Reglamento de Defensa de la Competencia, aprobado por Real Decreto 261/2008 de 22 de Febrero, en su **Artículo 33 Pliego de Concreción de Hechos** dispone en su apartado primero que “de conformidad con lo previsto en el Artículo 50.3 de la Ley 15/2007 de 3 de Julio, de Defensa de la Competencia, los hechos que pueden ser constitutivos de infracción se recogerán en un pliego de concreción de hechos que será notificado a los interesados, quienes en un plazo de quince días podrán contestarlo y, en su caso, proponer las pruebas que*

consideren pertinentes. Recibidas las alegaciones y practicadas las pruebas o, en su caso, transcurrido el plazo de quince días la Dirección de Investigación (hoy Dirección de Competencia) procederá al cierre de la fase de instrucción, notificándolo a los interesados, con el fin de redactar la Propuesta de Resolución prevista en el Artículo 50.4 de la Ley 15/2007 de 3 de Julio”.

Trámites procedimentales que se han cumplido en este Expediente Sancionador y, en consecuencia, las partes interesadas en él han tenido la oportunidad de realizar alegaciones y solicitar la celebración de Vista.

Por ello, procede abordar el examen y resolución de las alegaciones formuladas: mercado relevante; terminación convencional; y afectación de la conducta examinada a la luz de las Leyes de Competencia.

*1º El mercado relevante y geográfico es el establecido y concretado en el Segundo Hecho Probado que conforma esta Resolución. Esto es y citamos nuevamente: “a los efectos de delimitación del **mercado relevante** en este Expediente Sancionador, en función de las conductas investigadas decir que las mismas <<se desarrollan en el ámbito de los servicios minoristas de los servicios móviles>> y <<su valoración no se va a ver afectada por la delimitación de los mercados ascendentes de servicios mayoristas>>”.*

Y que “desde la perspectiva de la demanda, cabría diferenciar entre el segmento residencial y el segmento empresarial y, dentro de este último, entre autónomos, PYMEs y grandes clientes”.

*2º En cuanto a la postulada e inadmitida terminación convencional debe estarse a lo prevenido en el Artículo 52 de la Ley 15/2007 de 3 de Julio, de Defensa de la Competencia, que confiere una autorización discrecional y potestativa al Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia (**hoy Sala de Competencia, de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia**).*

*Y así debe entenderse el término “**podrá**”.*

En consecuencia debemos rechazar tal pretensión, con el ítem añadido que en nada ayudaría a esta Resolución, por las razones que seguidamente estableceremos.

3º La Dirección de Investigación ha instruido este Expediente Sancionador examinando las conductas como infractoras del Artículo 1 de la Ley 15/2007 de 3 de Julio, de Defensa de la Competencia.

No imputando a la parte al amparo de su Artículo 2 que desarrolla la posición de dominio y el abuso de la misma.

En consecuencia, plantear ahora sin amparo legal tal incardinación en dicho precepto legal, llevaría a esta Sala de Competencia a declarar sin causa la nulidad de actuaciones, lo que vulneraría los principios constitucionales de legalidad y seguridad jurídica ex Artículo 9 de la Constitución Española y de tipicidad ex Artículo 129 de la Ley 30/1992 de 26 de Noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Lo que necesariamente sería un exceso jurisdiccional, de ahí que debamos rechazar tal pretensión.

4º Finalmente, esta Sala de Competencia asumió la pretensión de la parte en lo atañente a la posible aplicación del Artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea y, al efecto, tomó el Acuerdo de recalificar las conductas objeto de examen e instrucción, con las exigencias prevenidas.

Acuerdo que goza de firmeza por cuanto no ha sido objeto de impugnación.

5º Cuestión colateral o accesoria es la alegación de la parte en cuanto a la denegación de ampliación del plazo para formular alegaciones. Alegación que tiene una doble perspectiva: la primera, desde la óptica de la administración instructora, por cuanto el Ordenamiento Jurídico y en concreto la Ley 30/1992 le posibilita la concesión de la extensión de un plazo para que la parte pueda establecer alegaciones, una vez estudiado suficientemente el Expediente (Pliego de Concreción de Hechos y Propuesta de Resolución, así como las alegaciones de las otras partes interesadas y la totalidad de la documentación que lo conforma). Esto es, dispone discrecionalmente de la concesión ampliatoria.

En otro orden de cosas, la administración instructora (la Dirección de Investigación) también viene sujeta al Ordenamiento en orden al plazo máximo de instrucción (doce meses), que ha agotado con creces. De ahí que no está en disposición de reprochar a la parte (en aras a una simplicidad de actuaciones) lo que ella no ha entendido como tal (agotamiento del plazo máximo, no obstante la simplicidad que se atribuye).

6º Un segundo reproche de la Dirección de Investigación se refiere “a las posibles discrepancias observadas” en el aporte documental traído al Expediente por Telefónica Móviles de España SAU, incluso a “la imposibilidad de aportar determinados datos solicitados”.

La Dirección de Investigación entra en contradicción, cuando en establecimientos anteriores, manifiesta (113) que “...sin que sea posible, con la información procedente del Informe Económico Sectorial 2012 de la Comisión del

Mercado de las Telecomunicaciones, determinar que OMV están registrando ganancias netas de líneas y sí están vinculados a los grupos empresariales de los OMR o son independientes”.

Líneas arriba dice que “estos resultados confirman, además, que durante el año 2012 se ha acentuado la pérdida neta de clientes de Telefónica Móviles de España SAU y Vodafone España S.A., que venía observándose en ejercicios anteriores. Asimismo, se ha mantenido el crecimiento de ORANGE y YOIGO”.

SEGUNDO.- Prima facie dejar sentado que los contratos objeto de examen e instrucción de este Expediente Sancionador se **“enmarcan en el campo de la autonomía de la voluntad, propio del Derecho Privado”**, según las Resoluciones Circulares y Dictámenes de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones (hoy extinta).

Así el Derecho Positivo, residenciado en el Código Civil, como fuente primaria de derechos y obligaciones recíprocas dispone que “toda obligación consiste en dar, hacer o no hacer alguna cosa” (Artículo 1088) y que “las obligaciones que nacen de los contratos tienen fuerza de Ley entre las partes contratantes y deben cumplirse al tenor de los mismos” (Artículo 1091), y en consecuencia “la validez y el cumplimiento de los contratos no puede dejarse al arbitrio de uno de los contratantes” (Artículo 1256).

“Los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento de las partes” (Artículo 1258) y “son de cumplimiento obligatorio, cualquiera que sea la forma en que se hayan celebrado, siempre que concurran las condiciones exigidas para su validez” (Artículo 1278) esto es: consentimiento, objeto y causa.

*De ahí que “será nulo el consentimiento prestado por error, violencia, intimidación o dolo” (Artículo 1265) y para que “el error invalide el consentimiento, deberá recaer sobre la sustancia de la cosa que fuere objeto del contrato (**causa**) o sobre aquellas condiciones de la misma que hubiesen dado motivo a celebrarlo” (Artículo 1266).*

“Hay violencia cuando para arrancar el consentimiento se emplea una fuerza irresistible” (Artículo 1267) y en consecuencia “la violencia o intimidación anularán la obligación” (Artículo 1268).

“Hay dolo cuando, con palabras o maquinaciones insidiosas de parte de uno de los contratantes, es inducido el otro a celebrar un contrato que, sin ellas, no se hubiera hecho” (Artículo 1269) y para que “el dolo produzca la nulidad de los contratos, deberá ser grave” (Artículo 1270).

Establecido el campo de juego es obligado concluir que los contratos suscritos entre las partes (Operadoras y Clientes) lo han sido con pleno consentimiento y conocimiento de lo que hacían y sin mediar para ello error, violencia, intimidación o dolo, lo que en el mundo del Derecho, en tanto que creador de derechos y obligaciones recíprocas tienen validez entre las mismas (contratantes), con valor erga omnes frente a terceros.

-----0-----

“Los contratos válidamente celebrados pueden rescindirse en los casos establecidos en la Ley” (Artículo 1290) y “la rescisión obliga a la devolución de las cosas que fueron objeto del contrato con sus frutos...y podrá reclamarse la indemnización de perjuicios al causante de la lesión” (Artículo 1295).

*Y en el orden de los efectos que producen los mismos, gozan de validez aquellas cláusulas que desarrollan y vinculan la rescisión/resolución a las indemnizaciones-penalizaciones en orden a evitar perjuicios a una de las partes (compensación) o lo que es lo mismo, **no ampara el enriquecimiento sin causa.***

Esto es, si uno de los contratantes decidiera en el ejercicio de su voluntad rescindir/resolver sin causa el vínculo contractual vendrá obligado al resarcimiento de los perjuicios causados a la otra parte. Perjuicios que pueden ser listados y descritos en el propio contrato (caso que nos ocupa) o plantear las indemnizaciones en el contencioso ad hoc.

-----0-----

Consta en este Expediente Sancionador los siguientes extremos-acuerdos:

1º las tres principales operadoras de suministro de servicios móviles minoristas, Telefónica Móviles de España SAU, Orange Espagne SAU, y Vodafone España S.A., tienen suscritos con sus clientes contratos que, a los efectos que nos ocupan, vienen denominados como contratos de permanencia.

2º los dichos contratos son creadores de derechos y obligaciones recíprocas, asumidas por ambas partes, sin mediar en el consentimiento vicio, error, intimidación, fuerza, dolo, etc. Por consiguiente, gozan de plena validez entre sí y erga omnes.

3º en el orden de las obligaciones, los tres operadores se comprometen: (1) a prestar un apoyo económico a sus clientes contratantes; (2) conforme a unos Planes de Precios, o de servicios o productos asociados a los mismos, que pueden ser compatibles; (3) y ello en orden a la subvención para la adquisición de terminales móviles (clase alta, media y baja, a elegir); (4) así como a

subvencionarles las tarifas por las que se van a regir y regular sus relaciones comerciales (precios especiales, descuentos, etc.); (5) así como la posibilidad de cambiar su vínculo contractual y acogerse a otra oferta.

Esto es, son obligaciones recíprocas concretas, claras, precisas, que no requieren ser interpretadas o sujetas a una expertitis.

4º en el orden de las obligaciones, los clientes se comprometen: (1) a mantener la permanencia o fidelización con el operador, en tanto el vínculo contractual se mantenga efectivo; (2) al pago de lo contratado; (3) a comunicar al operador su deseo o no de mantener el vínculo contractual, viniendo obligados a ponerlo en su conocimiento, con un plazo de preaviso; (4) en caso de silencio, se entenderá que el vínculo contractual se renovaría ipso facto, sin ulterior manifestación de la voluntad.

5º en el orden de los posibles incumplimientos, que ciertamente pueden serlo por cualquiera de las partes, éstas tienen abierta las vías reclamatorias que en su caso procedan.

6º los contratos que nos ocupan tienen pactadas unas penalizaciones para el supuesto que sea el cliente el que decida rescindir/resolver, sin causa y extemporáneamente, el vínculo contractual.

7º en todo caso, este vínculo contractual Operador-Cliente es un derecho que “se reconoce a los usuarios finales de los servicios de comunicaciones electrónicas...así como el de disponer de un contrato en el que figuren las condiciones que se aplican” ex Real Decreto Ley 13/2012 de 30 de Marzo.

*En su Artículo 8 establece el **contenido mínimo** de los contratos, que deben incluir entre otros: el periodo contractual, con indicación de los plazos mínimos de contratación y renovación, en su caso; de las consecuencias de su posible incumplimiento; el detalle de la vinculación entre el contrato de servicio de comunicaciones electrónicas y otros contratos, como los relativos a la adquisición de aparatos terminales; la política de compensaciones y reembolsos, indicando los posibles mecanismos de indemnizaciones o reembolsos, así como el método de determinación de su importe.*

Y ello, en concordancia y armonía con lo prevenido en el Artículo 38 bis 3 de la Ley 32/2003 de 3 de Noviembre, General de Telecomunicaciones, según redacción dada por el Artículo 3 del Real Decreto Ley 13/2012 de 30 de Marzo.

En consecuencia, los llamados contratos de permanencia estarían, a los efectos prevenidos en la Ley 15/2007 de 3 de Julio, de Defensa de la

Competencia, amparados por los prevenidos en los apartados 2, 3, 4 y 5 del Artículo 1, a cuyo amparo se ha instruido este Expediente Sancionador.

*Por la triple causa exigible **iuris tantum** y **iuris et de iure**.*

- 1ª. Ser contratos amparados por el Derecho privado.*
- 2ª. Ser contratos que, en todo caso, tienen un amparo legal acorde a las prevenciones de la Ley de Defensa de la Competencia.*
- 3ª. Ser contratos que, en modo alguno y, en todo caso, ni afectan al interés general, ni al propio de los consumidores y usuarios.*
- 4ª. Y ser contratos que han sido conocidos y autorizados **ex ante** por la antigua Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, según posteriormente dejaremos acreditado.*

8º ítem más, se establece en la norma legal una duración máxima inicial de 24 meses en los contratos de servicios de comunicaciones electrónicas.

TERCERO.- *Por mor de lo establecido, esta Sala de Competencia entiende que los denominados contratos de permanencia en modo alguno afectan a la competencia y no pueden por tanto ser tipificados e incardinables como conductas infractoras en el Artículo 1 de la Ley 15/2007 de 3 de Julio, de Defensa de la Competencia.*

*Y así lo entendió, en su momento, la propia Dirección de Investigación de la Comisión Nacional de la Competencia (hoy ambas extintas) cuando **tomó la decisión acordando la no imputación a ORANGE ESPAGNE SAU y VODAFONE ESPAÑA S.A.** Y ello, cuando las conductas imputables a los tres operadores eran en inicio y esencia la misma: los contratos de permanencia, que tienen los mismos elementos recíprocamente vinculantes: consentimiento, objeto y causa; y que producen los mismos efectos, entre sí frente a terceros con valor erga omnes.*

*La imputación que la Dirección de Investigación (hoy extinta) mantiene a TELEFÓNICA MÓVILES DE ESPAÑA SAU, carece de justificación en derecho por **inexistencia de causa**; a la par que es **discriminatoria y arbitraria y vulneradora** de lo prevenido en el Artículo 9 de la Constitución Española, en el que se garantiza expresamente, de una parte **“los principios de legalidad y seguridad jurídica”** y de otra exige **“la responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos”**.*

*Y en argumentación a sensu contrario, la exoneración de las otras dos operadoras, **sin motivación** supone una vulneración de lo prevenido en el*

Artículo 54 de la Ley 30/1992 de 26 de Noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

CUARTO.- Viene al caso consignar la consolidada doctrina de la Sala Tercera, de lo Contencioso-Administrativo, del Tribunal Supremo al tratar sobre la **interdicción** de los órganos administrativos y/o judiciales incurran en violación del deber de motivación de las decisiones judiciales y/o administrativas que garantizan los Artículos 24.1 y 120.3 de la Constitución Española, en cuanto que constituye una garantía esencial para el justiciable **“mediante la cual es posible comprobar que la decisión adoptada es consecuencia de la aplicación razonada del Ordenamiento Jurídico y no fruto de la arbitrariedad y que impone no sólo la obligación de ofrecer una respuesta motivada a las pretensiones formuladas, sino que además ésta ha de tener un contenido jurídico”** (por todas, las SSTC 118/2006 de 24 de Abril; 67/2007 de 27 de Marzo; 44/2008 de 10 de Marzo; 139/2009 de 15 de Junio; 160/2009 de 29 de Junio).

Y ello a los efectos de no producir indefensión a la parte.

En consecuencia, esta SALA DE COMPETENCIA entiende ser procedente declarar expresamente la no incoación de procedimiento sancionador y el archivo de las actuaciones, en mérito y con amparo en los anteriores establecimientos.

QUINTO.- *Item más,* la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones hasta la creación de esta Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (ex Ley 3/2013 de 4 de Junio) era por imperio de su Ley de creación **la única competente para conocer y resolver sobre el mercado de las telecomunicaciones.**

Incluso, en la actualidad y tras la creación de esta Comisión, sus disposiciones, informes, valoraciones del mercado tienen valor relevante y deben ser tenidos en consideración en tanto que doctrina a seguir.

La Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones desde el año 2000 ha venido dictando Resoluciones y Circulares que devienen de aplicación a este Expediente. Así, sin ánimo de agotar las mismas (numerus clausus), procede dejar constancia de las siguientes:

1ª Resolución RO 2006/422.

*“La Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones ha valorado el establecimiento de **cláusulas de permanencia** en el Expediente RO 2006/422 abierto a virtud de la denuncia presentada por la ASOCIACIÓN PRO DERECHOS*

CIVILES, ECONÓMICOS Y SOCIALES y por LA UNIÓN DE CONSUMIDORES DE ESPAÑA contra Telefónica Móviles de España SAU y Vodafone España S.A.”.

En dicho expediente se tomó el **ACUERDO** en el que se aprueba la siguiente **RESOLUCIÓN** por la que se pone fin al periodo de información previa sobre determinadas cláusulas de los contratos tipo de Telefónica Móviles de España SAU, y VODAFONE ESPAÑA S.A., y se acuerda no iniciar expediente sancionador”.

Y **RESUELVE: PRIMERO.-** Proceder al archivo del expediente en relación con las denuncias presentadas por la Asociación Pro Derechos Civiles, Económicos y Sociales y por la Unión de Consumidores de España contra TELEFÓNICA MÓVILES DE ESPAÑA SAU, y VODAFONE ESPAÑA S.A., y declarar concluso el periodo de información previa de referencia.

Previamente, en el Fundamento de Derecho Tercero “Valoración de las actuaciones practicadas en el periodo de información previa” literalmente se establece:

a) ***Sobre los efectos de la cláusula de permanencia introducida por TME y Vodafone.***

En uso de la habilitación competencial prevista por el Artículo 48.3.g) de la Ley General de Telecomunicaciones, mediante Resolución de esta Comisión de 2 de Febrero de 2006 (publicada en el BOE de 10 de Febrero de 2006) se aprobó la definición y análisis del mercado de acceso y originación de las llamadas en las redes públicas de telefonía móvil, la designación de los operadores con poder significativo en el mercado y la imposición de obligaciones específicas (AEM 2005/933).

*La Resolución precitada destaca la importancia que a nivel minorista – mercado que no está sometido a obligaciones ex ante conforme a los criterios definidos en el nuevo marco regulatorio– tiene la portabilidad entre operadores de telefonía móvil **como instrumento de fomento de la competencia**. La Resolución hace también referencia a la política de subvención de terminales como **variable competitiva**. Como consecuencia de dicha política, la suscripción de **compromisos de permanencia** se ha desarrollado como una práctica general en el mercado minorista de telefonía móvil, adoptada no sólo por los operadores de red móvil tradicionales, sino también por los nuevos entrantes como Xfera (Yoigo) o Euskaltel. La cláusula de permanencia **puede tener por tanto efectos neutros o incluso favorables para el consumidor**, en particular si la oferta supone una mejora respecto de otras promociones (como puede ser el caso con la política de subvención de terminales) y **prevé indemnizaciones proporcionadas con el descuento percibido por el usuario a la hora de suscribir la promoción**.*

De las precitadas Resoluciones se desprende, por tanto, que la suscripción por parte de los abonados a los servicios de telefonía móvil

*de compromisos de permanencia a cambio de determinadas ventajas **no debe implicar una barrera a la portabilidad.***

*Puede concluirse por tanto que las modificaciones contractuales introducidas por TME y VODAFONE **no constituyen una causa que pueda retrasar la ejecución de la portabilidad.***

b) Sobre las recientes modificaciones introducidas por TME y VODAFONE en la cláusula de permanencia.

*La cláusula de permanencia introducida por TME y VODAFONE forma parte de la relación que se establece entre los operadores de telefonía móvil y sus abonados, a través de los correspondientes contratos. Señala TME que la cláusula de permanencia sólo es de aplicación cuando así se pacte **expresamente y siempre en presencia de un apoyo económico** por parte del operador cuyo servicio se contrata (subvención de terminal; ofertas de precios especiales respecto a los comercializados con carácter general, como por ejemplo, la contratación de una tarifa que conlleva con carácter general una cuota mensual de 3 euros, eliminándose dicha cuota a cambio de un compromiso de permanencia con el servicio Movistar por un determinado número de meses). Consideraciones análogas a las efectuadas por VODAFONE en relación con la cláusula de permanencia suscrita con sus abonados en caso de subvención de un terminal por parte de este operador.*

*El contenido mínimo del contrato que regula la relación entre el abonado y el operador de telefonía móvil, incluyendo el compromiso de permanencia como condición particular, ha sido objeto de **recientes modificaciones** auspiciadas por las relaciones entabladas entre operadores y la Secretaría de Estado de Telecomunicaciones y para la Sociedad de la Información. El objetivo último de estas modificaciones ha sido, según manifiestan los operadores, proceder a una clarificación de los términos en que se enmarca la relación operador-abonado.*

*En particular, interesa reproducir las recientes modificaciones relativas al compromiso de permanencia a suscribir por los abonados, con efectos a partir del 1 de marzo de 2007 efectuadas en el marco del proceso de adaptación al nuevo marco legal que supuso la entrada en vigor de la **Ley 44/2006 de 30 de Diciembre**, por la que se procede a modificar la Ley 26/1984 de 19 de Julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios.*

*Conforme al nuevo articulado en **los contratos TME** “en aquellos supuestos en los que el cliente reciba de TELEFÓNICA MÓVILES DE ESPAÑA SAU un apoyo económico para la adquisición de un terminal u otras condiciones comerciales especialmente ventajosas (en adelante “apoyo económico”) y cuando así se haya acordado y aceptado expresamente por el cliente, éste se compromete a mantener la línea que haya vinculado*

al apoyo económico en el servicio Movistar y en un plan de precios que implique un compromiso de consumo igual o superior al contratado, durante un número determinado de meses (en adelante “compromiso de permanencia”). La cantidad del apoyo económico recibido y el número de meses de su compromiso de permanencia serán los pactados con el cliente en el anverso del contrato. El cliente podrá darse de baja en el servicio Movistar en todo momento o cambiar a un plan de precios que implique un menor compromiso de consumo, si bien en estos supuestos, deberá abonar a TELEFÓNICA MÓVILES DE ESPAÑA SAU, una cantidad proporcional al apoyo económico recibido y al número de meses que ha respetado su compromiso de permanencia. La mencionada cantidad será pasada al cobro al cliente en su factura. Lo anterior será aplicable igualmente en el caso de interrupción definitiva del servicio, cambio de titular y cambio de numeración. Se informa al cliente de que existe la posibilidad de adquirir el mismo u otros terminales o contratar los mismos servicios sin recibir apoyo económico y, por tanto, sin compromiso de permanencia”.

*Según alega **TME** el importe concreto a satisfacer por el abonado en el supuesto de incumplimiento del compromiso de permanencia será en todo caso proporcional al apoyo económico recibido/ahorro económico del que el cliente se ha beneficiado y al número de meses que se ha respetado el compromiso de permanencia.*

*Respecto a **VODAFONE** el nuevo compromiso de permanencia queda redactado de la siguiente forma:*

“El cliente se compromete a permanecer dado de alta en este Contrato con la línea vinculada al mismo durante los dieciocho (18) meses siguientes, contados a partir de la fecha de la firma del Contrato. En caso de baja anticipada del Cliente por cualquier causa, suspensión definitiva del Servicio motivada por impago del Cliente de las cantidades adeudas a Vodafone o cambio desde el plan de precios contratado a otro plan de precios distinto que tenga un compromiso de consumo mínimo menor, el Cliente abonará a Vodafone una cantidad que podrá ser hasta un máximo de 150 euros (impuestos indirectos no incluidos) en concepto de compensación por la subvención obtenida de Vodafone como descuento sobre el precio de mercado del terminal. Todo lo anterior se entiende sin perjuicio de lo que pudiera pactarse al respecto en

condición particular posterior entre Vodafone y el Cliente, en su caso”.

Según alega VODAFONE el importe concreto a satisfacer por el abonado en caso de incumplimiento del compromiso de permanencia se calcula de manera proporcional al grado de incumplimiento del compromiso, dependiendo por tanto la penalización del momento en que el cliente solicita la baja del servicio y existiendo una graduación de la cantidad a abonar a partir del sexto y duodécimo mes del contrato.

Conforme al Artículo 105 de la Ley General de Telecomunicaciones “los consumidores que sean personas físicas y otros usuarios finales tendrán derecho a celebrar contratos con los operadores que faciliten la conexión o el acceso a la red de telefonía pública. A la formalización del contrato le será de aplicación la normativa general sobre protección de los consumidores y usuarios”. A los efectos del presente expediente, interesa en particular reiterar la aplicabilidad de la Ley 26/1984 de 19 de Julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, recientemente modificada por la Ley 44/2006 de 29 de Diciembre.

Por todo ello y dados los elementos analizados, no se deduce la conveniencia de iniciar el correspondiente procedimiento por parte de esta Comisión. Sin perjuicio de que los hechos denunciados puedan ser examinados, en su caso, por los tribunales ordinarios de la jurisdicción civil a la luz de la normativa vigente en materia de protección de los consumidores y usuarios.

-----0-----

2ª ACUERDO del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de 18 de Diciembre de 1997 en el marco del Expediente R 3946.

“Con fecha 2 de Noviembre de 2006 se ha recibido en el Registro de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones un escrito de la ASOCIACIÓN DE CONSUMIDORES EN ACCIÓN-FACUA (en adelante FACUA) en el que solicita a esta Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones medidas sancionadoras y correctoras oportunas, en relación con el cobro de las facturas a determinados usuarios de ESTO ES ONO SAU, (en adelante, ONO) en las que se ha facturado indebidamente a sus abonados una determinada cantidad como penalización al darse de baja en el servicio.

Entiende FACUA que ONO ha incurrido en una infracción de la Ley 26/1984 de 19 de Julio, General para la Defensa de los

Consumidores y Usuarios, al no aparecer reflejadas en los contratos las penalizaciones por baja anticipada o, incluso apareciendo en los mismos, al no haber sido debidamente remitidos a los abonados.

*En el caso que nos ocupa, al margen de cuál sea la calificación jurídica de las prácticas en el marco de la defensa del consumidor, esta Comisión estima que los hechos puestos de manifiesto por FACUA no son competencia de esta Comisión, debiendo en consecuencia **ser analizados por los tribunales ordinarios de la jurisdicción civil** a la luz de la normativa vigente en materia de protección de los consumidores y usuarios.*

*En atención a lo anterior, cabe concluir que **la competencia** para atender esta reclamación no corresponde a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, **sino a la jurisdicción ordinaria** en relación con la defensa de los consumidores y usuarios y al Ministerio de Industria, Comercio y Turismo.*

SEXO.- A este Expediente Sancionador, en todo caso, le es de aplicación la **doctrina del principio de confianza legítima** de y en los actos emanados de la Administración, derivado del principio constitucional del principio de seguridad jurídica ex Artículo 9 CE, en tanto que “es un principio inspirador de la actuación administrativa” reconocido hoy por el **Artículo 3.1** de la Ley 30/1992 de 26 de Noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, tras la Reforma efectuada por la Ley 4/1999 de 13 de Enero.

La Ley 4/1999 establece en su Exposición de Motivos que “en primer lugar, en el Título Preliminar se introducen los principios de actuación de las Administraciones Públicas, derivados del de seguridad jurídica. Por una parte, el principio de la buena fe, aplicado por la jurisdicción contencioso-administrativa, incluso antes de su recepción por el Título Preliminar del Código Civil. Por otra, el principio bien conocido en el Derecho procedimental europeo y también recogido por la jurisprudencia contencioso-administrativa de **la confianza legítima de los ciudadanos en que la actuación de las Administraciones Públicas no puede ser alterada arbitrariamente**”.

“E igualmente deberán respetar en su actuación los principios de la buena fe” “sirviendo con objetividad los intereses generales...con pleno sometimiento a la ley y al Derecho” ex Artículo 103 de la Constitución Española.

SÉPTIMO.- A modo de conclusión, esta Sala de Competencia entiende procedente hacer unas consideraciones con valor **obiter dictum**:

1ª Al conformar esta nacida Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (ex Ley 3/2013 de 4 de Junio) un todo uniforme, en el que se engloban la totalidad de los sectores de la actividad económica, entre ellos Competencia y Telecomunicaciones (en este concreto caso y Expediente) vendría incomprensible que esta Sala de Competencia **ignorara a sabiendas y arbitrariamente** las Resoluciones y Circulares emanadas de la antigua Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, hoy Dirección General y, en consecuencia, dictara Resoluciones contra la lógica y la razón (doctrina jurisprudencial y constitucional).

2ª La Dirección de Investigación califica la conducta de Telefónica Móviles de España S.A.U., como **grave**.

Ciertamente, en el expediente se carece de motivación previa y suficiente para llegar a tal conclusión, con lo que estaríamos en presencia de una vulneración, entre otros, del Artículo 54 de la Ley 30/1992 de 26 de Noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

3ª Finalmente, a la luz de los anteriores pronunciamientos esta SALA DE COMPETENCIA, en todo caso, entiende no procede a examinar las conductas imputadas a TELEFÓNICA MÓVILES DE ESPAÑA SAU, por supuestas prácticas infractoras del Artículo 1 de la Ley 15/2007 de 3 de Julio, de Defensa de la Competencia y del Artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, por cuanto las mismas no han afectado a la libre competencia.

Sin perjuicio de lo anterior y **ad cautelam** dejar acreditados los mandatos excluyentes de los propios artículos citados en sus apartados tres y tres, respectivamente.

Vistos los preceptos citados y los demás de general aplicación, esta **SALA DE COMPETENCIA** de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, en la Sesión Plenaria celebrada en el día de hoy

HA RESUELTO

ÚNICO.- Declarar la no procedencia de incoación de procedimiento sancionador y el archivo de las actuaciones seguidas contra TELEFÓNICA MÓVILES DE ESPAÑA SAU, por inexistencia de conductas prohibidas por el Artículo 1 de la

Ley 15/2007 de 3 de Julio, de Defensa de la Competencia, descritas e instruidas en el marco del Expediente Sancionador S/0422/12 Contratos de Permanencia.

Comuníquese esta Resolución a la Dirección de Competencia y notifíquese fehacientemente a la totalidad de partes interesadas, haciéndoseles saber que contra la misma no cabe recurso alguno en esta vía previa administrativa, pudiendo hacerlo en el plazo de DOS MESES contados desde el siguiente día al de su notificación, ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativo: la Audiencia Nacional.”

VOTO PARTICULAR DISCREPANTE que formula el Consejero D. Benigno Valdés Díaz a la presente Resolución, aprobada en la Sesión Plenaria de la SALA DE COMPETENCIA de la CNMC del día 29 de octubre de 2014, en el marco del Expediente S/0422/12 CONTRATOS DE PERMANENCIA.

Mi discrepancia se explicita de este modo:

PROEMIO.

Para la determinación de la sanción la *Resolución* aplica la *Comunicación sobre Sanciones* aprobada por el Consejo de la extinta CNC con fecha 6 de Febrero de 2009. Por las razones que se exponen en este *PROEMIO*, considero que ese método de determinación de sanciones es inapropiado por no adecuarse a lo establecido en la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia.

SOBRE EL REGIMEN SANCIONADOR PREVISTO EN LA VIGENTE LEGISLACIÓN DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA

(I) “Volumen de ventas” vs. “volumen de negocios total” de la empresa infractora

El Artículo 10 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, dice:

« [...] multas de hasta 150.000.000 de pesetas, cuantía que podrá ser incrementada hasta el 10 % del **volumen de ventas** correspondiente al ejercicio económico inmediato anterior a la resolución del Tribunal».

Y el Artículo 63. 1 (a), (b) y (c) de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, dice:

«Los órganos competentes podrán imponer [...] las siguientes sanciones: Las infracciones leves [...] con multa de hasta el 1% [...], las graves con multa de hasta el 5% [...], [y] las muy graves con multa de hasta el 10% del **volumen de negocios total** de la empresa infractora en el ejercicio inmediatamente anterior al de la imposición de la multa».

¿Qué diferencia existe entre “volumen de ventas” y “volumen de negocios total” de una empresa? A mi juicio, desde el punto de vista lingüístico ninguna: el volumen de ventas de una empresa es su volumen de negocios y el término “total” no añade nada a ese concepto, sólo hace de su nombre un pleonismo (“Lo he visto”. “Lo he visto **con mis propios ojos**”). Ahora bien, el asunto está teniendo una enorme importancia en la aplicación del régimen sancionador previsto en la Ley 15/2007: *¿Qué debemos entender por **volumen de negocios total** de la empresa infractora, la facturación de la empresa en todos los mercados en los que opera o únicamente en el mercado en el que comete la infracción?*

Hay quienes consideran que la incorporación del término “total” en la Ley 15/2007 la hace mucho más precisa que su antecesora, la Ley 16/1989, que no incorpora ese término. El argumento es que la palabra “total” implica que el concepto “volumen de ventas” o “volumen de negocios” se refiere a *la totalidad de*

los ingresos obtenidos por la empresa, con independencia del número de bienes que produce y de mercados afectados por la infracción. Que en realidad la misma pregunta se hubiera planteado en relación con la Ley 16/1989 (Vid. STS, Sala de lo Contencioso, de 11 de Noviembre de 2009, en el recurso de casación número 1246/2006), que no incorpora ese término, demuestra que el verdadero problema (¿se debe sancionar a una empresa infractora sobre la base del ingreso obtenido en el mercado en el que ha cometido la infracción, o del ingreso obtenido en todos los mercados en los que opera, incluidos aquellos en los que no ha realizado infracción alguna?), no tiene una solución semántica. Hemos de abordar la cuestión con instrumentos distintos al meramente lingüístico; y, como veremos, esos instrumentos *existen*.

Mi punto de partida es, primero, el Art. 3 del Código Civil, que establece: **“1. Las normas se interpretarán [...] atendiendo fundamentalmente a [su] espíritu y finalidad”**; y segundo, el *Preámbulo* de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, que resume “el espíritu y finalidad” de la propia Ley: proporcionar un sistema bien articulado que, **“sin intervenir de forma innecesaria en la libre toma de decisiones empresariales, [nos] permita contar con los instrumentos adecuados para garantizar el buen funcionamiento del mercado”**.

Con ánimo de aplicar esos principios al presente caso, clasifiquemos las empresas en dos grupos: las que producen un bien y operan en un sólo mercado, y las que producen varios bienes y operan en otros tantos mercados diferentes. (Otras clasificaciones son posibles; por ejemplo, empresas que producen un solo bien y únicamente operan en el mercado regional X vs. empresas que producen ese bien pero operan en todo el territorio nacional, etcétera. Como el análisis es análogo en todos los casos, nos ceñimos al propuesto).

Pues bien, consideremos una empresa que *produce tres bienes: B1, B2 y B3* y opera en los correspondientes mercados: *MB1, MB2 y MB3*. Imaginemos que comete una infracción que rompe el buen funcionamiento del mercado *MB1*, pero sin que ello tenga influencia alguna en los mercados *MB2* y *MB3*, en los que la empresa tiene un comportamiento ejemplar. Para determinar la sanción, ¿debemos utilizar el “volumen de negocios” en el mercado *MB1* (cuyo “buen funcionamiento” la empresa *ha distorsionado*), o el “volumen de negocios” en *todos* los mercados en los que opera, incluidos *MB2* y *MB3*, cuyo “buen funcionamiento” **no** ha distorsionado en absoluto?

Si la respuesta es “todo” el volumen de negocios, entonces la Ley se vuelve absurda. En efecto: como hemos señalado, su propósito es proporcionar un sistema bien articulado que, **“sin intervenir de forma innecesaria en la libre toma de decisiones empresariales, [nos] permita contar con los instrumentos adecuados para garantizar el buen funcionamiento del mercado”**. Sobre esa base, ¿qué lógica tiene sancionar a la empresa por **no** distorsionar el buen funcionamiento de los mercados *MB2* y *MB3*? Por otro lado, si así se hace la Ley es **discriminatoria para las empresas multi-producto en relación con las empresas uniproducto**; y de poco sirve argumentar que la

empresa multi-producto puede evitar esa discriminación *organizándose en tantas empresas uniproducto como bienes y servicios produce*, porque en tal caso la Ley está empujando a la empresa a organizarse de manera sub-óptima (de otro modo no habría elegido la forma multi-producto en primer lugar). En otras palabras, la Ley “se derrota a sí misma” porque, aun sin pretenderlo, está interviniendo “**de forma innecesaria en la libre toma de decisiones empresariales**”.

En suma, si, como afirma el Artículo 3 Código Civil, las normas deben interpretarse “*atendiendo fundamentalmente a [su] espíritu y finalidad*”, entonces por “*volumen de negocio total de la empresa infractora*” debe entenderse, **exclusivamente**, “*el ingreso obtenido por la empresa en el mercado afectado por la infracción*”.

(II) Proceso de determinación de las sanciones

La Ley 15/2007, de Defensa de la Competencia, establece los intervalos matemáticos en los que deben situarse las sanciones *en términos del % del volumen de negocios de la empresa infractora en el mercado [afectado por la infracción] en el ejercicio inmediatamente anterior al de imposición de la multa*, y atendiendo a los elementos considerados en su Artículo 64.

En efecto, dicha Ley, y su interpretación por la Audiencia Nacional (por todas, SAN 4598/2012, Recurso 188/2012, de 23 de Diciembre de 2013), establecen que, sobre la base de los Artículos 62, 63 y 64, el órgano sancionador determine **un porcentaje concreto** dentro del intervalo (0%,1%) cuando la infracción es leve, (0%,5%) cuando es grave y (0%,10%) cuando es muy grave, porcentaje que al ser aplicado al “volumen de negocios de la empresa infractora [en el mercado afectado] en el ejercicio inmediatamente anterior al de la imposición de la multa”, da **como resultado el monto** de ésta. En otras palabras, la Ley opera en sentido “**% del volumen de negocios en el ejercicio...→monto de la multa**”.

No está previsto en ella que el órgano sancionador se dote a sí mismo de un método para la determinación de la multa que opere en sentido contrario, es decir, determinar *primero el monto* de la multa y luego, como residuo, el porcentaje que representa sobre el “volumen de negocios de la empresa infractora en el ejercicio inmediatamente anterior al de la imposición de la sanción”: “**monto de la multa→ % del volumen de negocios en el ejercicio...**”

Dejando aparte si esa forma de proceder es acorde a Derecho o no, lo cierto es que, cuando opera de ese modo, el órgano sancionador se expone a enfrentarse a ciertas “anomalías”; por ejemplo, que el porcentaje así obtenido sea superior al 1%, 5% o 10% que la Ley establece como techo para, respectivamente, las infracciones leves, graves y muy graves.

Un ejemplo de lo anterior lo constituye el método para determinar las multas presente en la *Comunicación sobre Sanciones* aprobada por el Consejo de la extinta CNC con fecha 6 de Febrero de 2009, y a cuyo análisis procedo a continuación.

(III) «Comunicación» de la extinta CNC sobre cuantificación de sanciones.

(1) El método utilizado por la extinta CNC consiste en obtener lo que la *Comunicación* denomina «importe básico» de la sanción, de la siguiente manera:

$$IB = p \sum_{i=1}^T \alpha_i VMA_i, \quad [1]$$

donde $p \in (10\%, 30\%)$, dependiendo de la gravedad de la infracción y de si el bien o servicio en cuestión es un insumo susceptible de producir efectos en cascada en la producción de otros bienes o servicios; $i=1$, el último año en el que sabemos que se ha cometido la infracción, de modo que $i=2$ es el penúltimo, $i=3$ el antepenúltimo, ..., $i=T$ el primero; VMA_i es el valor de las ventas de la empresa infractora en el mercado afectado en el año i ; y α_i es un factor de ponderación que toma el valor 1 cuando $i=1$, 0.75 cuando $i=2$, 0.50 cuando $i=3$, 0.25 cuando $i=4$, etc.; es decir: $\alpha_1 VMA_1$ representa el valor ponderado de las ventas de la empresa infractora en el mercado afectado el último año en el que cometió la infracción, $\alpha_2 VMA_2$ el 75% del valor ponderado de las ventas en el penúltimo año de la infracción, etcétera.

Una vez obtenido IB , la sanción efectiva, S , se obtiene multiplicando IB por un factor de corrección, C_a , que toma valores $C_a > 1$ cuando la suma de los agravantes es mayor que la de los atenuantes, $C_a < 1$ cuando sucede lo contrario, y $C_a = 1$ cuando ambos suman igual o simplemente no existen. Es decir,

$$S = C_a IB \quad [2]$$

Si S está dentro de los intervalos sancionadores establecidos por la ley, S se convierte en sanción efectiva; pero si es mayor que el máximo contemplado en la Ley, entonces se aplicará ese máximo.

(2) Dado que por “volumen de negocios total de la empresa infractora” hemos resuelto que se debe entender exclusivamente el ingreso obtenido en el mercado afectado por la infracción, partimos de ese principio. Podemos distinguir dos casos: (a) el último año en el que la empresa cometió la infracción es el año anterior a aquél en el que se le impone la sanción; y (b) es hace varios años antes. En el primer caso:

$$IB_t = p[VMA_{t-1} + 0.75 VMA_{t-2} + 0.50 VMA_{t-3} + \dots]$$

De modo la sanción efectiva es:

$$S_t = C_a IB_t = C_a p[VMA_{t-1} + 0.75 VMA_{t-2} + 0.50 VMA_{t-3} + \dots]$$

En consecuencia:

(a.1) Si no hay agravantes ni atenuantes, o si ambos pesan igual, entonces $C_a = 1$ y S_t es mucho mayor que la sanción máxima contemplada en la Ley 15/2007 para las infracciones muy graves, 10% de VMA_{t-1} , porque $p \in (10\%, 30\%)$: $S_t > 0.1 VMA_{t-1}$. Con más razón, pues, supera el techo de las faltas graves y leves, 5% de VMA_{t-1} y 1% de VMA_{t-1} , respectivamente.

(a.2) Si los agravantes suman más que los atenuantes, $C_a > 1$ y estamos en la misma situación, aunque más exagerada: $S_t \gg 0.1 VMA_{t-1}$.

(a.3) Si los agravantes suman menos que los atenuantes, $C_a < 1$ y $S_t \leq 0.1VMA_{t-1}$, aunque no es imaginable un $C_a < 1$ suficientemente pequeño para hacer $S_t < 0.1VMA_{t-1}$ (y no digamos para hacerlo menor que $0.05VMA_{t-1}$ o $0.01VMA_{t-1}$).

Es decir, cuando el último año en el que la empresa cometió la infracción es el anterior a aquel en el que se le impone la sanción, el sistema [1]-[2] genera, **por construcción**, multas que *siempre* son el máximo contemplado en la ley. En otras palabras: *Para las infracciones leves, siempre el 1%; para las graves, siempre el 5%; y para las muy graves, siempre el 10%*. De modo que **los intervalos contemplados por el legislador** (las infracciones leves, hasta el 1%; las graves, hasta el 5%; y las muy graves, hasta el 10%) **devienen irrelevantes** (cualquiera que haya sido la intención con la que fueron previstos por el legislador).

Consideremos ahora la situación (b), es decir, cuando el último año en el que sabemos que se ha producido la infracción *no* es el anterior al año t en el que se impone la sanción, sino uno anterior a él. En primer lugar, ese “último año en el que se produjo la infracción” debe ser *muy anterior* al año t en el que se impone la sanción, de otro modo nos encontraremos en igual situación que en (a). Eso se debe a que las ventas de una empresa raramente experimentan grandes cambios entre dos años consecutivos; en la práctica, VMA_{t-1} es, casi siempre, cercano a VMA_{t-2} y éste, a su vez, a VMA_{t-3} , etcétera. Por tanto, a menos que el último año en el que tuvo lugar la infracción esté muy alejado del año t en el que se impone la multa, la situación con respecto a IB , y por ello a S , será la misma que en (a).

Pero si el último año en el que tuvo lugar la infracción está muy alejado del año t en el que se impone la multa, podemos encontrarnos con que el *Código de Comercio*, Artículo 30.1, proporcione a la empresa infractora una vía de escape: «[...] el volumen de negocios correspondiente a los ejercicios [...], [...] y [...] no puede ser facilitado por la empresa, toda vez que, de conformidad con cuanto le permite el artículo 30.1 del Código de Comercio, no se conserva la documentación y justificantes concernientes a su negocio y relativos a esos ejercicios», lo que obliga al órgano sancionador a “inventar” el volumen de negocios para cada uno de esos años.

La *Comunicación* propone hacerlo del siguiente modo: «Cuando para alguno o algunos de los años del período de duración de la infracción no sea posible calcular el volumen de ventas afectado por la infracción, se imputará a tales años el volumen de ventas afectado por la infracción del último año en el que se tenga constancia de que la infracción se ha producido [...]. En aquellos casos en que ni siquiera sea posible calcular el volumen de ventas afectado por la infracción durante el último año de la misma, se tomará en su lugar el volumen de ventas de las cuentas anuales aprobadas en el último ejercicio fiscal». Con esto, la probabilidad de generar la misma situación que en (a) aumenta.

(IV) Consecuencias de aplicar la «COMUNICACIÓN»

La consecuencia inmediata de aplicar el método de determinación de multas contemplado en la *Comunicación* es que aquéllas tienden a ser **muy superiores** a las que, estrictamente aplicada, la Ley 15/2007 produce. Eso ocurre porque, como ya se ha indicado, este “método” presenta, **por construcción**, un sesgo matemático a hacer desaparecer del Artículo 63.1 la cualificación “*hasta*”, siendo sustituida por “*siempre*”: *Para las infracciones leves, siempre el 1%; para las graves, siempre el 5%; y para las muy graves, siempre el 10%*.

Sólo hay una forma de evitar ese sesgo, y aun así sólo en el caso de las empresas multi-producto y/o multi-mercado, y tampoco siempre. Consiste en interpretar el concepto “*volumen de negocios total de la empresa infractora en el ejercicio inmediatamente anterior al de la imposición de la multa*” como el ingreso consolidado de la empresa. En ese caso puede que en ocasiones (la probabilidad es mayor cuanto mayor es el volumen de ingreso consolidado) resulte $S_t < 0.1VMA_{t-1}$ (pero más difícil que resulte $S_t < 0.05VMA_{t-1}$ o $S_t < 0.01VMA_{t-1}$). Ahora bien, como hemos puesto de manifiesto (*Vid.* Apartado [I] más arriba) esa interpretación del concepto “*volumen de negocios total [...]*” es inasumible.

La segunda consecuencia, probablemente derivada de lo anterior, es que la AN no está a favor de tal “método” y, como resultado, sistemáticamente anula en ese punto (la determinación del monto de las multas) cuantas *Resoluciones* del Consejo de la extinta CNC pasan por su jurisdicción como consecuencia de los recursos contencioso-administrativos interpuestos por las empresas sancionadas.

Ocurre también que, como $S_t > 0.1VMA_{t-1}$, el órgano sancionador se ve forzado a considerar que el verdadero **cuadro de sanciones** no es el Artículo 63.1, sino el que resulta del algoritmo $S_t = C_a IB_t$; de modo que los intervalos (0%,1%), (0%,5%) y (0%,10%) del Artículo 63.1 (con sus respectivos grados alto, medio y mínimo, como obliga el Derecho español) **no** son verdaderos *intervalos sancionadores*, sino simples indicadores de la multa *máxima* que se puede imponer cuando S_t los supera. En otras palabras, el 1%, 5% y 10% del Artículo 63.1 no son el límite superior de sendos **intervalos sancionadores** sino meros “*umbrales de nivelación*” [sic] de las sanciones obtenidas con el algoritmo $S_t = C_a IB_t$; **y así, el cuadro sancionador de la Ley 15/2007 es secuestrado por el método de cálculo de sanciones de la Comunicación y sustituido por el resultante de ella, que es completamente distinto –algo que, a mi juicio, la CNMC no está facultada para hacer–.** (A este respecto véase, entre otros, mi Voto Particular Discrepante a la *Resolución* de esta SALA del día 22 de septiembre de 2014, Apartado SEGUNDO, en el marco del Expediente S/0428/12 PALÉS). La Audiencia Nacional ha rechazado repetidamente ese secuestro del cuadro sancionador de la Ley 15/2007.

Sobre la base de todo lo anterior, fundamentaré algunas de mis discrepancias con la «Resolución»

PRIMERO.-La *Resolución* afirma (pág. 86): «La *Comunicación sobre la fijación de las sanciones [...] adoptada por la CNC en el año 2009, pretende establecer unas directrices que, con carácter general, guíen la aplicación de los criterios para la determinación del importe [...] Estas orientaciones [...] han sido las empleadas para la determinación de la sanción en la presente Resolución*». A la luz de lo expuesto con anterioridad queda claro que este Consejero estima que eso es inapropiado. Pero con independencia de ello, hago notar que, si se opta por aplicar la *Comunicación*, al menos debe hacerse estrictamente; y en mi opinión, la presente *Resolución* no lo hace. En este sentido, destaco lo siguiente (el énfasis es añadido):

«Para la determinación del tipo (%) a aplicar [se refiere al parámetro **p** de la expresión (1) en el Apartado III del PROEMIO] [...] esta Sala ha considerado ajustado [...] fijar en un 1,5% el tipo a aplicar» (pág.89).

Pues bien, en mi opinión eso no se puede hacer. No existe resquicio alguno en la *Comunicación* que permita hacer tal cosa. Ninguno. El Punto (14) de la *Comunicación* establece –sin posible duda interpretativa– que **p** posee un **límite inferior** del 10%, sin disminución alguna dentro del marco de la propia *Comunicación*. Por el contrario, el mismo Punto (14) establece asimismo que **p**, «**partiendo del 10 %, podrá incrementarse** [hasta el 30%] en consideración a los siguientes criterios [...]». Y para rematar: «**Por lo tanto**, [el parámetro **p**] **se situará entre un 10 y un 30%**».

A pesar de lo anterior, la *Resolución* se enreda en una argumentación *ad hoc* para el caso que nos ocupa. Comienza por afirmar (pág. 89) que «los criterios **habitualmente aplicados [...] no pueden trasladarse miméticamente al caso que aquí se analiza**». Lo justifica así: **(a)** «por un lado, la conducta, de naturaleza vertical, es calificada por el artículo 62 como grave, y no como muy grave»; y **(b)** el sumatorio de los ingresos derivados de los Contratos Premium Especial PYME durante los años 2007 a 2013 refleja el volumen de negocios afectado por la infracción pero, sin embargo, el importe de los ingresos ilícitos obtenidos por la empresa infractora sobre dicho volumen de negocios no resulta equivalente al obtenido o calculado habitualmente en cárteles u otras restricciones horizontales».

Analicemos estos dos elementos. Con respecto a **(a)**, el argumento es que la infracción es grave y no muy grave. Cierto, y eso no prueba que, de acuerdo con la *Comunicación*, el parámetro **p** pueda –y mucho menos deba– reducirse del 10% al 1,5%. (*Non sequitur*). Sí implica, en cambio, que cuando la infracción es muy grave **p** pueda **umentarse** del 10% al 20%. La *Comunicación* lo explicita de forma clara (Punto 14, apartado i): «Si la infracción es calificada como muy grave, [**p**] se podrá aumentar hasta en diez puntos porcentuales». Es decir, en lugar del 10%, el 20%. En los términos definidos por la *Comunicación*, que la infracción esté tipificada de muy grave permite que **p** sea aumentado del 10 al 20%, pero que la infracción esté tipificada de grave de ningún modo permite que **p** sea reducido por debajo del 10%

Ahora vayamos a **(b)**. No he entendido qué quiere decir. Tampoco he conseguido que la mayoría en esta SALA de COMPETENCIA me lo explique.

Parece –pero en las circunstancias esto es una conjetura– que en opinión de la citada mayoría no se puede aplicar el habitual $p_{min} = 10\%$ porque la supuesta restricción competitiva que nos ocupa es vertical, no horizontal. Pero en tal caso, lo que cabría es aumentar el parámetro p en diez puntos porcentuales, no reducirlo. La *Comunicación* también lo explicita de manera muy clara (Punto 14, ii): «*Si el mercado relacionado con la infracción corresponde a un input productivo susceptible de provocar efectos en cascada en distintos mercados, [p] se podrá aumentar hasta en diez puntos porcentuales*».

N/B. Vaya por delante que, en contra de lo que sostiene la *Resolución*, en mi opinión no estamos ante una restricción vertical *strictu sensu*. Entraré en ese tema más adelante. Por ahora, digo que el argumento aducido por la Sala no se puede utilizar para reducir el parámetro p (**sí**, por el contrario, **para aumentarlo**). En resumen, mi opinión es que de acuerdo con la propia *Comunicación* el parámetro p de la expresión [1] del Apartado III del PROEMIO no puede ser inferior al 10%, de modo que no es posible asignarle el valor 1,5%, como hace la *Resolución*.

SEGUNDO.- El Apartado I-(4) de la *Comunicación* da pie a no aplicarla cuando el órgano sancionador entienda que no encuentra forma de hacerlo, en cuyo caso permite que sea sustituida, con carácter excepcional, por algún otro mecanismo de determinación de la sanción. Ahora bien, si lo que se pretende es utilizar ese Apartado para **aplicarla pero cambiando sus parámetros al arbitrio del órgano sancionador**, ¿entonces qué queda del Apartado I-(3) de la propia *Comunicación*?

Para decirlo de manera más explícita: Si el órgano sancionador puede cambiar el parámetro p a la baja hasta el nivel que le plazca, entonces también puede cambiar los parámetros α_i –de hecho, **desde el punto de vista matemático da exactamente lo mismo reducir p que los α_i** –, etcétera. Pero en tal caso es el propio órgano sancionador quien se interna, aún más de lo que ya lo hace la *Comunicación*, en el terreno vedado de las «**formulaciones tan abiertas por su amplitud, vaguedad o indefinición**» que la sanción «**dependa de una decisión prácticamente libre y arbitraria del intérprete y juzgador**» (STC 34/1996, de 11 de marzo, FJ 5).

TERCERO.- «La *Resolución* afirma lo siguiente (89): «*[...] la multa queda determinada en [...] 25.784.341 euros, que se encuentra dentro del límite previsto legalmente*». Pero eso se debe a (i) la inadecuada aplicación de la propia *Comunicación* que he reseñado en los apartados PRIMERO y SEGUNDO anteriores; y (ii), y más importante, el volumen de ingresos que se ha utilizado no es el apropiado. En primer lugar, la aplicación del algoritmo establecido en la *Comunicación* no genera una sanción de 25 millones de euros, **sino de 172 millones de euros** (se omiten los volúmenes de ventas para respetar la confidencialidad solicitada por la empresa):

$$\begin{aligned}
 IB_{2014} &= p[VMA_{2013} + 0.75 VMA_{2012} + 0.50 VMA_{2011} + \dots] \\
 &= 0,1 * ([...] + 0,75 * [...] + 0,5 * [...] + 0,25 * [...] + 0,15 * [...] + 0,1 \\
 &\quad * [...] + 0,05 * [...] + 0,01 * [...]) = 172.603.738,43
 \end{aligned}$$

En segundo lugar, el volumen de ingreso total que se ha utilizado para *contrastar* –que no *determinar*– el porcentaje que representa la multa, no es el correspondiente a la actividad *en la que se ha producido la infracción en el ejercicio 2013*, sino el *consolidado* de la empresa, es decir, el obtenido de todas sus actividades, *incluyendo aquellas en las que no se le imputa haber cometido infracción alguna*.

He argumentado en el Apartado I del *Proemio* por qué a mi juicio el “*volumen de negocios total de la empresa en el ejercicio inmediatamente anterior a la imposición de la multa*” al que se refiere la Ley 15/2007, no es el *consolidado* de la empresa, sino **exclusivamente** el obtenido en el *mercado afectado por la infracción*. Pues bien, cuando los dos elementos anteriores se toman en cuenta, la multa resultante de aplicar el algoritmo de la *Comunicación* es el **34% de dicho volumen de negocios, muy por encima del techo del 5%** contemplado en el Artículo 63.b) de la Ley 15/2007.

CUARTO.– Sentado lo anterior, es natural considerar ahora lo siguiente: Existen **infinitos** $p < 10\%$. De entre todos ellos, la mayoría de la SALA ha escogido *específicamente* $p = 1,5\%$. Puesto que esa elección es esencial para concluir que la multa debe ser 25.784.341 euros y no cualquier otra entre las –*también infinitas*– multas posibles, una para cada $p < 10\%$, es indudable que la elección requiere una **motivación**, ex Art. 218-2y3 de Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil. En mi opinión, y tal como he argumentado en el Apartado PRIMERO anterior, la *Resolución* no da ninguna que se ajuste «*a las reglas de la lógica y la razón*».

Sin duda por *casualidad*, y a pesar de que la probabilidad matemática del suceso es –a efectos prácticos– nula, ocurre que 25.784.341 euros es **exactamente** el 5% del «volumen de negocios afectado por la infracción en el ejercicio inmediatamente anterior a la imposición de la sanción». Sin duda también *por casualidad*, cualquier p mayor que 1,5% produce una multa superior al techo del 5%. Que se haya optado por **exactamente** $p = 1,5\%$ es verdaderamente milagroso desde la perspectiva de la *probabilidad matemática*.

Deja de ser milagroso si la elección se realiza de la siguiente forma: ¿Qué multa es necesaria para representar **exactamente** el 5% del «volumen de negocios afectado por la infracción en el ejercicio 2013»? La respuesta es trivial e inmediata: 25.784.341 euros. ¿Y qué p es necesario para que la expresión IB_{2014} tome **exactamente** el valor 25.784.341 euros? La respuesta también es trivial e inmediata: 1,5%. **De ninguna manera** esto implica que el 1,5% ha sido obtenido por ese procedimiento, sólo que **a falta de una explicación sobre el porqué de su improbable elección**, el mecanismo descrito no requiere la concurrencia de un «milagro».

QUINTO.- Si el anterior desarrollo argumental cuestiona la *Comunicación* –y por ello el procedimiento sancionador de la *Resolución*– en cuanto construcción matemática apropiada para determinar el monto de las sanciones previstas en los Artículos 63 y 64 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, y en sus equivalentes en la Ley 16/1989, el **quid sustantivo** radica en la vulneración del principio de legalidad y, en consecuencia, del de seguridad jurídica, lo que conduce a la vulneración de la tutela judicial efectiva, ex Artículos 9 y 24 de la Constitución Española.

La *Comunicación* choca con el principio de legalidad al pretender dar mayor peso aplicativo a una disposición con rango normativo inferior a una Ley que a preceptos legales concretos que sí tienen ese rango: el Artículo 10 de la Ley 16/1989, de 17 de Julio, de Defensa de la Competencia, y los Artículos 62 y siguientes y concordantes de la Ley 15/2007, de 3 de Julio, de Defensa de la Competencia, preceptos que han tenido un desarrollo doctrinal constitucional y jurisprudencial. Como simple mención cabe citar, por todas, la **STC 100/2003, de 2 de Junio**, que en cuanto a la reserva de Ley en la determinación de las sanciones administrativas establece lo siguiente:

«Se abre así la posibilidad de que las leyes se remitan a normas reglamentarias en este ámbito, con el límite infranqueable, en todo caso, de que dicha remisión no facilite "una regulación independiente y no claramente subordinada a la Ley" (SSTC 42/1987, de 7 de abril, FJ 2; 101/1988, de 8 de junio, FJ 3; 61/1990, de 29 de marzo, FJ 8; 341/1993, de 18 de noviembre, FJ 10; y 25/2002, de 11 de febrero, FJ 4). En definitiva, según se destaca en la STC 113/2002, de 9 de mayo, FJ 3, reiterando lo ya dicho en el fundamento jurídico 3 de la STC 305/1993, de 25 de octubre, "el art. 25 de la Constitución obliga al legislador a regular por sí mismo los tipos de infracción administrativa y las sanciones que les sean de aplicación, sin que sea posible que, a partir de la Constitución, se puedan [...] introducir nuevas sanciones o alterar el cuadro de las existentes por una norma reglamentaria cuyo contenido no esté suficientemente predeterminado o delimitado por otra con rango de Ley". »

Previamente recuerda lo dicho en la doctrina expresada por la STC 42/1987, de 7 de Abril:

«El derecho fundamental así enunciado incorpora la regla "nullum crimen nulla poena sine [prae]via lege", extendiéndola incluso al ordenamiento sancionador administrativo, y comprende una doble garantía. La primera, de orden material y alcance absoluto, tanto por lo que se refiere al ámbito estrictamente penal como al de las sanciones administrativas, refleja la especial trascendencia del principio de seguridad en dichos ámbitos limitativos de la libertad individual y se traduce en la imperiosa exigencia de predeterminación normativa de las conductas ilícitas y de las sanciones correspondientes. La segunda, de carácter formal, se refiere al rango necesario de las normas tipificadoras de aquellas conductas y reguladoras de estas sanciones, por cuanto, como este Tribunal ha señalado reiteradamente, el término 'legislación vigente' contenido en dicho art. 25.1 es expresivo de una reserva de Ley en materia sancionadora" (loc. cit., FJ 2). [...] hemos hecho hincapié en esta doble garantía en las SSTC 133/1999, de 15 de julio, FJ 2; 276/2000, de 16 de noviembre, FJ 6; 25/2002, de 11 de febrero, FJ 4; 75/2002, de 8 de abril, FJ 4; y 113/2002, de 9 de mayo, FJ 3 [...]

[...] En lo que ahora estrictamente interesa debemos señalar que, supuesta la vinculación de la garantía material con el principio de seguridad jurídica, este Tribunal ha precisado que incorpora el mandato de taxatividad o de *lex certa*, "que se traduce en la exigencia de predeterminación normativa de las conductas punibles y de sus correspondientes sanciones" (entre otras, SSTC 142/1999, de 22 de julio, FJ 3, y 123/2001, de 4 de junio, FJ 11)».

La certeza implica, como también tiene señalado la AN (por todas, SAN de 23 de diciembre de 2013, Recurso Nº 188/2012) «una determinación clara en cuanto a la sanción aplicable, estableciendo al menos un mínimo y un máximo, que permita graduar la sanción administrativa [...]».

EN CONCLUSIÓN: Mi discrepancia con esta parte de la *Resolución* se fundamenta en dos consideraciones básicas: **La primera**, por cuanto una norma de rango inferior no puede atacar lo dispuesto por una norma con rango de Ley. **La segunda**, por cuanto la *Comunicación* es una creación *ad hoc* y su aplicación lleva a un resultado aritmético superior al techo sancionador, que después se corrige a capricho para reducirlo a dicho techo, lo que representa un procedimiento de determinación de las multas que opera en sentido contrario al contemplado en las Leyes de Defensa de la Competencia, con las consecuencias expuestas en el presente Voto Particular.

SEXTO.- Lo anterior explicita mi discrepancia con un elemento esencial de la *Resolución*: el procedimiento seguido en ella para la determinación de la sanción. Pero siendo esa una discrepancia sustantiva por mi parte, no es la única. También discrepo con el núcleo mismo de la *Resolución*: la conclusión de que, a la luz de los hechos probados, la imputada ha infringido el Art. 1 de la Ley 15/2007, de 3 de junio, de Defensa de la Competencia. En mi opinión, no lo ha hecho.

La Sala sostiene que el tipo de contratos analizados constituyen una restricción (barrera) vertical a la competencia por contener: (1) una cláusula de penalización creciente en lugar de decreciente; (2) una cláusula de renovación automática, y (3) un tiempo de preaviso de cancelación del contrato que a su juicio es insuficiente. Analicemos estos elementos.

En primer lugar, si existe un periodo de preaviso para no-renovación, entonces es que la cláusula de renovación no es automática. Como esto es una obviedad, debo entender que la Sala ha querido decir que el tiempo de preaviso de un mes le parece insuficiente. Para respaldar su *parecer*, la Sala ofrece el siguiente argumento (pág. 82): es insuficiente porque «**obliga al cliente PYME de TME a una planificación adecuada si quiere cambiar de proveedor evitando las cláusulas de penalización**». (¡!)

Con respecto a la cláusula de penalización Creciente vs. Decreciente, conviene señalar que están construidas sobre fundamentos distintos; en el segundo caso, se postula que quien rompe un contrato libremente firmado debe ser penalizado en función de lo que aún le queda por pagar; en el primero, en función de los beneficios que ha acumulado debido al contrato. ¿Es el segundo fundamento legítimo y el primero no? ¿Son legítimos los dos? ¿Cuál resulta más

legítimo? ¿Y sobre qué base establecemos la medición de legitimidad? Se trata de un asunto que el análisis económico no ha solucionado, pero parece que la Sala sí lo ha resuelto. Pero desconozco cómo lo ha hecho, porque ni en la deliberación de la ponencia ni en la propia *Resolución* ha sido presentado el análisis pertinente.

En lugar de ello, la Sala ha preferido centrarse en argumentar que, legítima o no, la penalización creciente es una barrera anticompetitiva, y lo justifica así (pág. 82): « [...] supone una carga para el abonado pues ve reducidas sus posibilidades de cambiar de operador y, por ende, aumenta para los competidores el coste de captación de nuevos abonados». Sin duda la Sala conoce que la penalización decreciente también produce ese efecto. Por ello he de entender que lo que realmente quiere decir es que, en su opinión, ese efecto es mucho mayor en el caso de penalización creciente que en el decreciente. Y yo pregunto: ¿Cómo lo sabe? Técnicamente puede llegar a saberse, pero el análisis necesario para ello –que como toda investigación econométrica sería largo y tedioso– no está hecho. Y si no lo está, ¿sobre qué base decide la Sala que ese efecto es tan pequeño en el segundo caso que no constituye una restricción competitiva, y tan grande en el primero que sí la constituye?

SÉPTIMO.- Si la imputada hubiera estado en posición de *imponer* su criterio a los clientes –por ejemplo porque hubiera sido la única empresa oferente de los servicios de telefonía móvil discutidos en este Expediente– la Sala no tendría por qué haber entrado en esos problemas técnicos. Pero no es el caso, ya que no está imputada por infringir el Art. 2 de la Ley 15/2007, sino el Art. 1; en concreto, por mor de los citados contratos se le imputa la creación de una barrera vertical a la competencia, y en ese escenario sí es preciso dar una respuesta robusta a los problemas señalados, porque *el cuanto* parece ser la variable esencial. De otro modo se asume el riesgo de resolver el Expediente sin atender «a las reglas de la lógica y la razón».

A mi juicio, aplicar el Reglamento de Verticales al caso que nos ocupa es exagerado. En primer lugar, ese reglamento tiene su *primordial* aplicación en la relación contractual suministrador-intermediarios, que no es el caso que nos ocupa, toda vez que las pequeñas y medianas empresas no compran el output de la imputada para revenderlo directamente a terceros. *Subsidiariamente* podría interpretarse que ese Reglamento también puede aplicarse en un escenario en el que una empresa vende su *producto* a otras que lo utilizan como *insumo* para fabricar otros bienes que a su vez son utilizados como insumos, etc. Pero en tal caso, es preciso ser ponderado. ¿En qué medida la **diferencia** entre una cláusula de penalización creciente *vis-a-vis* una decreciente con el suministrador inicial incide en el coste de producción de sus clientes *directos*? ¿Es tal esa incidencia que el coste asociado genera *mark-ups* en cascada capaces de alterar el precio de los diferentes productos hasta tal punto que el bienestar social disminuye significativamente?

Si no es así, y en el caso que nos ocupa *no lo es a todas luces*, aplicar el Reglamento de Verticales no parece ponderado. Será legalmente posible, pero

económicamente es absurdo, más aún cuando, como ocurre en el caso que nos ocupa, el contrato entre el productor inicial y sus clientes directos es firmado libremente y en un contexto económico en el que el productor inicial no es el único oferente.

OCTAVO.- Todo cuanto he apuntado en los apartados *QUINTO Y SEXTO* fue comunicado a la Sala, primero en las varias deliberaciones habidas al efecto, y después en el *Informe Cruzado* de la Sala de Supervisión Regulatoria por medio del «*voto particular concurrente con el sentido de [ese] informe*», redactado por D. Diego Rodríguez, Iltre. Consejero de la citada Sala, y cuyo contenido completo se ajunta al presente Voto Particular como *Anexo*.

Así por este mi Voto Particular Discrepante, lo pronuncio, mando y firmo en Madrid, a 30 de octubre de 2014.