

**RESOLUCIÓN RELATIVA A LA DENUNCIA INTERPUESTA POR VODAFONE ESPAÑA, S.A.U. CONTRA TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U. POR LA COMERCIALIZACIÓN DE LOS PRODUCTOS O2**

**OFMIN/D TSA/005/18/DENUNCIA DE PRODUCTOS O2**

**SALA DE SUPERVISIÓN REGULATORIA**

**Presidenta**

D<sup>a</sup>. María Fernández Pérez

**Consejeros**

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

**Secretario de la Sala**

D. Miguel Sánchez Blanco, Vicesecretario del Consejo

En Madrid, a 21 de marzo de 2019

Visto el expediente relativo a la denuncia presentada por Vodafone España, S.A.U. contra Telefónica de España, S.A.U. por la comercialización de los empaquetamientos de banda ancha fijo bajo la marca O2, la **SALA DE SUPERVISIÓN REGULATORIA** adopta resolución basada en los siguientes:

**I ANTECEDENTES**

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

Con fecha 6 de agosto de 2018 tuvo entrada en el Registro de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (en adelante, CNMC) un escrito de Vodafone España S.A.U. (en adelante, Vodafone) a través del cual solicita que se evalúe la replicabilidad del empaquetamiento convergente que Telefónica de España, S.A.U. (en adelante, Telefónica) comercializa bajo su marca O2, así como su compatibilidad con el resto de obligaciones regulatorias a las que está sujeta Telefónica.

**SEGUNDO.- Notificación a los interesados de la apertura del procedimiento**

Mediante escritos de 17 de agosto de 2018 de la Directora de Telecomunicaciones y del Sector Audiovisual de la CNMC, se comunicó a Vodafone y a Telefónica la apertura del presente procedimiento, de conformidad con lo previsto en la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento

Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPAC). En el escrito dirigido a Telefónica también se requirió a este operador que aportara determinada información.

#### **TERCERO.- Escrito adicional de Vodafone**

Con fecha de 7 de septiembre de 2018, tuvo entrada en el Registro de la CNMC un escrito de Vodafone, por el que aportaba nueva información relativa al procedimiento de referencia.

#### **CUARTO.- Respuesta al requerimiento de información y alegaciones de Telefónica**

El día 20 de septiembre de 2018 tuvo entrada en el Registro de la CNMC la respuesta al requerimiento de información formulado a Telefónica, que venía acompañado de un escrito de alegaciones.

#### **QUINTO.- Tercer escrito de Vodafone**

Con fecha de 17 de octubre de 2018, tuvo entrada en el Registro de la CNMC un nuevo escrito de Vodafone por el que añade información adicional y presenta alegaciones nuevas al escrito de denuncia de 6 de agosto de 2018. En concreto, en este nuevo escrito, denuncia que la comercialización del producto incurre en competencia desleal por la utilización de publicidad engañosa.

#### **SEXTO.- Trámite de audiencia a los interesados**

El 23 de noviembre de 2018, y de conformidad con lo estipulado en el artículo 82 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPAC), se notificó a Telefónica y Vodafone el informe de la Dirección de Telecomunicaciones y del Sector Audiovisual, emitido en el trámite de audiencia, otorgándoles el plazo de diez días para que efectuaran sus alegaciones y aportaran los documentos que estimaran pertinentes.

#### **SÉPTIMO.- Solicitud de ampliación de plazo de Vodafone**

Con fecha de 10 de diciembre de 2018, tuvo entrada en el Registro de la CNMC un escrito de Vodafone por el que solicitaba la ampliación de plazo de cinco días hábiles para efectuar sus alegaciones al informe del trámite de audiencia de 23 de noviembre de 2018.

#### **OCTAVO.- Respuesta al trámite de audiencia**

Con fecha de 18 de diciembre de 2018, tuvo entrada en el Registro de la CNMC un escrito de Vodafone por el cual formulaba sus alegaciones al informe del trámite de audiencia.

## **NOVENO.- Escritos adicionales de Vodafone**

Con fechas 1 de febrero de 2019, 13 de febrero de 2019 y 25 de febrero de 2019, tuvieron entrada en el Registro de la CNMC escritos de Vodafone en los que ampliaba sus alegaciones al informe del trámite de audiencia como consecuencia del anuncio, por parte de Telefónica, de una rebaja en el precio de uno de los productos denunciados y las declaraciones de un directivo de Telefónica ante los medios de comunicación.

## **II FUNDAMENTOS JURÍDICO PROCEDIMENTALES**

### **II.1 HABILITACIÓN COMPETENCIAL**

En el marco de sus actuaciones la CNMC debe, de conformidad con el artículo 1.2 de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (en lo sucesivo, LCNMC) “*garantizar, preservar y promover el correcto funcionamiento, la transparencia y la existencia de una competencia efectiva en todos los mercados y sectores productivos, en beneficio de los consumidores y usuarios*”; estableciéndose en el artículo 5.1.a) entre sus funciones la de “*supervisión y control de todos los mercados y sectores productivos*”. En concreto, en lo referente al sector de las comunicaciones electrónicas, el artículo 6 dispone que la CNMC “*supervisará y controlará el correcto funcionamiento de los mercados de comunicaciones electrónicas*”, y en su apartado 5 añade que, entre sus funciones, estarán las atribuidas por la Ley General de Telecomunicaciones.

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

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

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

En fecha 6 de marzo de 2018, la Sala de Supervisión Regulatoria de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia adoptó la Resolución por la que se aprueba la metodología para la determinación del test de replicabilidad económica de los productos de banda ancha de Telefónica comercializados en el segmento residencial (en adelante, Resolución del ERT), que establece los principios y criterios del test de replicabilidad económica de las ofertas minoristas de Telefónica (incluyendo aquellas que se comercializan exclusivamente en zona BAU, cuya replicabilidad se basa en la oferta MARCo).

Además, la Resolución del ERT, en su Anexo IV, impone a Telefónica la obligación de notificar a la CNMC la comercialización efectiva de sus ofertas de carácter indefinido y temporal y establece el procedimiento, en lo que se refiere a plazos de comunicación e información relevante, que este operador debe seguir.

Por consiguiente, esta Comisión resulta competente para evaluar la compatibilidad de los productos denunciados con las obligaciones regulatorias a las que Telefónica se encuentra actualmente sujeta.

Por otra parte, atendiendo a lo previsto en los artículos 20.1 y 21.2 de la LCNMC y el artículo 14.1.b) del Estatuto Orgánico de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, aprobado por Real Decreto 657/2013, de 30 de agosto, el órgano decisorio competente para la resolución del presente procedimiento es la Sala de Supervisión Regulatoria, compitiendo las facultades de instrucción a la Dirección de Telecomunicaciones y del Sector Audiovisual, de conformidad con el artículo 25 de la LCNMC y el artículo 21 de su Estatuto Orgánico

### **III FUNDAMENTOS JURÍDICO MATERIALES**

#### **III.1 CONTENIDO DE LA DENUNCIA DE VODAFONE**

Vodafone denuncia que dos productos de Telefónica, comercializados bajo la marca O2, no cumplen con las exigencias que la regulación sectorial impone a este último operador en la Resolución de los mercados de banda ancha y la Resolución del ERT. En concreto, los productos denunciados son los siguientes:

- a) Empaquetamiento consistente en un servicio de acceso de banda ancha fija de 100Mb, tarifa plana de voz fija, tarifa plana de voz móvil y 20GB de franquicia de datos móviles, con una **cuota mensual de 58 euros**<sup>1</sup> (en

---

<sup>1</sup> Con fecha 11 de enero de 2019, la CNMC recibió un oficio de Telefónica a través del cual notifica la reducción del precio de este producto de 58 a 50 euros mensuales. Según ha

adelante, el producto *O2-Zona No BAU*). De manera opcional el cliente podrá contratar un máximo de cuatro líneas móviles adicionales con llamadas ilimitadas y franquicia de 10GB cada una, por un precio incremental de 15 euros por línea. Este producto sólo se comercializa en aquellas áreas en las que Telefónica está obligada a prestar los servicios NEBA fibra y/o NEBA local, es decir, fuera de los 66 municipios que integran la zona BAU<sup>2</sup>.

- b) Empaquetamiento “*O2 Fibra y Móvil*” con características idénticas al anterior, pero con una **cuota mensual de 45 euros** (en adelante, el producto *O2-Zona BAU*). Este producto se comercializa exclusivamente en la zona BAU.

Estos productos fueron notificados a la CNMC mediante los oficios SER-PQ-18-001 y SER-PQ-18-003, que tuvieron entrada en el Registro de la CNMC el 5 de abril y el 4 de mayo de 2018.

Los escritos de Vodafone se refieren a ambos productos de manera conjunta, destacando la atención que los medios de comunicación les han prestado. En estos escritos Vodafone sostiene que los dos productos O2 presentan un carácter disruptivo en el mercado.

La denuncia de Vodafone se refiere a varias cuestiones.

En primer lugar, considera que la existencia de precios diferentes para productos de similares características –pero comercializados en áreas geográficas diferenciadas– constituye una discriminación abusiva en términos de precios, práctica que resulta incompatible con las obligaciones a las que Telefónica está sujeta en virtud de la Resolución de los mercados de banda ancha.

En segundo lugar, Vodafone arguye que los dos productos O2 son irreplicables por un operador alternativo eficiente a partir de los servicios regulados.

- En lo que respecta al **producto *O2-Zona BAU***, Vodafone solicita a la CNMC la apertura de un expediente específico y que proceda al análisis de replicabilidad económica en los términos previstos en la Resolución del ERT.
- En el caso del **producto *O2-Zona No BAU***, Vodafone considera que debe ser calificado como “*producto BAU emblemático*” y, por tanto, debe estar sujeto al test de replicabilidad. Tal calificación vendría justificada por el alto riesgo de que este producto introduzca una distorsión competitiva en el mercado de difícil reparación *ex post*.

---

anunciado Telefónica a sus clientes, la entrada en vigor de los nuevos precios tendrá lugar el 18 de febrero.

<sup>2</sup> Ver Anexo 8 de la Resolución de los mercados de banda ancha.

Por otra parte Vodafone, en su escrito de 17 de octubre del 2018, hace referencia al anuncio realizado por Telefónica de una futura compensación en el precio a los clientes que están en zona no BAU y que pasaran a zona BAU<sup>3</sup>, por el que Telefónica devolvería el importe diferencial que pagan estos clientes respecto a los clientes del producto *O2-Zona BAU*.

Según este anuncio, la aplicación de esta compensación quedaría condicionada a la ampliación del número de municipios incluidos en la zona BAU en la próxima revisión de mercados mayoristas de banda ancha. Más tarde, Telefónica concretó ante los medios que la compensación consistiría en un descuento de hasta 20 euros mensuales durante un periodo no superior a 11 meses, de manera que el importe promocional máximo ascendería como máximo a 220 euros<sup>4</sup>.

A propósito de este anuncio, Vodafone interpreta que este descuento compensatorio presenta un carácter indefinido, por lo que el test de replicabilidad debería tomar como referencia, en zona no BAU, el precio de 45 euros que supuestamente establecerá en el futuro Telefónica. Al margen de ello, también considera (i) que el anuncio de un futuro precio rebajado, en los términos expresados por Telefónica, puede ser constitutivo de publicidad engañosa; (ii) que Telefónica podría haber cometido una infracción relativa a su obligación de comunicar con antelación el lanzamiento de nuevos productos y/o promociones, así como la modificación de las condiciones de los productos existentes.

### III.2 ALEGACIONES DE TELEFÓNICA

En respuesta a las alegaciones de Vodafone, Telefónica afirma que el mercado minorista de banda ancha fija se caracteriza por un alto grado de competencia y niega que los productos de su marca O2 representen una oferta “*disruptiva*” en el mercado, pues sus competidores ofrecen empaquetamientos de similares características y precios. Para ilustrar su argumentación, Telefónica hace una exposición de ofertas comercializadas por sus principales rivales en el segmento de empaquetamientos de banda ancha fija y telefonía móvil sin contenidos audiovisuales, centrándose en productos lanzados por los Grupos MásMóvil y Vodafone.

A su vez, Telefónica defiende que la segmentación de precios que realiza entre los clientes pertenecientes a las zonas BAU y no BAU no es discriminatoria y

---

<sup>3</sup> El esquema de compensación ya apareció en el primer comunicado de Telefónica referido al lanzamiento de su nueva marca, O2 (<https://www.telefonica.com/es/web/sala-de-prensa/-/telefonica-presenta-la-oferta-comercial-de-o2-su-nueva-marca>). Más tarde, Telefónica volvió a informar sobre la implementación de la regularización, hecho que quedó reflejado en los medios de comunicación. Ver, por ejemplo, “*O2 compensará con hasta 220 euros de descuento cuando una ciudad deje de estar regulada*” (<https://www.adslzone.net/2018/10/02/o2-plan-compensacion-zonas-reguladas-libres/>)

<sup>4</sup> Esta información está disponible al público en la página web de O2 (<https://o2online.es/fibra-y-movil/#price-info-fiber>).

que, por tanto, no existe un incumplimiento de las obligaciones impuestas por la regulación aplicable.

Sobre el **producto O2-Zona BAU**, Telefónica recuerda la inexistencia de obligación regulatoria alguna de ofrecer NEBA local o NEBA fibra en aquellos municipios en los que se comercializa. Por tanto, este empaquetamiento no tiene que satisfacer requisito alguno de replicabilidad a partir de los servicios mayoristas regulados de fibra.

En lo que respecta al **producto O2-Zona No BAU**, Telefónica sostiene que su precio está fuera de mercado, “a la vista de los precios que se manejan en el mercado actual de España por parte de otros operadores” y pone de manifiesto su escasa tracción comercial. Además, Telefónica aclara que a corto plazo no tiene previsto llevar a cabo una reducción compensatoria de precios del producto, por lo que deben ser considerados como definitivos a todos los efectos. En el supuesto de que ésta se aplicara, su implementación se realizaría de acuerdo al esquema descrito en la sección anterior y sería notificada a la CNMC en los términos establecidos por la regulación vigente<sup>5</sup>.

### **III.3 VALORACIÓN DE LA SALA DE SUPERVISIÓN REGULATORIA DE LOS ARGUMENTOS DE VODAFONE Y TELEFÓNICA**

#### **III.3.1 Sobre la pretendida existencia de discriminación abusiva en términos de precios**

Esta Sala no comparte la interpretación defendida por Vodafone en sus escritos de denuncia y de alegaciones al informe de audiencia de la DTSA, según las cuales la comercialización de los productos O2 constituye una discriminación abusiva en términos de precios. La existencia de precios diferentes en función del área geográfica de comercialización de los productos de banda ancha es compatible con la regulación vigente.

Más allá de señalar la existencia de unos precios diferentes para productos de similares características, Vodafone no aporta justificación alguna en sus escritos de denuncia o de alegaciones al trámite de audiencia para argumentar que el comportamiento de Telefónica en la comercialización de los productos de O2 pueda calificarse como discriminatorio y abusivo.

---

<sup>5</sup> Este escrito de alegaciones es anterior a la notificación a la CNMC de la reducción del precio aplicado al producto **O2-Zona No BAU** a 50 euros por mes (una reducción de 8 euros por mes). Según las declaraciones de directivos de Telefónica ante los medios de comunicación, el cambio de precio notificado no modifica el esquema de compensación, cuyo importe promocional máximo seguiría siendo 220 euros (ver, por ejemplo, [https://elpais.com/economia/2019/02/11/actualidad/1549912679\\_420681.html](https://elpais.com/economia/2019/02/11/actualidad/1549912679_420681.html)).

### **III.3.2 Valoración del producto convergente O2 comercializado en zona BAU**

#### **III.3.2.1 Principios generales sobre la replicabilidad de productos de banda ancha comercializados en zona BAU**

La Resolución de los mercados de banda ancha mantiene las obligaciones de Telefónica de notificar anticipadamente la comercialización de productos y promociones en zona BAU. Sin embargo, dicha Resolución no prevé la aplicación general del test de replicabilidad con anterioridad al lanzamiento comercial de la oferta. Ello es así por (i) la propia Resolución de los mercados de banda ancha, que se inclinó por una flexibilización de la regulación de la zona BAU, levantando parte de las obligaciones hasta entonces allí vigentes (principalmente, la provisión de los servicios mayoristas regulados provistos a partir de la red de fibra); (ii) la naturaleza de la oferta MARCo y el hecho de que sus precios se encuentren orientados a costes, a diferencia de los de NEBA local y NEBA fibra.

De acuerdo con la regulación vigente –en particular, las Resoluciones de los mercados de banda ancha y del ERT–, las ofertas destinadas exclusivamente a la zona BAU sólo se analizarían en caso de que se detecten indicios de que Telefónica esté incumpliendo las obligaciones en materia de replicabilidad económica a las que está sujeta. Habida cuenta de los insumos mayoristas que están disponibles en la zona BAU, en estos casos el test de replicabilidad se realizaría tomando como *input* de referencia la oferta mayorista de acceso a conductos y registros (oferta MARCo) de Telefónica.

El carácter excepcional de la aplicación del test de replicabilidad a los productos de fibra comercializados en zona BAU también se infiere de la previsión de que este análisis se realice, si se dieran las circunstancias justificativas, en un procedimiento específico.

#### **III.3.2.2 Aplicación de los principios generales al presente procedimiento**

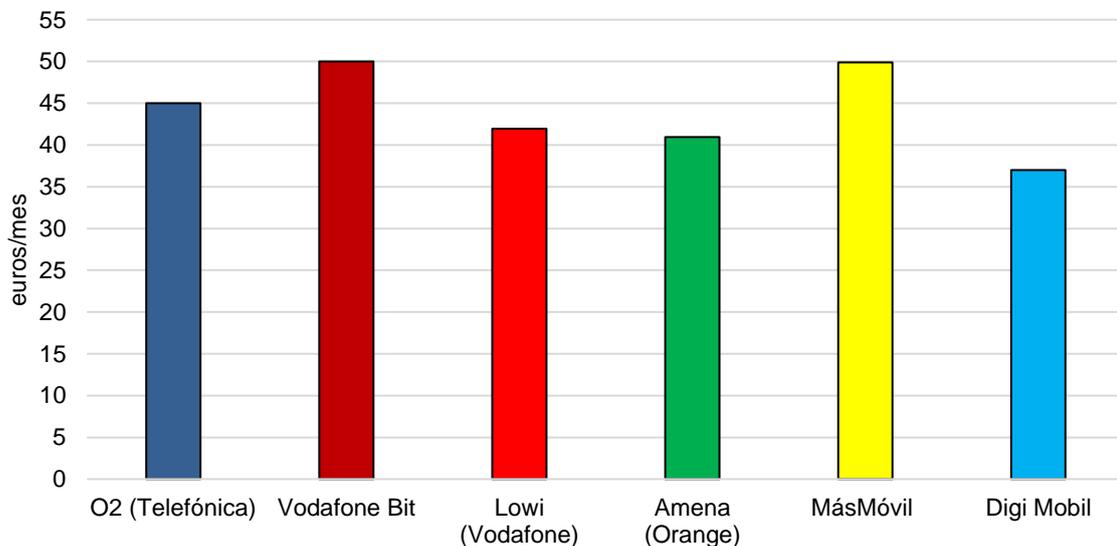
Como se ha visto, la CNMC sólo acometerá el análisis de replicabilidad de los productos de fibra disponibles en zona BAU si se constata la existencia de indicios suficientes de incumplimiento de las obligaciones de replicabilidad que justifiquen la intervención regulatoria. Además, como ya se ha mencionado, el citado análisis se realizaría únicamente tomando como insumo mayorista la oferta MARCo y no sobre la base de las ofertas reguladas NEBA-local o fibra, como parece argumentar Vodafone en su escrito de denuncia.

Un indicio de incumplimiento de las obligaciones de replicabilidad podría ser que el precio del producto de la zona BAU estuviera claramente por debajo de las ofertas de sus competidores. Pues bien, la comercialización del producto O2-*Zona BAU* se enmarca en un contexto general en el que casi todos los operadores –a través de sus marcas principales o segundas– están compitiendo

por los clientes del segmento de bajo valor. Vodafone (con sus marcas principal y secundaria, Vodafone Bit<sup>6</sup> y Lowi), MásMóvil (mediante sus marcas Yoigo, Pepehona y MásMóvil), Orange (a través de sus marcas Amena y Jazztel) y Digi Mobil comercializan empaquetamientos de características muy similares a la oferta denunciada (ver tabla 1). Además, a diferencia de los productos O2, estas ofertas se ofrecen sin más limitación geográfica que la cobertura (directa o indirecta) de los operadores alternativos.

**Tabla 1.** Empaquetamientos de banda ancha fija dirigidos al segmento bajo coste

Operador	Banda ancha fija	Telefonía fija <sup>7</sup>	Telefonía móvil	Banda ancha móvil	Precio (euros/mes)
O2 (Telefónica)	100Mb	Sí	Llamadas ilimitadas	20GB	45,00
Vodafone Bit	100Mb	Sí	Llamadas ilimitadas	25GB	50,00
Lowi (Vodafone)	100Mb	No	Llamadas ilimitadas	12GB*	41,95
Amena (Orange)	50Mb	Sí	Llamadas ilimitadas	10GB	40,95
MásMóvil	100Mb	Sí	Llamadas ilimitadas	20GB	49,89
Digi Mobil**	30Mb	Sí	Llamadas ilimitadas	40GB	37,00



\* Acumulables mes a mes.

\*\* Disponible únicamente en las provincias de Madrid, Guadalajara y Castellón.

<sup>6</sup> Vodafone presentó la nueva línea de productos *Vodafone Bit* el 5 de noviembre (ver [http://www.saladeprensa.vodafone.es/c/notas-prensa/np\\_bit/](http://www.saladeprensa.vodafone.es/c/notas-prensa/np_bit/)). Dicho lanzamiento fue interpretado por la prensa como una respuesta a la oferta de productos O2 (ver “*Vodafone Bit inaugura una nueva categoría intermedia de clientes*”, <http://www.expansion.com/empresas/tecnologia/2018/11/05/5be03966e2704e956a8b45ad.html>)

<sup>7</sup> El componente de telefonía fija de las tarifas que cuentan con ella (esto es, todas menos la de Lowi) incluye una tarifa plana nacional de voz.

Además, si bien es cierto que el empaquetamiento *O2-Zona BAU* ha tenido una elevada atención mediática, a finales de diciembre contaba con [CONFIDENCIAL] clientes.

Por los motivos anteriores, no se puede concluir que existan indicios de incumplimiento de la regulación sectorial que motiven la incoación del procedimiento específico que contempla la Resolución del ERT.

No obstante, debe remarcarse que el ERT obliga a Telefónica a suministrar periódicamente a la CNMC información sobre la evolución de todos los productos de su catálogo (incluyendo los comercializados en zona BAU), por lo que ya se sigue de cerca el comportamiento de los diferentes productos que Telefónica comercializa en zona BAU.

### **III.3.3 Análisis del producto convergente O2 comercializado en las áreas de disponibilidad de NEBA local y/o NEBA fibra (zona no BAU)**

#### III.3.3.1 Principios generales sobre la replicabilidad de productos basados en NEBA local y/o NEBA fibra

Conforme a lo establecido en la Resolución de los mercados de banda ancha, los precios que Telefónica establezca para sus servicios mayoristas NEBA local y NEBA fibra deben garantizar que los operadores alternativos puedan reproducir las ofertas minoristas de los “*productos BAU emblemáticos*” de este operador.

La Resolución del ERT clarifica, entre otros aspectos, la definición de “*producto BAU emblemático*” en el marco del test de replicabilidad económica *ex ante*, pues los precios de NEBA local y/o NEBA fibra sólo deben ser evaluados tomando como referencia minorista los productos de Telefónica calificados como tales.

Es decir, la CNMC sólo analiza la replicabilidad de los “*productos BAU emblemáticos*”, que son (i) los productos más contratados por los clientes de Telefónica (*criterio 1*); (ii) aquellos otros que resultan de modificar precio o prestaciones de productos BAU existentes y previamente calificados como emblemáticos (*criterio 2*), y (iii) los productos BAU de Telefónica que, por su carácter disruptivo en el mercado, excepcionalmente sean calificados por la CNMC como tales (*criterio 3*).

Respecto a los aspectos procedimentales relacionados con la calificación de una oferta minorista como emblemática, la Resolución del ERT establece que la CNMC podrá definir un nuevo producto emblemático, conforme a los criterios 1 o 3, en el marco de los expedientes periódicos de actualización de los parámetros de la metodología.

De manera excepcional, la Resolución del ERT atribuye a la CNMC la facultad de acordar la apertura de un expediente para calificar un producto BAU como

emblemático conforme al criterio 3 y analizar su replicabilidad económica si Telefónica *“adoptara alguna medida en el mercado minorista [...] cuyo elevado impacto en los servicios mayoristas NEBA local y NEBA fibra requiriera una intervención inmediata por parte de la CNMC”*.

### III.3.3.2 Aplicación de los principios generales al presente procedimiento

Vodafone considera que el producto *O2-Zona No BAU* debe ser calificado como emblemático, ya sea dentro del expediente de referencia o en el marco de la primera revisión de los parámetros del ERT, y ser sometido al test de replicabilidad. Además, sostiene que el precio de referencia del producto debía ser 45 euros, adelantando el precio reducido (a través de la posible compensación señalada) anunciado por Telefónica.

En efecto, tal como apunta Vodafone, es en el marco de la revisión de los parámetros del ERT<sup>8</sup>, donde se valorará el listado de productos emblemáticos. Será en dicho expediente donde esta Sala analizará cuales deben ser los productos incluidos en la lista de productos emblemáticos y sometidos al análisis previsto en el test de replicabilidad económica.

### III.3.3.3 Consideraciones respecto a la compensación anunciada para clientes ubicados en la zona de disponibilidad de NEBA local o fibra

Vodafone denuncia, asimismo, el hecho de que Telefónica no haya notificado a la CNMC la compensación anunciada a los clientes del producto *O2-Zona No BAU*.

Esta Sala debe rechazar el argumento de Vodafone, pues la obligación de notificar anticipadamente que tiene Telefónica está vinculada a la fecha de inicio de efectividad de la medida y, en el caso del producto *O2-Zona No BAU*, dicha fecha de inicio es indeterminada.

No obstante, si en el futuro Telefónica decide implementar la compensación anunciada, ésta deberá ser notificada a la CNMC según lo previsto en la regulación sectorial. En ese momento, y atendiendo al contenido concreto de la notificación, la medida sería analizada conforme a la Resolución del ERT.

Por otro lado, Vodafone argumenta en su escrito de 17 de octubre que la campaña publicitaria de Telefónica constituye una acción de competencia desleal que toma la forma de publicidad engañosa. Considera que el argumento de Telefónica en las comunicaciones publicitarias sobre la compensación es engañoso porque *“(i) no existen motivos regulatorios que obliguen a Telefónica a aplicar precios distintos entre zonas geográficas”* y *“(ii) [Telefónica] asume unas obligaciones de carácter contractual con los clientes para la aplicación de una compensación [...] que Telefónica voluntaria y deliberadamente sujeta a*

---

<sup>8</sup> Expediente OFMIN/DTSA/007/18.

*condiciones inciertas que dependen de determinadas decisiones ajenas*". Además, en sus alegaciones al trámite de audiencia, Vodafone rechaza la afirmación contenida en el informe de audiencia de que la calificación de la estrategia publicitaria como competencia desleal, por engañosa, se exceda de las competencias del regulador sectorial de telecomunicaciones.

Vodafone recuerda que la Resolución de los mercados de banda ancha, en su anexo VI, prohíbe a Telefónica las prácticas consistentes en cláusulas contractuales abusivas (fidelización, exclusividad, derecho de tanteo). Según su interpretación de la regulación sectorial y las actuaciones de Telefónica, el anuncio de la compensación crea, de forma implícita, un compromiso con carácter contractual entre Telefónica y el cliente por el que el primero aplicará un descuento en la factura del segundo si la CNMC aumentara el número de municipios incluidos en la zona BAU en su siguiente análisis de los mercados mayoristas de banda ancha fija. Vodafone resalta que, aunque la aplicación de este compromiso está vinculado a decisiones totalmente ajenas a la voluntad de Telefónica, el anuncio del mismo genera *"una expectativa de realidad y certeza en el consumidor en cuanto a que el regulador va a actuar en el sentido pretendido por Telefónica"*. Sobre la base de este argumento, Vodafone solicita a esta Comisión que actúe ordenando el cese inmediato de la comercialización del producto *O2-Zona No BAU* en las condiciones actuales.

En último lugar, para Vodafone, el mecanismo escogido por Telefónica para implementar la citada regularización supone un fraude de ley cuyo objetivo es *"aplicar un precio efectivo menor para los clientes en zona regulada"* pero eludiendo las obligaciones, como el test de replicabilidad, que impone la regulación sectorial a los operadores con poder significativo de mercado. Además, considera que el informe de audiencia no deja claro cuál es su posición respecto a este asunto y solicita que, al incluir dicho producto en la lista de productos emblemáticos, lleve a cabo el análisis de replicabilidad tomando como precio de referencia 45 euros mensuales.

Respecto a la posibilidad de que Telefónica haya incurrido en un fraude de ley consistente en la elusión de sus obligaciones de comunicación de promociones al anunciar el esquema de compensación de los clientes del producto *O2-Zona No BAU*<sup>9</sup>, esta Sala coincide considera que no ha habido incumplimiento de la regulación sectorial en la comercialización o publicidad del citado producto. El anuncio a los medios de comunicación realizado por Telefónica no exime, de ninguna manera, a este operador de sus obligaciones en materia de comunicación anticipada de ofertas minoristas. Por lo tanto, la implementación del esquema de compensación estará sujeta a que Telefónica lo notifique, con al menos 15 días de antelación, a su comercialización efectiva. Será en ese momento cuando se analice la medida que haya notificado Telefónica y, en su

---

<sup>9</sup> En relación con esta campaña, la CNMC elaboró una nota aclaratoria que fue difundida a través del *blog* de la CNMC (<https://blog.cnmc.es/2018/06/15/lectura-de-fin-de-semana-las-ofertas-de-la-fibra-optica-de-telefonica-y-la-regulacion-de-la-cnmc/>).

caso, cuando se adopten las medidas oportunas en aplicación de la regulación sectorial.

Por último, la valoración de si una campaña publicitaria constituye competencia desleal, tal y como solicita Vodafone en su escrito de 17 de octubre de 2018, excede del objeto del presente procedimiento, que se limita a evaluar si alguna de las actuaciones de Telefónica en relación a la línea de productos de O2 ha incumplido las obligaciones que le fueron impuestas en la regulación sectorial de comunicaciones electrónicas<sup>10</sup>.

No obstante, esta Sala considera procedente dar traslado de los hechos puestos de manifiesto en la presente Resolución a la Dirección de Competencia de la CNMC, a los efectos de que pueda valorar si la conducta de Telefónica puede ser constitutiva de una infracción de la normativa de competencia, y en particular del artículo 3 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (relativo al falseamiento de la libre competencia por actos desleales).

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

## **RESUELVE**

**PRIMERO.-** Desestimar la solicitud de Vodafone de declarar la existencia de discriminación abusiva en términos de precios derivada de la segmentación geográfica de precios aplicada por Telefónica en la comercialización de los empaquetamientos de banda ancha fija de O2.

**SEGUNDO.-** Desestimar la solicitud de Vodafone de someter el producto de O2 comercializado en la zona BAU al test de replicabilidad económica basado en la oferta regulada de canalizaciones y conductos (oferta MARCo).

**TERCERO.-** Desestimar la solicitud de Vodafone de ordenar el cese inmediato de la comercialización del producto de O2 dirigido a clientes ubicados fuera de la zona BAU.

**CUARTO.-** Dar traslado de la presente Resolución a la Dirección de Competencia de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, a los efectos de que pueda valorar si los hechos puestos de manifiesto en el presente procedimiento pueden ser constitutivos de una infracción de la normativa de competencia.

Comuníquese esta Resolución a la Dirección de Telecomunicaciones y del Sector Audiovisual y notifíquese a los interesados, haciéndoles saber que la

---

<sup>10</sup> Específicamente, en las Resoluciones de los mercados de banda ancha y del ERT.

misma pone fin a la vía administrativa y que pueden interponer contra ella recurso contencioso-administrativo ante la Audiencia Nacional, en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente al de su notificación.