

RESOLUCIÓN

Expte. S/0625/18 CONCERTACIÓN OPERADORES TELECOMUNICACIONES

CONSEJO. SALA DE COMPETENCIA

Presidente

D. José María Marín Quemada

Consejeros

D^a. Clotilde de la Higuera González

D^a. María Ortiz Aguilar

D. Josep Maria Guinart Solà

D^a Maria Pilar Canedo Arrillaga

Secretario del Consejo

D. Joaquim Hortalà i Vallvé

En Madrid, a 31 de enero de 2019

La Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, con la composición señalada, ha dictado la siguiente resolución en el expediente S/0625/18 CONCERTACIÓN OPERADORES TELECOMUNICACIONES, tramitado ante la denuncia formulada por parte de FACUA Consumidores en Acción (FACUA), contra TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U. (TELEFÓNICA), VODAFONE ESPAÑA, S.A.U (VODAFONE) Y ORANGE ESPAGNE, S.A.U. (ORANGE), por supuestas conductas restrictivas de la competencia contrarias al artículo 1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC).

ÍNDICE

I.	ANTECEDENTES DE HECHO	3
II.	LAS PARTES	3
1.	Denunciante:	3
2.	Denunciadas:.....	4
III.	MERCADO AFECTADO	5
3.1	Mercado de producto	5
3.2	Mercado geográfico	7
3.3	Estructura de los mercados afectados y evolución de los precios medios..	8
IV.	HECHOS DENUNCIADOS	10
V.	FUNDAMENTOS DE DERECHO.....	11
PRIMERO.	- Competencia para resolver	11
SEGUNDO.	- Objeto de la resolución y propuesta del órgano instructor	11
TERCERO.	- Valoración de la Sala de Competencia.....	12
3.1.	Sobre las políticas comerciales de los operadores denunciados.....	13
3.2.	Sobre los incrementos de precios anunciados	14
3.3.	Sobre la presencia de factores exógenos que expliquen la conducta....	14
HA RESUELTO		15

I. ANTECEDENTES DE HECHO

1. Con fecha 19 de febrero de 2018 tuvo entrada en la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (**CNMC**) denuncia, presentada por la asociación FACUA Consumidores en Acción (**FACUA**), contra TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U. (**TELEFÓNICA**), VODAFONE ESPAÑA, S.A.U. (**VODAFONE**) y ORANGE ESPAGNE, S.A.U. (**ORANGE**), por supuestas conductas restrictivas de la competencia contrarias al artículo 1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, consistentes en la coordinación y encadenamiento en el tiempo de múltiples subidas tarifarias similares de sus productos, lo que supondría un pacto colusorio restrictivo de la competencia (folios 3 a 42).
2. Con fecha 28 de febrero de 2018, tuvo entrada en la CNMC nuevo escrito de FACUA (folios 45 a 46), en el que proporcionaba información complementaria en relación con las subidas de precios anunciadas por ORANGE para los productos bajo su marca Jazztel.
3. A la vista de esta denuncia, la Dirección de Competencia inició una información reservada en el marco del expediente de referencia, conforme a lo establecido en el apartado 2 del artículo 49 de la LDC, con el fin de determinar con carácter preliminar la concurrencia de circunstancias que justificasen la incoación de expediente sancionador.
4. Con fecha 23 de abril de 2018, la Dirección de Competencia, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 49.3 de la LDC, dictó propuesta de no incoación de expediente sancionador y de archivo de la denuncia (folios 49 a 56), al considerar que en los hechos denunciados no se apreciaban indicios de infracción de la LDC.
5. La Sala de Competencia del Consejo de la CNMC aprobó la presente resolución en su reunión de 31 de enero de 2019.

II. LAS PARTES

Son partes en el presente expediente:

1. Denunciante:

- **FACUA consumidores en Acción (FACUA)**

FACUA es una asociación de consumidores y usuarios constituida conforme a lo previsto en el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, aprobado por el Real Decreto-Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre.

Según sus Estatutos, aprobados en Asamblea General Extraordinaria el 7 de marzo de 2015 y disponibles en la página web de la asociación¹, está domiciliada en Sevilla y tiene entre sus fines difundir y defender los derechos de los consumidores y usuarios.

2. Denunciadas:

- TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U. (TELEFÓNICA).

TELEFÓNICA es un operador de comunicaciones electrónicas y de televisión de pago en España. En particular, entre otros, TELEFÓNICA presta servicios telefónicos fijos disponibles al público, servicios de acceso de banda ancha fija, servicios de comunicaciones móviles y servicios de televisión de pago.

TELEFÓNICA opera en España a través de distintas marcas (Movistar², Tuenti, O2), y comercializa los servicios junto a otras empresas del grupo Telefónica, como Telefónica Móviles España, S.A.U. y Distribuidora de Televisión Digital, S.A.U. (DTS), si bien estas empresas no han sido objeto de la denuncia.

- VODAFONE ESPAÑA, S.A.U (VODAFONE)

VODAFONE es un operador de comunicaciones electrónicas y de televisión de pago en España. En particular, entre otros, VODAFONE presta servicios telefónicos fijos disponibles al público, servicios de acceso de banda ancha fija, servicios de comunicaciones móviles y servicios de televisión de pago.

¹ <https://www.facua.org/es/sobrefacua.php?Id=29>

² Las principales ofertas comerciales empaquetadas de Movistar están disponibles en <http://www.movistar.es/particulares/tienda/comparador-tarifas-fusion>. En otros apartados de esta página web se recogen las ofertas para servicio de telefonía fija, banda ancha fija o comunicaciones móviles.

VODAFONE opera en España a través de distintas marcas (Vodafone³, Lowi⁴), y a través de distintas filiales al 100% entre las que cabe destacar Vodafone Ono, S.A.U. y Vodafone Enabler España, S.L., si bien estas filiales no han sido objeto de la denuncia.

- **ORANGE ESPAGNE, S.A.U. (ORANGE)**

ORANGE es un operador de comunicaciones electrónicas y de televisión de pago en España. En particular, entre otros, ORANGE presta servicios telefónicos fijos disponibles al público, servicios de acceso de banda ancha fija, servicios de comunicaciones móviles y servicios de televisión de pago.

ORANGE opera en España a través de distintas marcas (Orange⁵, Jazztel⁶, Amena⁷, Simyo⁸) que tienen ofertas comerciales diferentes entre sí.

III. MERCADO AFECTADO

3.1 Mercado de producto

La denuncia de FACUA no concreta de forma exacta los mercados afectados por las presuntas conductas colusorias denunciadas, aunque sí indica que las subidas de precios denunciadas afectan fundamentalmente a los paquetes convergentes de servicios de comunicaciones electrónicas y, en algunos casos, de televisión de pago. Además, la denuncia se refiere en particular a las líneas de telefonía móvil, presentando los datos de los operadores denunciados en

³Las principales ofertas comerciales empaquetadas de Vodafone están disponibles en <https://www.vodafone.es/c/particulares/es/tienda/vodafone-one/>. En otros apartados de esta página web se recogen las ofertas para servicio de telefonía fija, banda ancha fija o comunicaciones móviles.

⁴ Las principales ofertas comerciales empaquetadas de Lowi están disponibles en <https://www.lowi.es/ofertas-fibra-mas-movil/>. En otros apartados de esta página web se recogen las ofertas para servicio de telefonía fija, banda ancha fija o comunicaciones móviles.

⁵Las principales ofertas comerciales empaquetadas de Orange están disponibles en <https://tiendaonline2.orange.es/tarifas/love?ver=love>. En otros apartados de esta página web se recogen las ofertas para servicio de telefonía fija, banda ancha fija o comunicaciones móviles.

⁶ Las principales ofertas comerciales empaquetadas de Jazztel están disponibles en <https://www.jazztel.com/adsl-movil/ofertas-fibra-movil-fijo.html>. En otros apartados de esta página web se recogen las ofertas para servicio de telefonía fija, banda ancha fija o comunicaciones móviles.

⁷ Las principales ofertas comerciales empaquetadas de Amena están disponibles en <https://www.amena.com/tarifas/oferta-combinada/>. En otros apartados de esta página web se recogen las ofertas para servicio de telefonía fija, banda ancha fija o comunicaciones móviles.

⁸ Simyo sólo realizaba ofertas de comunicaciones móviles. Disponibles en <https://www.simyo.es/>. Esta marca es gestionada por una filial al 100% de ORANGE, Orange España Virtual, S.L.U.

noviembre de 2017 y concluye que estos abarcan “*el mayor porcentaje de líneas móviles operativas en el mercado español.*”

La Nota Explicativa de la Recomendación de mercados relevantes en el sector de las comunicaciones electrónicas de la Comisión Europea de diciembre de 2007⁹ señalaba que si los distintos elementos que forman un paquete convergente no tuvieran una demanda específica podría entenderse que forman parte del mismo mercado minorista, de tal manera que la competencia se articulara con base en el empaquetamiento y no en los componentes individuales. La posterior Nota Explicativa de la Recomendación de Mercados de 2014¹⁰ apunta que, pese al aumento significativo de la demanda de paquetes convergentes, los operadores ofrecían los componentes del paquete de forma individual, si bien existía una tendencia a empaquetar el acceso a internet con la telefonía fija.

Recurrentemente, la Sala de Supervisión Regulatoria de la CNMC ha puesto de manifiesto la importancia de las ofertas empaquetadas en el mercado minorista español:

“El mercado minorista de acceso a Internet de banda ancha se caracteriza por un elevado predominio de ofertas empaquetadas. De hecho, según los datos más recientes disponibles, el 97,19% de los accesos a Internet de banda ancha contratados se presentan en forma de paquetes. En el mercado español es especialmente destacable el protagonismo de los empaquetamientos convergentes, que incluyen servicios de telefonía móvil, y que representan el 78,72% del total de conexiones de banda ancha. Los empaquetamientos convergentes que además incluyen el servicio de televisión de pago alcanzan un 34,09% del total de líneas de banda ancha, y se enmarcan en una tendencia creciente.”¹¹

⁹ Recomendación de la Comisión Europea de 17 de diciembre de 2007 relativa a los mercados pertinentes de productos y servicios dentro del sector de las comunicaciones electrónicas que pueden ser objeto de regulación *ex ante* de conformidad con la Directiva 2002/21/CE del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a un marco regulador común de las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas, DOUE L344/65 de 28 de diciembre de 2007.

¹⁰ Recomendación de la Comisión Europea de 9 de octubre de 2014 relativa a los mercados pertinentes de productos y servicios dentro del sector de las comunicaciones electrónicas que pueden ser objeto de regulación *ex ante* de conformidad con la Directiva 2002/21/CE del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a un marco regulador común de las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas, DOUE L295/79 de 11 de octubre de 2014.

¹¹ Resolución, de 6 de marzo de 2018, por la que se aprueba la metodología para la determinación del test de replicabilidad económica de los productos de banda ancha de Telefónica comercializados en el segmento residencial y se acuerda su notificación a la Comisión Europea y al Organismo de Reguladores Europeos de Comunicaciones Electrónicas. (Exp OFMIN/DTSA/004/16)

En el expediente C/0612/14 TELEFÓNICA/DTS, que finalizó mediante resolución de 22 de abril de 2015, la CNMC examinó en mayor detalle los mercados relacionados con los paquetes convergentes de servicios de comunicaciones electrónicas y televisión de pago.

En particular, casi todos los operadores consultados en dicho expediente consideraron que las ofertas convergentes pertenecían al mismo mercado que las ofertas individualizadas, pues se podía adquirir el mismo servicio de forma individual, o empaquetada con una ventaja en precio. Si bien se planteó la posibilidad de delimitar un mercado de producto diferenciado de ofertas convergentes de servicios de comunicaciones electrónicas fijas y móviles y de televisión de pago, teniendo en cuenta la estrategia de Telefónica de incluir por defecto la televisión de pago en sus ofertas convergentes de fijo y móvil, la CNMC concluyó, tras un análisis de replicabilidad de ofertas convergentes, que no podía definirse en aquel momento un mercado relevante de ofertas convergentes que incluyera la televisión de pago. Aunque se dejó abierta la posibilidad de que, tras la operación de concentración, la situación podría cambiar si desaparecieran o se limitasen las ofertas individuales (*stand alone*) de televisión de pago, dando lugar a poder definir un mercado relevante de ofertas convergentes incluyendo la televisión, hasta la fecha Telefónica ha seguido manteniendo una oferta individual de televisión de pago y cada vez tienen mayor presencia las ofertas de los operadores OTT. De todas formas, en el expediente C/0612/14 se dejó abierta la cuestión al no afectar a las conclusiones del análisis de competencia derivadas de la concentración.

Por tanto, se decidió con base en la existencia de los siguientes mercados minoristas diferenciados:

- Servicios de telefonía fija
- Servicios de banda ancha fija
- Servicios de comunicaciones móviles
- Servicios de televisión de pago

De igual forma, a los efectos de la presente resolución, la Sala de Competencia de la CNMC considera que no es necesario delimitar de forma exacta los mercados de producto afectados, en la medida en que esta cuestión no afecta a las conclusiones del análisis.

3.2 Mercado geográfico

En el expediente C/0612/14 TELEFÓNICA/DTS, la CNMC estableció que los anteriores mercados de producto tienen un ámbito geográfico relevante nacional, entre otras razones, teniendo en cuenta que las estrategias comerciales de los principales operadores se establecen a este nivel.

3.3 Estructura de los mercados afectados y evolución de los precios medios

TELEFÓNICA, VODAFONE, y ORANGE son los principales operadores de servicios de comunicaciones electrónicas y de televisión de pago en España, tal y como se pone de manifiesto en los siguientes datos, extraídos de los publicados por la CNMC en su página web.

CUOTAS DE MERCADO EN TÉRMINOS DE VOLUMEN (LÍNEAS DE CLIENTES) EN ESPAÑA POR OPERADOR EN SEGUNDO TRIMESTRE 2018				
	MOVISTAR	ORANGE	VODAFONE	OTROS
LÍNEAS DE BANDA ANCHA FIJA	40,53%	26,94%	22,41%	10,11%
LÍNEAS DE TELEFONÍA FIJA	46,08%	24,04%	20,82%	9,07%
LÍNEAS MÓVILES	29,64%	26,05%	24,08%	20,23%
BANDA ANCHA MÓVIL	28,77%	26,72%	26,11%	18,39%
TELEVISIÓN DE PAGO	59,35%	20,36%	9,24%	11,04%

Fuente: CNMC

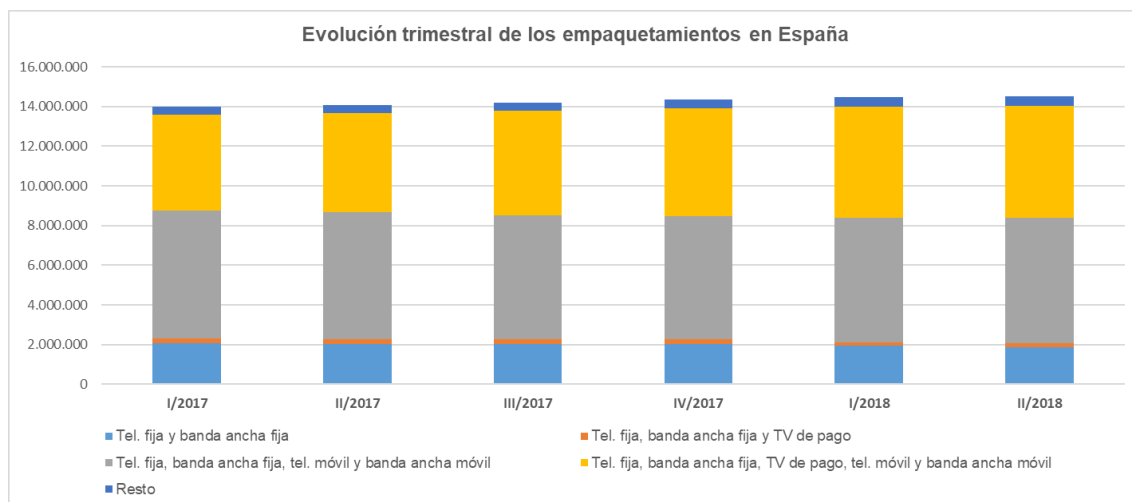
Los datos de televisión de pago son incompletos, porque no incluyen a todos los operadores de televisión de pago por internet (OTT) que existen en España. Adicionalmente, conviene tener en cuenta que un mismo cliente puede tener como proveedor un operador de televisión de pago tradicional y uno o varios operadores OTT.

Por otra parte, debe señalarse que en el segundo trimestre de 2018 existían en España 53.443.825 líneas de telefonía móvil, 45.133.333 líneas de banda ancha móvil, 19.363.118 líneas de telefonía fija, 14.681.304 líneas de banda ancha fija y 6.643.479 abonados de televisión de pago (sin incluir algunos operadores OTT).

Adicionalmente, conforme a los datos del sector publicados por la CNMC, conviene tener en cuenta que una parte muy importante de las ofertas comerciales en este sector en España se hacen a través de productos empaquetados, entre los que cabe destacar el paquete fijo+móvil¹² (6.331.492

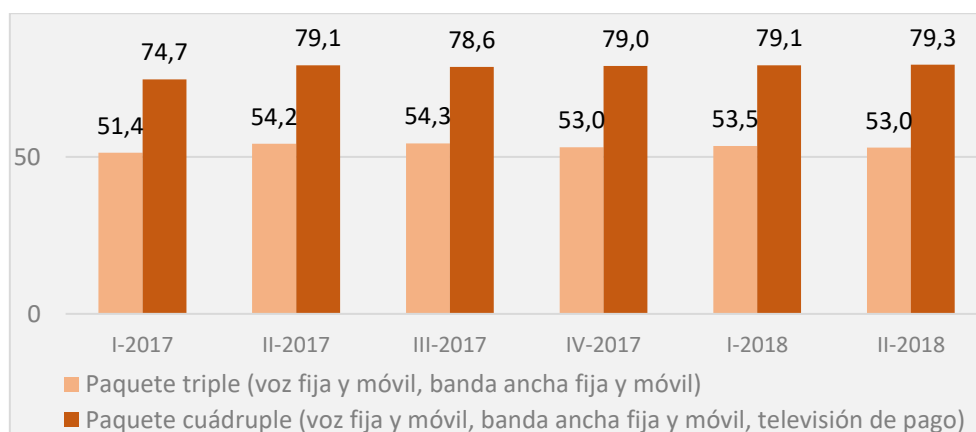
¹² Con telefonía fija, banda ancha fija, telefonía móvil, banda ancha móvil.

clientes en el segundo trimestre de 2018) y el paquete fijo+móvil+televisión de pago¹³ (5.652.455 clientes en el segundo trimestre de 2018), habiendo crecido especialmente rápido en los últimos años la segunda modalidad de paquete.



Fuente: CNMC

En relación con la evolución de los precios medios del sector, los precios medios de los diferentes servicios siguieron una evolución decreciente entre 2011-2014, alcanzaron su suelo en 2014-2015, y han crecido gradualmente desde entonces, aunque con moderación desde mediados de 2017. En particular, conforme a los datos del panel de hogares de la CNMC¹⁴, en los incrementos de precios medios, cabe destacar cierto estancamiento desde el cuarto trimestre de 2017 en los productos empaquetados fijo+móvil y una subida muy moderada (inferior al 1%) en los empaquetamientos fijo+móvil+televisión de pago. Esta evolución puede verse en la gráfica siguiente (precios con IVA incluido):



¹³ Con telefonía fija, banda ancha fija, telefonía móvil, banda ancha móvil y televisión de pago.

¹⁴ Disponible en <http://data.cnmc.es/datagraph>.

Es necesario asimismo considerar que las subidas de precio han venido acompañadas generalmente de mejoras en las prestaciones de los servicios, como aumentos de las velocidades de la banda ancha fija, de las franquicias de datos móviles, de más líneas móviles adicionales, o de la inclusión de contenidos *premium* de televisión de pago (como el fútbol, cuyo coste por los derechos de emisión está resultando para los operadores cada vez mayor).

IV. HECHOS DENUNCIADOS

La denuncia objeto de este expediente ha sido valorada por la Sala de Competencia de la CNMC partiendo de los hechos consignados por la Dirección de Competencia en su propuesta de archivo y la documentación recabada en el expediente.

La denuncia de FACUA señala que existe un pacto colusorio del artículo 1 de la LDC entre TELEFÓNICA, VODAFONE y ORANGE fundamentado en que en los últimos años han anunciado numerosas subidas de precios, que coinciden o se asimilan en relación con el tipo de tarifa a la que se aplican, la cuantía de la subida y el marco temporal en el que se producen. En particular, FACUA denuncia que hay un patrón temporal en estas subidas, porque son anunciadas por un operador y, en los días o semanas siguientes, son seguidas por los otros dos.

No obstante, la denuncia de FACUA se limita a adjuntar diversas notas de prensa de esta entidad¹⁵, entre 2015 y 2017, relativas a las subidas de precios denunciadas pero no incluye ningún análisis sobre la composición y evolución temporal de los elementos y precios que integran los principales productos comerciales ofrecidos por TELEFÓNICA, VODAFONE y ORANGE.

La denuncia tampoco analiza la evolución de los precios o de las ofertas comerciales de las otras marcas de TELEFÓNICA, VODAFONE y ORANGE, ni la introducción de diferentes composiciones de paquetes con precios muy variados entre sí.

¹⁵ Doce notas de prensa relativas a TELEFÓNICA, entre marzo de 2015 y diciembre de 2017, seis relativas a VODAFONE, entre junio de 2015 y marzo de 2017, y tres relativas a ORANGE, entre agosto de 2015 y febrero de 2017.

V. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. - Competencia para resolver

De acuerdo con el artículo 5.1.c) de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, compete a la CNMC *“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”*.

Asimismo, el artículo 14.1. a) del Estatuto Orgánico de la CNMC, aprobado por Real Decreto 657/2013, de 30 de agosto, establece que *“La Sala de Competencia conocerá de los asuntos relacionados con la aplicación de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia y con la actividad de la promoción de la competencia de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 5 de la Ley 3/2013, de 4 de junio”*.

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

SEGUNDO. - Objeto de la resolución y propuesta del órgano instructor

Esta Sala debe valorar en la presente resolución si concurren los requisitos para la aplicación del artículo 49.3 de la LDC, esto es, la ausencia de indicios de infracción, para, tal como propone la Dirección de Competencia, acordar la no incoación del procedimiento sancionador y el archivo de las actuaciones realizadas hasta el momento.

Resulta por tanto necesario valorar la ausencia de indicios de la conducta de TELEFÓNICA, VODAFONE y ORANGE denunciada por FACUA, tal y como propone la Dirección de Competencia, o si, por el contrario, en dichas actuaciones pudieran apreciarse indicios de infracción del artículo 1 de la LDC, que motiven la incoación del expediente sancionador.

El artículo 49.1 de la LDC dispone que la Dirección de Competencia incoará expediente sancionador cuando observe indicios racionales de existencia de conductas prohibidas en los artículos 1, 2 y 3 de la misma Ley. Sin embargo, en el apartado 3 del citado artículo 49 se añade que el Consejo, a propuesta de la Dirección de Competencia, acordará no incoar procedimiento sancionador y, en consecuencia, el archivo de las actuaciones realizadas, cuando considere que no hay indicios de infracción.

Por otro lado, el artículo 27.1 del Reglamento de Defensa de la Competencia, aprobado por Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero (RDC), estipula que: “1. *Con el fin de que el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia [actual CNMC] pueda acordar no incoar procedimiento y archivar las actuaciones en los términos establecidos en los artículos 44 y 49.3 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, la Dirección de Investigación [actual Dirección de Competencia] le dará traslado de la denuncia recibida, de las actuaciones previas practicadas, en su caso, y de una propuesta de archivo*”.

Así pues, el objeto del presente expediente es analizar si las conductas de TELEFÓNICA, VODAFONE y ORANGE presentan indicios de una posible restricción de la competencia según el artículo 1 de la LDC. FACUA también menciona el artículo 2 de la LDC, pero en la medida en que lo que denuncia es la existencia de pactos colusorios (sujetos al artículo 1 de la LDC) y no justifica la existencia de posiciones de dominio individuales o colectivas en los mercados afectados, esta cuestión no ha sido objeto de análisis por la Dirección de Competencia.

En concreto, la Sala de Competencia debe pronunciarse sobre la existencia de indicios de un acuerdo, o de una práctica concertada o conscientemente paralela, en el que estos operadores, de forma dolosa o negligente, concierten seguir una determinada estrategia competitiva en los mercados afectados.

La Dirección de Competencia considera que de la información que aporta FACUA y del seguimiento del sector que se ha hecho por la misma, no se desprenden indicios de la existencia de prácticas concertadas entre estos operadores.

En consecuencia, la Dirección de Competencia propone la no incoación del procedimiento sancionador y el archivo de las actuaciones.

TERCERO. - Valoración de la Sala de Competencia

El artículo 1.1 de la LDC *“prohíbe todo acuerdo, decisión o recomendación colectiva, o práctica concertada o conscientemente paralela, que tenga por objeto, produzca o pueda producir el efecto de impedir, restringir o falsear la competencia en todo o parte del mercado nacional y, en particular, consistan en:*

- a) La fijación, de forma directa o indirecta, de precios o de otras condiciones comerciales o de servicio.*
- b) La limitación o el control de la producción, la distribución, el desarrollo técnico o las inversiones.*

- c) *El reparto del mercado o de las fuentes de aprovisionamiento*
- d) *La aplicación, en las relaciones comerciales o de servicio, de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes que coloquen a unos competidores en situación desventajosa frente a otros.*
- e) *La subordinación de la celebración de contratos a la aceptación de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o con arreglo a los usos de comercio, no guarden relación con el objeto de tales contratos”.*

La Sala de Competencia coincide con el análisis efectuado por la Dirección de Competencia, pues no se desprenden indicios de la existencia de prácticas concertadas entre estos operadores. En concreto, un análisis detallado de la conducta de los operadores en el sector de referencia revela lo siguiente:

3.1. Sobre las políticas comerciales de los operadores denunciados.

Un examen de las políticas comerciales de TELEFÓNICA, VODAFONE y ORANGE a través de sus distintas marcas, pone de manifiesto la variabilidad y heterogeneidad de las ofertas comerciales de estos operadores, en las prestaciones y precios ofertados, no solo entre los distintos operadores, sino también entre las distintas marcas de un mismo operador¹⁶.

De hecho, la denuncia de FACUA obvia que como reacción a la presión competitiva que está ejerciendo el GRUPO MASMÓVIL¹⁷, a través de sus marcas Yoigo, MasMóvil y Pepephone, TELEFÓNICA, VODAFONE y ORANGE han lanzado ofertas comerciales muy agresivas, fundamentalmente a través de sus segundas marcas, con precios significativamente por debajo de los precios medios del sector¹⁸.

¹⁶ Vid. notas al pie 2-8, *supra*.

¹⁷ MásMóvil Ibercom, S.A.

¹⁸ Por ejemplo, Telefónica mediante su marca O2 lleva a cabo una política más agresiva (https://www.elconfidencial.com/tecnologia/2018-06-12/o2-telefonica-pedro-serrahima_1577576/) y la oferta actual aquí <https://o2online.es/fibra-y-movil/>). Lo mismo hace Vodafone a través de sus marcas Lowi (<https://www.lowi.es/>) y Vodafone bit (<https://bit.vodafone.es/>), así como Orange a través de sus marcas Amena (<https://www.amena.com/>) y Jazztel (<https://ofertas.jazztel.com/>).

Por otra parte, los operadores están siguiendo distintas estrategias en la oferta de sus servicios empaquetados, como demostraría la decisión de VODAFONE de no ofrecer contenidos *premium* de fútbol (desde la temporada 2018/2019).

3.2. Sobre los incrementos de precios anunciados

Los incrementos de precios anunciados por TELEFÓNICA, VODAFONE y ORANGE en los últimos años tienen importantes desfases temporales entre sí, no siempre inciden en los mismos productos, y se producen en el marco de un sector transparente y oligopolístico, con fuertes barreras a la entrada.

En lo que respecta a la transparencia, conviene destacar que el artículo 9.3 del Real Decreto 899/2009, de 22 de mayo, por el que se aprueba la carta de derechos del usuario de los servicios de comunicaciones electrónicas, obliga a los operadores de comunicaciones electrónicas a notificar al usuario final las modificaciones contractuales con una antelación mínima de un mes, informando expresamente en la notificación de su derecho a resolver anticipadamente el contrato sin penalización alguna.

Además, se debe tener en cuenta el carácter oligopolístico del sector, a raíz de un proceso de concentración que ha sufrido el mismo (en operaciones de concentración autorizadas, en los principales casos, por la Comisión Europea¹⁹). Este proceso de concentración ha originado una estructura sectorial en la que los tres principales operadores tienen cuotas minoristas bastante parecidas.

3.3. Sobre la presencia de factores exógenos que expliquen la conducta

El argumento principal de la denuncia presentada por FACUA es que en los últimos años se ha producido una evolución paralela y creciente de los precios de los principales productos comerciales de TELEFÓNICA, VODAFONE y ORANGE. No obstante, esta afirmación no refleja toda la realidad de los mercados afectados ni tiene su única explicación plausible en la existencia de acuerdos o prácticas concertadas de TELEFÓNICA, VODAFONE y ORANGE.

¹⁹ Casos M 7231 VODAFONE/ONO, autorizado en primera fase sin compromisos el 2 de junio de 2014, y M.7421 ORANGE/JAZZTEL, autorizado en segunda fase con compromisos el 19 de mayo de 2015.

Existen factores exógenos que permiten explicar la evolución creciente de los precios medios del sector, como la paulatina recuperación económica, los incrementos de los costes derivados del despliegue de redes de nueva generación y de los contenidos audiovisuales (especialmente los derechos de emisión del fútbol), etc.

A estos efectos, la resolución del Consejo de la extinta Comisión Nacional de la Competencia de 2 de julio de 2009 (expediente 2759/07 TELÉFONOS MÓVILES), constató que, en un sector de estas características, los paralelismos en las políticas comerciales pueden ser fruto de decisiones unilaterales y racionales de los operadores, que no entran dentro del ámbito de aplicación del artículo 1 de la LDC.

De lo anterior se deduce que, con independencia de que las empresas denunciadas se puedan estar comportando de manera similar, ello no basta para demostrar que dicho comportamiento sea sancionable por la legislación de competencia, pues dicha similitud, en un mercado con las características del analizado, puede ser el resultado de una estrategia racional por parte de los operadores.

La falta de pruebas adicionales que permitan vislumbrar algún indicio de acuerdo o concierto entre los operadores denunciados para actuar de manera similar impide la actuación en el sentido solicitado por la denunciante.

A la vista de lo anterior, en ausencia de otros elementos acreditativos adicionales y sin perjuicio de la posible incoación de procedimiento sancionador en caso de aparición de nuevos indicios de conductas prohibidas relacionadas con el caso, esta Sala de Competencia estima adecuada la propuesta de la Dirección de Competencia y considera que deben archivarse las actuaciones seguidas en relación con las conductas investigadas.

En su virtud, vistos los preceptos citados y los demás de general aplicación, la Sala de Competencia

HA RESUELTO

ÚNICO.- No incoar procedimiento sancionador y archivar las actuaciones seguidas por la Dirección de Competencia de la CNMC en el expediente S/0625/18 CONCERTACIÓN OPERADORES TELECOMUNICACIONES, como consecuencia de la denuncia presentada por FACUA Consumidores en Acción (FACUA), por considerar que no existen indicios de infracción de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia.

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