

RESOLUCIÓN

Expte. S/DC/0623/18, ORANGE ESPAÑA SAU Vs ASFORTEL

CONSEJO. SALA DE COMPETENCIA

Presidente

D. José María Marín Quemada

Consejeros

D^a. María Ortiz Aguilar

D. Josep Maria Guinart Solà

D. Clotilde de la Higuera González

D^a. María Pilar Canedo Arrillaga

Secretario

D. Joaquim Hortalà i Vallvé

En Madrid, a 25 de octubre de 2018.

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/DC/0623/18, ORANGE ESPAGNE SAU Vs ASAFORTEL, tramitado ante la denuncia formulada por parte de la ASOCIACIÓN DE AFECTADOS POR ORANGE ESPAGNE Y OTRAS EMPRESAS DE TELECOMUNICACIÓN (ASAFORTEL), ORANGE ESPAGNE, S.A.U. (ORANGE), por supuestas conductas restrictivas de la competencia contrarias al artículo 2 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia.

INDICE

I	ANTECEDENTES DE HECHO	3
II	LAS PARTES	
	1. Denunciante	4
	2. Denunciado	4
III	MERCADOS AFECTADOS	
	1. Mercado de producto	5
	i. Mercado de distribución minorista de servicios de comunicaciones electrónicas y televisión de pago	
	ii. Mercado de distribución minorista de productos y dispositivos electrónicos	
	iii. Mercado de distribución mayorista de servicios de comunicaciones electrónicas y televisión de pago	
	2. Mercado geográfico	8
	3. Cuotas de mercado	9
	i. Mercado de distribución minorista de servicios de comunicaciones electrónicas y televisión de pago en España	
	ii. Mercado de distribución minorista de productos y dispositivos electrónicos en España	
	iii. Mercado de distribución mayorista de servicios de comunicaciones electrónicas y televisión de pago en España	
IV	HECHOS DENUNCIADOS	12
V	FUNDAMENTOS DE DERECHO	14
	PRIMERO. - Competencia para resolver	14
	SEGUNDO. - Objeto de la resolución y propuesta del órgano instructor	14
	TERCERO. - Valoración de la Sala de Competencia	15
	HA RESUELTO	17

I. ANTECEDENTES DE HECHO

1. Con fecha 28 de junio de 2017, tuvo entrada en la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) denuncia presentada por el representante de la ASOCIACIÓN DE AFECTADOS POR ORANGE ESPAGNE Y OTRAS EMPRESAS DE TELECOMUNICACIÓN, en adelante ASAFORTEL, contra ORANGE ESPAGNE, S.A.U., en adelante ORANGE, por una supuesta infracción del artículo 2 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC), consistente según la denuncia en la aplicación de prácticas abusivas a sus distribuidores minoristas, estrangulándoles financieramente y provocando una concentración de la distribución en el mercado de las telecomunicaciones.
2. Con el fin de determinar si los hechos mencionados por ASAFORTEL constituyen indicios de una infracción de la LDC, la Dirección de Competencia abrió unas diligencias previas con número de expediente DP/0205/17.
3. Con fecha 5 de septiembre de 2017, la Dirección de Competencia requirió a ASAFORTEL la subsanación de la denuncia presentada, de cara a que se ajustase a lo establecido en el artículo 25 del Reglamento de Defensa de la Competencia (RDC), aprobado por el Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero, así como información adicional en relación con los hechos denunciados. Con fecha 22 de septiembre de 2017, ASAFORTEL respondió al requerimiento, contestando a parte de las preguntas realizadas y solicitando una prórroga del plazo de diez días señalado para responder al resto de cuestiones planteadas, solicitud que fue atendida por la Dirección de Competencia que concedió un plazo adicional de 5 días de acuerdo con el artículo 32 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas. Con fecha 29 de septiembre de 2017, tuvo entrada en la CNMC la respuesta de ASAFORTEL al requerimiento de la Dirección de Competencia y, en ella, se aportaba documentación recopilada por varias empresas asociadas a ASAFORTEL y que, según la denunciante, daba muestra de las prácticas realizadas por ORANGE contrarias a las leyes de competencia¹.

¹ En la citada respuesta al requerimiento de la Dirección de Competencia, ASAFORTEL declaró que gran parte de la documentación requerida consiste en comunicaciones entre ORANGE y los distribuidores, y que, en caso de ser aportada por ASAFORTEL, ésta podría estar incurriendo en ilícitos de tipo penal y/o civil. Por ello, ASAFORTEL solicitó a la Dirección de Competencia que requiriera la documentación mencionada a las propias empresas distribuidoras y asociadas a ASAFORTEL.

Con fecha 31 de octubre de 2017, las empresas [...] e [...] (en adelante [...]), asociadas a ASAFORTEL, presentaron en la CNMC información complementaria a la denuncia de la asociación, en la que se incluye documentación y comunicaciones entre [...] y ORANGE que, según las citadas empresas, tendrían relación directa con los hechos denunciados. El 23 de noviembre de 2017, la Dirección de Competencia requirió a [...], de conformidad con el artículo 39.1 de la LDC, información adicional en relación con la información aportada. La respuesta de [...] a este requerimiento tuvo entrada en la CNMC el mismo día 23 de noviembre.

Del mismo modo que hizo [...], con fecha 24 de noviembre de 2017, otras empresas miembros de ASAFORTEL presentaron en la CNMC información complementaria a la denuncia de la citada asociación. En concreto, presentaron información las siguientes empresas: [...]. Atendiendo a la información aportada por ASAFORTEL y por las empresas asociadas, la Dirección de Competencia no consideró necesario

4. Atendiendo a la información aportada por ASAFORTEL y sus asociados, y con el fin de determinar con carácter preliminar si concurren las circunstancias que justifiquen la incoación del expediente sancionador, de conformidad con lo previsto en el artículo 49.2 de la LDC, la Dirección de Competencia acordó transformar las diligencias previas con número de expediente DP/0205/17 en una información reservada bajo la referencia S/0623/18. Asimismo, se acordó la incorporación al citado procedimiento de la documentación obrante en las citadas diligencias previas.
5. Con fecha 7 de marzo de 2018, la Dirección de Competencia elevó al Consejo de la CNMC propuesta de no incoación de expediente y el archivo de las actuaciones seguidas como consecuencia de la denuncia presentada por ASAFORTEL, por considerar que no hay indicios de infracción de la LDC.
6. El Consejo de la CNMC en Sala de Competencia deliberó y adoptó la presente Resolución en su reunión 25 de octubre de 2018.

II. LAS PARTES

1. Denunciante: ASOCIACIÓN DE AFECTADOS POR ORANGE ESPAGNE Y OTRAS EMPRESAS DE TELECOMUNICACIÓN (ASAFORTEL)

ASAFORTEL es una asociación española fundada en 2015, cuyo objeto, de acuerdo con su acta fundacional, es la defensa, representación, gestión y fomento de los intereses de los asociados afectados por la actuación desarrollada por la empresa ORANGE, sus órganos de administración y representación, empresas y personas relacionadas con la misma o con su actividad, así como por cualquier otra compañía de telecomunicaciones y órganos de la misma, respecto a las relaciones comerciales y contratos formalizados y suscritos con tales empresas para la distribución y comercialización de productos de telefonía. Se encuentra inscrita en el Registro Nacional de Asociaciones del Ministerio del Interior desde mayo de 2016².

En la actualidad, la asociación ASAFORTEL está conformada por más de 50 asociados, que representan a aproximadamente 70 empresas, antiguas agentes de ORANGE³.

2. Denunciado: ORANGE ESPAGNE, S.A.U. (ORANGE).

ORANGE es un operador de servicios de telecomunicaciones y comunicaciones electrónicas. ORANGE forma parte del Grupo Orange, que en la actualidad es uno de los principales operadores de telecomunicaciones del mundo, con aproximadamente 270 millones de clientes. El Grupo Orange opera en 29 países en Europa, África y Oriente Medio.

requerir información adicional al resto de empresas miembros de ASAFORTEL, al estimar que la documentación e información que obraba en su poder era suficiente para estudiar la presente denuncia.

² Información aportada por ASAFORTEL en la denuncia y comprobada en la Sede Electrónica del Ministerio del Interior: <http://www.interior.gob.es/web/servicios-al-ciudadano/asociaciones>

³ Información aportada por ASAFORTEL en la denuncia y en su página web: <http://asafortel.com/>

El Grupo Orange tiene en España, a través de ORANGE, su segundo mercado geográfico, por detrás de Francia. ORANGE presta en España, entre otros, servicios telefónicos fijos disponibles al público, servicios de acceso a banda ancha fija, servicios de comunicaciones móviles y servicios de televisión de pago.

ORANGE cuenta en el tercer trimestre de 2017, a través de sus distintas marcas (Orange, Jazztel, Amena y Simyo), con más de 20 millones de clientes en España (15.913.000 en móvil y 4.168.000 en banda ancha fija), según los últimos datos consolidados del GRUPO ORANGE⁴.

III. MERCADOS AFECTADOS

1. Mercados de producto

Como indica la Dirección de Competencia en su propuesta, teniendo en cuenta las actividades de ORANGE y de las empresas asociadas a ASAFORTEL, los sectores afectados por las conductas denunciadas son las actividades de distribución minorista de productos y dispositivos electrónicos, de distribución minorista de servicios de comunicaciones electrónicas y televisión de pago, y de distribución mayorista de estos mismos servicios.

La actuación de ORANGE en las actividades de distribución minorista mencionadas se realiza, por un lado, de forma directa por la propia ORANGE a través del canal no presencial y también a través de aproximadamente (en 2017) 27 tiendas propias distribuidas por la geografía española. Por otro lado, de forma indirecta, ORANGE hace uso de aproximadamente (en 2017) 991 tiendas físicas que actúan como agentes monomarca de este operador⁵.

Las empresas asociadas a ASAFORTEL actúan como agentes de ORANGE, suscribiendo contratos de venta de productos y dispositivos electrónicos y de distribución de servicios de telecomunicaciones por cuenta de ORANGE.

En el caso de las actividades de distribución mayorista de servicios de comunicaciones electrónicas y televisión de pago, atendiendo al expediente aquí planteado, ORANGE actúa como el distribuidor mayorista de estos servicios, siendo sus clientes las tiendas distribuidoras minoristas, ya sean sus tiendas propias o aquellas que actúan como agentes, además de las tiendas multimarca en las que ORANGE esté presente.

A la vista de lo anterior, la Dirección de Competencia considera que se pueden distinguir, en el marco del expediente de referencia, los siguientes mercados de producto afectados.

- i. *Mercado de distribución minorista de servicios de comunicaciones electrónicas y televisión de pago*

⁴ Información disponible en la página web de ORANGE (<https://www.orange.es/>) y del GRUPO ORANGE (<https://www.orange.com/en/Investors/Results-and-presentation/Folder/Latest-consolidated-results>)

⁵ Fuente: <https://www.alimarket.es/electro/noticia/249736/orange-invertira-42-m-en-la-transformacion-del-canal-fisico-en-espana>

Una parte significativa de la actividad de las partes implicadas en este expediente se centra en la distribución minorista de servicios de comunicaciones electrónicas, fundamentalmente servicios de comunicaciones móviles, servicios de telefonía fija y banda ancha fija y servicios de televisión de pago.

Tradicionalmente, dado el elevado número de líneas móviles existente en España, este mercado se centraba en la distribución de las mismas, teniendo el resto de servicios un peso mucho más minoritario. En todo caso, los mismos canales y tiendas se solían utilizar para distribuir todos los servicios.

En los últimos años, los productos convergentes (servicios fijos y móviles, y a veces también de televisión de pago) han cobrado mayor protagonismo, estando asociados a los mismos una o más líneas móviles.

En este mercado se puede plantear la posibilidad de diferenciar distintos sub-mercados por tipo de canal (presencial/no presencial). A este respecto, una parte de la demanda puede dar especial importancia al asesoramiento personalizado y presencial que puede recibir sobre las ofertas comerciales de servicios de comunicaciones electrónicas de los distintos operadores.

El canal no presencial lo constituyen fundamentalmente los propios operadores de comunicaciones electrónicas (como ORANGE), mientras que el canal presencial lo representan las empresas distribuidoras, tanto propias de los operadores de comunicaciones electrónicas como agentes monomarca o multimarca de éstos, que distribuyen los servicios de comunicaciones electrónicas que comercializan los operadores, percibiendo, en el caso de los agentes, una comisión de los operadores, que varía en función del tipo de servicio distribuido y de los objetivos a cumplir.

De todas maneras, la Dirección de Competencia entiende que no es necesario pronunciarse sobre la posible segmentación entre canal presencial y no presencial a los efectos del presente expediente, en la medida que no afecta a las conclusiones del análisis.

Por otro lado, la Dirección de Competencia considera que no procede segmentar este mercado según el operador de comunicaciones electrónicas cuyos productos se distribuyen.

En primer lugar, desde el punto de vista de la demanda, y dadas las facilidades regulatorias que se dan a la portabilidad de servicios de comunicaciones electrónicas y de televisión de pago, gran parte de los consumidores finales percibe como altamente sustitutivas entre sí las redes de distribución de los distintos operadores de comunicaciones electrónicas en España.

Adicionalmente, conviene destacar que una parte significativa de las redes de distribución es multimarca, lo que es otra muestra de esta elevada sustituibilidad por el lado de la demanda.

Asimismo, desde el punto de vista de la sustituibilidad por el lado de la oferta, ésta es muy significativa. Así, un distribuidor minorista de una determinada marca puede pasar a convertirse en un distribuidor multimarca o en un distribuidor exclusivo de otro operador sin necesidad de hacer grandes inversiones en tiempo o dinero.

ii. *Mercado de distribución minorista de productos y dispositivos electrónicos*

La Comisión Europea, en su decisión en el asunto nº COMP/M.7259 (Carphone Warehouse/Dixons), valoró la posibilidad de separar este mercado en dos sub-mercados, uno por tipología de productos (teléfonos móviles por un lado y *tablets* por otro), y otro por canal de distribución (presencial, no presencial, e incluso por tipología de establecimiento de venta).

En relación con el posible sub-mercado diferenciado por tipología de productos, la separación de un mercado de venta de teléfonos móviles y otro de venta de otros productos electrónicos se podría justificar por el hecho de que, anteriormente, los teléfonos móviles se solían ofrecer al consumidor asociados a una oferta de servicios de un operador de telecomunicaciones, mientras que, en el caso de los otros productos electrónicos, se ofrecían al consumidor de forma independiente.

Sin embargo, conviene tener en cuenta que, en los últimos años, los operadores de servicios de comunicaciones electrónicas en España han cambiado significativamente sus políticas comerciales, dejando de subvencionar de forma masiva los terminales móviles y vendiéndolos en su gran mayoría libres (sin ataduras a una determinada red).

Asimismo, cada vez es más habitual que los servicios de comunicaciones electrónicas se comercialicen sin un terminal asociado.

Estos dos factores llevarían a considerar, a juicio de la Dirección de Competencia, que no es pertinente diferenciar la comercialización minorista de teléfonos móviles de la de otros productos y dispositivos electrónicos.

Respecto a la segmentación por canal de distribución, la Comisión Europea estableció en sus precedentes una ausencia de distinción entre el canal presencial (tiendas físicas), no presencial (venta por internet) y otros sub-mercados.

Desde el punto de vista de la demanda, los consumidores comparan precios entre los canales de distribución por internet y las tiendas físicas antes de enfrentarse a una compra, existiendo una sustituibilidad entre ambos canales.

No obstante, las tiendas físicas tienen su importancia para el consumidor, ya que éste suele buscar en el establecimiento el consejo de personal experto, y/o desea ver y manipular el producto antes de decidirse por su compra. También hay que tener en cuenta que el canal presencial da unos servicios de valor añadido e inmediatez en la entrega de los terminales, que hacen que, para una parte significativa de los consumidores, no sean sustitutivos con otros canales no presenciales.

En todo caso, la Dirección de Competencia entiende que no es necesario pronunciarse de forma exacta sobre la delimitación exacta de este mercado de producto a los efectos del presente expediente, en la medida en que no afecta a las conclusiones del análisis.

En particular, en este mercado el peso de los operadores de comunicaciones electrónicas y sus agentes es cada vez menor, dado el auge de los terminales libres y la reducción significativa en las políticas de subvención de terminales por parte de los operadores de comunicaciones electrónicas, lo que ha hecho que los operadores independientes, tanto en el ámbito físico (Mediamarkt, Fnac, El Corte Inglés, etc.) como en el online (Amazon, etc.) hayan crecido de forma muy significativa.

De esta manera, previsiblemente la cuota de ORANGE y sus agentes en este mercado será mucho menor que en el mercado de distribución minorista de servicios de comunicaciones electrónicas, delimitado anteriormente.

iii. *Mercado de distribución mayorista de servicios de comunicaciones electrónicas y televisión de pago*

La actividad de distribución mayorista de servicios de comunicaciones electrónicas y televisión de pago es realizada por los operadores que proporcionan el servicio de comunicaciones electrónicas (como ORANGE), teniendo como clientes a los distribuidores minoristas que, como se explicó en el apartado III.1.i, lo constituyen empresas propias del operador de comunicaciones electrónicas, y agentes monomarca o multimarca de éste.

Del mismo modo que el mercado de distribución minorista de servicios de comunicaciones electrónicas y televisión de pago, la distribución mayorista de servicios de comunicaciones electrónicas y televisión de pago se centraba inicialmente en la distribución de líneas móviles, mientras que el resto de servicios (telefonía fija, de banda ancha fija y de televisión de pago) tenían un peso menor. Sin embargo, los productos convergentes (servicios fijos y móviles, y a veces también de televisión de pago) han tenido también un mayor impacto en la distribución mayorista en los últimos años, con motivo de la mayor demanda del cliente final, que acude al distribuidor minorista para contratar las ofertas convergentes que ofrecen los operadores de telecomunicaciones.

En todo caso, el mercado de distribución mayorista de servicios de comunicaciones electrónicas y televisión de pago tiene como característica particular el hecho de que las transacciones se realizan a la inversa que en la mayoría de los mercados de distribución. En este caso, el distribuidor mayorista, es decir, el operador de telecomunicaciones, es el que reclama al agente la distribución de su servicio con las características y modalidades que él mismo determina. Además, es el agente el que percibe una retribución del operador, en forma de comisión, por el servicio que logre comercializar al cliente final.

Desde el lado de la demanda, la sustituibilidad entre operadores de comunicaciones electrónicas en el mercado de la distribución mayorista de servicios de comunicaciones electrónicas y televisión de pago es significativa. Los servicios prestados por la mayor parte de los operadores de comunicaciones electrónicas son similares, y sujetos a unas condiciones bastante homogéneas. Además, los distribuidores minoristas pueden cambiar de operador mayorista distribuidor de los servicios, sin necesidad de grandes inversiones en tiempo o dinero, procediendo a comercializar en el mercado minorista los servicios de un operador diferente.

2. Mercado geográfico

En lo que respecta al ámbito geográfico relevante de los tres mercados de producto analizados anteriormente, cabe señalar que ORANGE presta sus servicios a nivel nacional, con una estrategia comercial fundamentalmente nacional.

En el caso del mercado de distribución minorista de dispositivos electrónicos y del mercado de distribución minorista de servicios de comunicaciones electrónicas y

televisión de pago, los clientes que realizan sus gestiones (ya sea de compra de un dispositivo electrónico o de contratación de un servicio de telecomunicaciones) en un establecimiento físico suelen acudir a aquél que le resulta más cercano o cómodo.

No obstante, hay que tener en cuenta que las políticas de distribución y comercialización, tanto minorista como mayorista, de operadores de comunicaciones electrónicas como ORANGE, suelen establecerse a nivel nacional y ser bastante homogéneas en todo el territorio español. Adicionalmente, en el mercado de distribución minorista de dispositivos electrónicos, los principales distribuidores también suelen tener políticas comerciales fundamentalmente nacionales.

Por lo tanto, a los efectos del presente expediente, se considerará que los tres mercados de producto analizados tienen un ámbito geográfico relevante nacional.

3. Cuotas de mercado

i. Mercado de distribución minorista de servicios de comunicaciones electrónicas y televisión de pago en España

De acuerdo con el informe ESTAD/CNMC/079/17 “Informe Económico Sectorial de las Telecomunicaciones y el Audiovisual 2017”, publicado por la CNMC el 23 de noviembre de 2017⁶, el sector de las telecomunicaciones en España se caracteriza por la existencia de tres principales operadores que copan gran parte de los ingresos, representando el 77,9% del total en el año 2016. En dicho año, la cuota de mercado de ORANGE era del 16,9%, consolidándose como el tercer operador en España, por detrás de los operadores Movistar y Vodafone.

En la siguiente tabla se muestran las cuotas de mercado en términos de volumen (nº de líneas en el caso de telefonía y banda ancha móvil y fija y nº de abonados en el ámbito de la televisión de pago) de ORANGE y el resto de principales operadores de telecomunicaciones en España en 2016, desglosadas por tipos de servicio distribuido:

CUOTAS DE MERCADO EN TÉRMINOS DE VOLUMEN EN ESPAÑA POR OPERADOR EN 2016 (%)				
	MOVISTAR	VODAFONE	ORANGE	OTROS
LÍNEAS DE TELEFONÍA FIJA	49,4%	22,7%	20,5%	7,4%
LÍNEAS DE BANDA ANCHA FIJA	42,0%	22,4%	27,9%	7,7%
LÍNEAS MÓVILES	29,7%	25,5%	27,4%	17,4%
BANDA ANCHA MÓVIL	28,2%	28,2%	28,3%	15,3%
TELEVISIÓN DE PAGO	59,3%	20,8%	8,0%	11,9%

Fuente: CNMC.

En el ámbito de la distribución minorista de los servicios de comunicaciones electrónicas y televisión de pago, la Dirección de Competencia considera que una forma de aproximar la cuota de mercado que se puede atribuir a la red de distribución de los servicios de

⁶ <https://www.cnmc.es/expedientes/estadcnmc07917>

ORANGE es valorar el peso que este operador tiene en el conjunto de las altas anuales brutas de servicios de comunicaciones electrónicas y televisión de pago en España.

A juicio de la Dirección de Competencia, dentro del conjunto de servicios de telecomunicaciones distribuidos al por menor, el servicio de banda ancha fija es el que permitiría dar una visión más ajustada de la cuota de mercado de cada operador, pues se trata de un servicio que se contrata por el cliente de forma unitaria y de forma cada vez más generalizada, en el marco de las ofertas convergentes, a diferencia de otros servicios de comunicaciones electrónicas. Es por ello que se podrían tener en cuenta las altas brutas de este servicio concreto para estimar las cuotas de mercado por operador.

Para obtener una aproximación a las altas brutas en banda ancha fija de los operadores en España, la Dirección de Competencia ha estudiado, en un primer lugar, el nº de altas netas que ha tenido cada operador de telecomunicaciones en este servicio en los años 2015 y 2016. En la siguiente tabla se muestra el número de nuevos abonados de cada operador de banda ancha fija en estos dos años, además del porcentaje respecto al total de abonados que representaría cada operador conforme a estas cifras en cada uno de estos años:

Nº DE ABONADOS EN ESPAÑA A BANDA ANCHA FIJA, POR OPERADOR, AÑOS 2015 Y 2016					
	Nº DE ABONADOS EN 2015	Nº DE ABONADOS EN 2016	Nº DE NUEVOS ABONADOS EN 2016	ABONADOS 2015 / TOTAL 2015	% ABONADOS 2016 / TOTAL 2016
MOVISTAR	5.830.846	5.933.138	102.292	43,05%	42,04 %
ORANGE	3.753.041	3.940.338	187.297	27,71%	27,92 %
VODAFONE	2.959.376	3.158.406	199.030	21,85%	22,38 %
EUSKALTEL + R	493.527	499.870	6.343	3,65%	3,54%
TELECABLE	126.852	123.448	-3.404	0,94%	0,88%
MAS MOVIL	0	133.857	133.857	0,00%	0,95%
RESTO	379.264	323.600	-55.664	2,80%	2,29%
TOTAL	13.542.906	14.112.657	569.751	100,00%	100,00%

Fuente: CNMC.

Atendiendo a estos datos, no se detecta en 2016 un crecimiento respecto a 2015 especialmente significativo en ninguno de los principales operadores salvo MAS MOVIL. En opinión de la Dirección de Competencia, esto hace prever que el número de altas brutas en banda ancha fija de cada operador, y en concreto de ORANGE, sea similar a la de sus competidores, y por tanto la cuota de mercado de ORANGE no sería superior al 30%.

Por otro lado, la cuota de mercado de ORANGE en el servicio de distribución minorista de banda ancha fija se podría aproximar a su cuota en relación a su base de clientes. De acuerdo con estas cifras, la cuota de mercado de ORANGE, en el 2016 sería también menor del 30%.

Como se comentaba en párrafos anteriores, estas cifras podrían ser extrapolables a las del conjunto del mercado de distribución minorista de servicios de comunicaciones electrónicas y televisión de pago.

Otra forma de aproximar la cuota de mercado atribuible a la red de distribución de los servicios de ORANGE es analizar el número de puntos de distribución de cada operador.

Así, de acuerdo con el Informe [CONFIDENCIAL], la cifra total de puntos de venta de servicios de comunicaciones electrónicas en España ascendía a [5.000-10.000]. En la siguiente tabla se realiza un desglose del número de puntos de venta por operador, tanto exclusivos como compartidos⁷.

PUNTOS DE VENTA DE COMUNICACIONES ELECTRÓNICAS EN ESPAÑA POR OPERADOR EN 2016 (UNIDADES)			
	EXCLUSIVOS	COMPARTIDOS	TOTAL POR OPERADOR
MOVISTAR	[...]	[...]	[...]
VODAFONE	[...]	[...]	[...]
ORANGE	[...]	[...]	[...]
YOIGO	[...]	[...]	[...]
TOTAL	[...]	[...]	[...]

Fuente: [...].

Estas cifras de puntos de venta se pueden extrapolar para determinar la cuota de distribución minorista de servicios de comunicaciones electrónicas y televisión de pago en España, al presumir que todas las tiendas distribuidoras tienen un volumen de ventas semejante, y que el canal no presencial de los operadores también tiene un peso similar para los distintos operadores.

A partir de estas cifras, la cuota de mercado de ORANGE en este mercado a nivel nacional previsiblemente estaría alrededor del 30%.

Teniendo en cuenta que las empresas asociadas a ASAFORTEL actuaban como agentes exclusivos de ORANGE, el peso de estas empresas en su conjunto en el mercado sería reducido.

ii. *Mercado de distribución minorista de productos y dispositivos electrónicos en España*

El auge de los terminales libres y la reducción significativa en las políticas de subvención de terminales por parte de los operadores de comunicaciones electrónicas, ha proporcionado un mayor protagonismo a los operadores independientes en el mercado de distribución minorista de dispositivos electrónicos, tanto en el ámbito presencial (Mediamarkt, Fnac, El Corte Inglés, etc.) como en el online (Amazon, etc.).

⁷ Debe tenerse en cuenta que la cifra total de puntos de venta que se expone en la tabla refleja una cifra mayor a la de [5.000-10.000], debido a que los puntos de venta compartidos se contabilizan para cada uno de los operadores presentes en estos establecimientos.

De esta manera, previsiblemente la cuota de mercado de ORANGE y de su red de distribución monomarca en este ámbito es significativamente inferior al 30% en cualquiera de las delimitaciones de este mercado.

iii. Mercado de distribución mayorista de servicios de comunicaciones electrónicas y televisión de pago en España

En este mercado, la cuota de mercado de ORANGE se puede aproximar a través de los mismos criterios que se han utilizado para el mercado de distribución minorista de servicios de comunicaciones electrónicas y televisión de pago en España.

Por ello, la cuota de mercado de ORANGE como distribuidor mayorista de servicios de comunicaciones electrónicas y televisión de pago a nivel nacional previsiblemente estaría alrededor del 30% en todas las delimitaciones razonables de este mercado.

IV. HECHOS DENUNCIADOS

ASAFORTEL considera que ORANGE comete constantes abusos de posición dominante contra sus asociados, infringiendo el artículo 2 de la LDC.

En particular, la denunciante declara que ORANGE “...decidió cambiar durante los últimos años la política comercial, e inició un plan diseñado y organizado para reducir su canal de distribución, para lo que comenzó a cambiar las condiciones retributivas y los objetivos a los distribuidores aprovechando su posición dominante, de forma que, independientemente de que los distribuidores aumentaran el número de actos comerciales, sus ingresos descendieran y sus gastos aumentaran por imposiciones de ORANGE.”

Así, según la denuncia, este cambio de la política comercial de ORANGE produjo en sus distribuidores un estrangulamiento financiero, que llevó a muchos de ellos a una situación de ruina, provocando su entrada en concurso de acreedores, mientras que ORANGE obtuvo importantes beneficios al provocar una concentración en la distribución a un coste muy ventajoso, obteniendo ventajas estratégicas con respecto a sus competidores.

En la respuesta del 22 de septiembre de 2017 al requerimiento de la Dirección de Competencia, ASAFORTEL indica que ORANGE altera las condiciones retributivas arbitrariamente, sin preaviso y sin margen de planificaciones para las empresas.

La denuncia también se ha acompañado de copias de correos electrónicos que muestran los envíos y modificaciones de los objetivos puestos por ORANGE a las empresas, de forma individualizada, comunicando o modificando estos objetivos con escasa antelación e incluso con retraso.

Por otra parte, la denunciante considera también “...que se está provocando una situación de concentración en la distribución, que está tendiendo cada vez más al monopolio de la red comercial por aquellas empresas afines a la marca, alterando el mercado con importantes consecuencias para los consumidores, quienes se ven perjudicados a la hora de ejercer sus derechos y garantías más básicas.”

ASAFORTEL denuncia la presión que ejerce ORANGE a sus distribuidores para que compren o vendan determinadas tiendas en las condiciones (precio, plazos, subrogación

de obligaciones, etc.) que impone el propio operador, no permitiendo que los distribuidores ejerzan sus opciones de compraventa con libertad, ya que, si no lo hacen, ORANGE les bloquea sus claves de acceso para operar, dar de alta a clientes, o plantear reclamaciones. Según la denunciante, esta práctica vulnera el artículo 16 de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de Garantía de la Unidad de Mercado⁸.

ASAFORTEL estima que las anteriores operaciones dieron lugar a concentraciones económicas, conforme a lo previsto en los artículos 7 y siguientes de la LDC, emplazando a la CNMC a que realice las verificaciones y procedimientos de control establecidos en la Ley⁹.

En la respuesta del 22 de septiembre de 2017 al requerimiento de esta Dirección de Competencia, ASAFORTEL declara que, como consecuencia de esta situación, el mercado de la distribución de ORANGE ha pasado de estar conformado por más de 205 distribuidores en el año 2012, a menos de 47 en el 2017, eliminando casi completamente los monopolios en todo el territorio nacional (entendiendo los monopolios como aquellos distribuidores que se limitan a comercializar la marca del operador de telecomunicaciones en un único establecimiento comercial).

ASAFORTEL considera que ORANGE está provocando una importante alteración en el mercado nacional de las telecomunicaciones, posicionándose en éste a costa de una concentración abusiva del mercado de su distribución, y obteniendo ventajas respecto a sus competidores.

Además, la denunciante, en su respuesta del 22 de septiembre de 2017 al requerimiento de información, denuncia prácticas contrarias a la LDC en el sistema de facturación de ORANGE, tanto a los consumidores como a los distribuidores, declarando que se producen errores reiterados, graves y evidentes.

Respecto a los problemas en la facturación a los consumidores, ASAFORTEL hace referencia a noticias relacionadas con denuncias presentadas contra ORANGE por la fiscalía de A Coruña.

En relación con los errores en la facturación a los distribuidores, se acompaña la denuncia con documentos que muestran el número y tipo de reclamaciones que algunas empresas han tenido que remitir a ORANGE para solucionar los errores mencionados, además de intercambios de correos electrónicos entre ORANGE y las empresas en relación con estos problemas.

⁸ La Dirección de Competencia no ha entrado a analizar esta cuestión en profundidad, en la medida que la Ley 20/2013 busca prevenir actuaciones por parte de las Administraciones Públicas que puedan ser incompatibles con la libertad de establecimiento y circulación y, por lo tanto, no se dirige a controlar las actuaciones de los operadores privados. En todo caso, la CNMC no es el canal adecuado para la presentación de las denuncias de incumplimiento de la Ley 20/2013, debiendo dirigirse ASAFORTEL a la Secretaría del Consejo para la Unidad de Mercado.

⁹ La Dirección de Competencia no ha entrado a analizar esta cuestión en profundidad, puesto que, dada la actividad de los distribuidores, las cuotas de mercado de estos distribuidores y ORANGE en los mercados afectados y el volumen de negocios de los distribuidores, previsiblemente dichas supuestas operaciones de concentración no alcanzan los umbrales previstos en el artículo 8.1 de la LDC, sin que ASAFORTEL haya aportado ningún elemento indiciario que pueda afectar a esta conclusión.

También, dentro de la información complementaria aportada por las empresas asociadas a ASAFORTEL, se denuncia que ORANGE anima a los distribuidores a aprovechar herramientas de descuento para aumentar las ventas, pero que éstas se resumen en descuentos o regalos (por ejemplo, de tarjetas prepago) al cliente final que debe asumir finalmente el distribuidor. Según la denuncia, ORANGE decide el descuento que se aplica al cliente, abonando al distribuidor solo una parte de dicho descuento, debiendo asumir éste el resto de la cantidad descontada¹⁰.

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”*.

Así mismo 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”*.

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

Corresponde a esta Sala en el presente expediente determinar 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 DC, resolver no incoar procedimiento sancionador y archivar las actuaciones realizadas hasta el momento sobre los hechos denunciados.

Resulta por tanto necesario proceder a valorar la existencia o ausencia de indicios de infracción a la luz del artículo 2 de la LDC, en la conducta de ORANGE denunciada por ASAFORTEL, tal y como propone la DC o si, por el contrario, en dichas actuaciones pudieran apreciarse indicios de infracción de la LDC que motiven la incoación del expediente sancionador.

El artículo 49.1 de la LDC dispone que la DC 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 número 3 del citado artículo 49 se añade que el Consejo, a propuesta de la DC, acordará no incoar procedimiento sancionador y, en consecuencia, el archivo de las actuaciones realizadas, cuando considere que no hay indicios de infracción.

¹⁰ Información aportada el 24 de noviembre de 2017 por [...] como información complementaria a la denuncia de ASAFORTEL.

Por otro lado, el artículo 27.1 del Reglamento de Defensa de la Competencia (RDC), aprobado por Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero, 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”.

Teniendo en cuenta las cuotas de mercado de ORANGE en España y la estructura y dinámica competitiva de los mismos, la Dirección de Competencia considera que no existen indicios de que ORANGE disponga de una posición de dominio en los mercados relevantes afectados por las conductas denunciadas por ASAFORTEL.

Por ello, la Dirección de Competencia considera que, con la información disponible, no se cumplen las condiciones para que ORANGE pueda incurrir en un abuso de posición de dominio y, por tanto, no existen indicios de una infracción del artículo 2 de la LDC por parte de ORANGE, sin necesidad de entrar a valorar el carácter abusivo de las conductas denunciadas por ASAFORTEL.

Asimismo, respecto a los descuentos a aplicar por los distribuidores, de la información aportada por ASAFORTEL o sus miembros, la Dirección de Competencia deduce que los distribuidores tenían autonomía para decidir en qué grado aplicaban los descuentos propuestos por ORANGE, que operaban como descuentos máximos, y que el distribuidor tenía libertad para aplicar en todo o en parte.

De esta manera, a juicio de la Dirección de Competencia, de la información aportada no se deducen indicios de fijación vertical de precios de reventa por parte de ORANGE y, por tanto, tampoco se apreciaría la existencia de indicios de una infracción del artículo 1 de la LDC, aunque esta cuestión no haya sido específicamente denunciada por ASAFORTEL.

TERCERO.- Valoración de la Sala de Competencia

El artículo 2.1 de la LDC prohíbe “*la explotación abusiva por una o varias empresas de su posición de dominio en todo o en parte del mercado nacional*”.

La infracción de dicho artículo 2 requiere el cumplimiento de dos condiciones de manera cumulativa: i) que el infractor ostente una posición de dominio en el mercado en que desarrolla su actividad; y ii) que su comportamiento sea abusivo de dicha posición. De tal manera que la declaración de una infracción del referido artículo 2 exige acreditar la simultaneidad de dos elementos: (1) la posición de dominio en el mercado por parte de una empresa y (2) su uso abusivo de esa posición. En consecuencia, si no se cumple alguno de los dos requisitos no puede valorarse la conducta como un abuso de posición de dominio en el mercado.

Esta Sala coincide plenamente con el análisis de la DC sobre la ausencia de indicios de posición de dominio, lo cual implicaría que, con la información disponible, no se cumplen las condiciones para que ORANGE pueda incurrir en un abuso de posición de dominio y, por tanto, no existen indicios de una infracción del artículo 2 de la LDC por parte de ORANGE. En consecuencia, no sería necesario entrar a valorar el carácter abusivo de las conductas denunciadas por ASAFORTEL.

Al mismo tiempo, hay que tener en cuenta que las empresas miembros de ASAFORTEL, que alegan tener una dependencia económica con ORANGE como distribuidores monomarca del mismo tenían, previamente a la firma del contrato, posibilidad de escoger entre varios operadores de comunicaciones electrónicas, con mayor o menor cuota de mercado que ORANGE, de cara a la prestación de los servicios afectados. Además, el que puedan tener una dependencia, no concede automáticamente a ORANGE una posición de dominio en ningún mercado relevante.

Adicionalmente, aun habiéndose establecido un vínculo contractual entre ORANGE y los distribuidores, éstos pueden sustituir sus contratos comerciales con este operador y decidir actuar como distribuidores multimarca o monomarca para otros operadores de comunicaciones electrónicas en España.

De esta manera, en línea con el criterio seguido por la DC, esta Sala entiende que los conflictos entre ORANGE y los miembros de ASAFORTEL, ya sea por la consolidación de la red de distribución como por los errores de facturación, son conflictos bilaterales, derivados en parte del cambio de estrategia de ORANGE en la distribución minorista de sus productos en España, que escaparían del ámbito de aplicación del artículo 2 de la LDC y deberían ser sustanciados en la jurisdicción ordinaria competente.

En cualquier caso, se debe destacar que en los últimos años se ha producido una consolidación en las redes de distribución minorista de los servicios de comunicaciones electrónicas y televisión de pago de los principales operadores en España, por lo que no es previsible que en su proceso de consolidación ORANGE haya obtenido ventajas competitivas irreplicables para sus principales competidores.

Asimismo, respecto a los descuentos a aplicar por los distribuidores, de la información aportada por ASAFORTEL o sus miembros, se puede concluir que los distribuidores tenían autonomía para decidir en qué grado aplicaban los descuentos propuestos por ORANGE, que operaban como descuentos máximos, y que el distribuidor tenía libertad para aplicar en todo o en parte. Por consiguiente, se trataría de un conflicto mercantil que no entraría dentro del ámbito de aplicación de la LDC por parte de la CNMC, al no afectar al interés público de la libre competencia.

De esta manera, y coincidiendo con el análisis efectuado por la DC en su propuesta elevada a esta Sala, de la información aportada no se deducen indicios de fijación vertical de precios de reventa por parte de ORANGE y, por tanto, tampoco se apreciaría la existencia de indicios de una infracción del artículo 1 de la LDC, aunque esta cuestión no haya sido específicamente denunciada por ASAFORTEL.

A la vista de lo anterior, dada la información obrante en el expediente, y tomando en consideración la investigación realizada, esta Sala concluye que no hay indicios suficientes que sustenten las denuncias de ASAFORTEL y estima adecuada la propuesta de la DC 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, el Consejo en Sala de Competencia,

HA RESUELTO

ÚNICO. - No incoar procedimiento sancionador y archivar las actuaciones seguidas por la Dirección de Competencia en el expediente S/0623/18, ORANGE ESPAGNE SAU VS ASAFORTEL, como consecuencia de la denuncia presentada por la ASOCIACIÓN DE AFECTADOS POR ORANGE ESPAGNE Y OTRAS EMPRESAS DE TELECOMUNICACIÓN (ASAFORTEL), 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 de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia y notifíquese a los interesados, haciéndoles saber que contra ella 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.