

RESOLUCIÓN DE VIGILANCIA**Expte. VC/0612/14 TELEFÓNICA/DTS****CONSEJO. PLENO****Presidenta**

D^a. Cani Fernández Vicién

Vicepresidente

D. Ángel Torres Torres

Consejeros

D^a. María Ortiz Aguilar

D. Mariano Bacigalupo Saggese

D^a María Pilar Canedo Arrillaga

D. Bernardo Lorenzo Almendros

D. Xabier Ormaetxea Garai

D^a. Pilar Sánchez Núñez

D. Carlos Aguilar Paredes

D. Josep Maria Salas Prat

Secretario

D. Joaquim Hortalà i Vallvé

En Madrid, a 22 de julio de 2021

El Pleno del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, con la composición señalada, ha dictado la siguiente resolución cuyo objeto es la vigilancia parcial del cumplimiento de la resolución del Pleno del Consejo de la CNMC de 22 de abril de 2015, recaída en el expediente C/0612/14, TELEFÓNICA/DTS.

INDICE

ANTECEDENTES DE HECHO	2
FUNDAMENTOS DE DERECHO	4
PRIMERO. - HABILITACIÓN COMPETENCIAL	4
SEGUNDO. - OBJETO DE LA PRESENTE RESOLUCIÓN DE VIGILANCIA	4
TERCERO. - OFERTA COMERCIAL DE TELEFÓNICA: PRODUCTO FUSIÓN CON SMARTPHONE	4
CUARTO. - COMPROMISOS A QUE FUE CONDICIONADA LA AUTORIZACIÓN DE LA OPERACIÓN DE CONCENTRACIÓN C/0612/14	6
QUINTO. - VALORACIÓN DE LA COMPATIBILIDAD DE LA OFERTA COMERCIAL FUSIÓN CON SMARTPHONE CON LOS COMPROMISOS A QUE FUE CONDICIONADA LA AUTORIZACIÓN DE LA OPERACIÓN DE CONCENTRACIÓN C/0612/14	6
SEXTO. - PROPUESTA DE ADOPCIÓN DE MEDIDAS DE LA DIRECCIÓN DE COMPETENCIA EN SU PROPUESTA DE INFORME PARCIAL DE VIGILANCIA	12
SÉPTIMO. - ALEGACIONES DE TELEFÓNICA A LA PROPUESTA DE INFORME PARCIAL DE VIGILANCIA ELABORADO POR LA DIRECCIÓN DE COMPETENCIA Y CONTESTACIÓN A DICHAS ALEGACIONES	13
7.1 Sobre el compromiso 1.1	13
7.2 Otras alegaciones	29
7.3 Propuesta realizada por Telefónica para adaptarse a la propuesta del IPV	32
OCTAVO. - VALORACIÓN DE LA DIRECCIÓN DE COMPETENCIA EN SU INFORME PARCIAL DE VIGILANCIA	33
NOVENO. - VALORACIÓN DEL PLENO DE LA CNMC	33
HA RESUELTO	34

ANTECEDENTES DE HECHO

- Con fecha 17 de octubre de 2014, fue notificada a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (**CNMC**) la operación de concentración económica consistente en la adquisición por parte de Telefónica de Contenidos, S.A.U. del control exclusivo de DTS, Distribuidora de Televisión Digital, S.A. (**DTS**), notificación que dio lugar al expediente C/0612/14, TELEFÓNICA/DTS.
- Con fecha 22 de abril de 2015, el Pleno del Consejo de la CNMC resolvió autorizar la operación de concentración económica TELEFÓNICA/DTS (expediente C/0612/14), subordinada al cumplimiento de los compromisos presentados por Telefónica de Contenidos, S.A.U. el 14 de abril de 2015, que obligan a esta empresa y a cualquiera de las empresas del grupo (en adelante, conjuntamente referidas como '**TELEFÓNICA**').
- Por acuerdo del Ministro de Economía y Competitividad de 30 de abril de 2015, la operación de concentración económica mencionada no fue elevada para su decisión al Consejo de Ministros, por lo que la resolución citada anteriormente devino firme en vía administrativa.

- Con fecha 9 de julio de 2020, el Consejo de la CNMC resolvió prorrogar los compromisos a los que se subordinó la autorización de la operación de concentración C/0612/14.
- La Dirección de Competencia (DC) tuvo conocimiento de la modificación de las principales ofertas minoristas de Telefónica de España SAU, relativas a su producto “Fusión” que conllevaría un incremento de precio de estos paquetes e incorporaría un terminal móvil smartphone para los clientes en régimen de arrendamiento, que se añadiría a los servicios de televisión de pago, de telefonía fija, banda ancha fija y al menos una línea móvil que caracterizaban a la oferta comercial de productos Fusión ya existente.
- Con fecha 6 de abril la DC remitió una solicitud de información a Telefónica en relación con estos nuevos productos, en el contexto del expediente VC/614/15 de vigilancia de la concentración Telefónica/DTS. Telefónica envió su respuesta el 29 de abril (folios 82076 – 82087), incorporando, entre otros, los principales documentos contractuales correspondientes a los nuevos productos¹.
- Con fecha 20 de mayo de 2021 se notificó a Telefónica de España S.A.U. (Telefónica) la propuesta de informe parcial de vigilancia, en relación con el cumplimiento del compromiso 1.1 de las ofertas de Telefónica de sus productos Fusión que incorporan el arrendamiento un terminal móvil smartphone como parte de los mismos (folios 82388-82400) al objeto de que Telefónica pudiera presentar sus alegaciones.
- Con fecha 15 de junio de 2021 Telefónica formuló alegaciones a la PIPV (folios 89161-89184), en las que considera que no se habría producido incumplimiento del compromiso 1.1 que se señalaba en la propuesta.
- Con fecha 6 de julio de 2021, la DC elevó al Consejo su informe parcial de vigilancia (IPV) de la resolución del Consejo de la CNMC de 22 de abril de 2015 en el expediente C/0612/14 TELEFÓNICA/DTS, en lo que se refiere al cumplimiento del compromiso 1.1 (folios 88841-88970).
- El Pleno del Consejo de la CNMC aprobó esta resolución en su sesión del día 22 de julio de 2021.
- Es parte interesada en el expediente: TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U.

¹ Anexo al Contrato de Arrendamiento de Terminal Móvil (Smartphone) (folio 82099)

Condiciones generales de arrendamiento de terminal móvil en Fusión (Arrendamiento Smartphone) (folios 82100-82112)

Condiciones particulares del servicio Movistar Fusión (folios 82113-82156)

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. - HABILITACIÓN COMPETENCIAL

De acuerdo con el artículo 5.1 de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (**LCNMC**), a la CNMC le compete aplicar lo dispuesto en la LDC en materia de conductas restrictivas y concentraciones.

Con respecto a la vigilancia del cumplimiento de las obligaciones, resoluciones y acuerdos, y teniendo en cuenta lo dispuesto en la disposición adicional segunda de la LCNMC, el artículo 41.1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (**LDC**) establece que la CNMC “...vigilará la ejecución y el cumplimiento de las obligaciones previstas en la presente Ley y sus normas de desarrollo así como de las resoluciones y acuerdos que se adopten en aplicación de la misma, tanto en materia de conductas restrictivas como de control de concentraciones”.

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 20.5 de la LCNMC, el artículo 71 del RDC dispone, en su apartado 1, que la Dirección de Competencia llevará a cabo las actuaciones necesarias para vigilar la ejecución y el cumplimiento de las resoluciones que se adopten en materia de control de concentraciones y reitera, en su apartado 3, que el Consejo de la CNMC resolverá las cuestiones que puedan suscitarse durante la vigilancia, previa propuesta de la Dirección de Competencia.

SEGUNDO. - OBJETO DE LA PRESENTE RESOLUCIÓN DE VIGILANCIA

Tal y como se recoge en los antecedentes, la DC tuvo conocimiento de la modificación de las principales ofertas minoristas de Telefónica de España SAU, relativas a su producto “Fusión” que conllevaría un incremento de precio de estos paquetes e incorporaría un terminal móvil smartphone para los clientes en régimen de arrendamiento, que se añadiría a los servicios de televisión de pago, de telefonía fija, banda ancha fija y al menos una línea móvil que caracterizaban a la oferta comercial de productos Fusión ya existente.

En su IPV la DC ha analizado la compatibilidad de determinados aspectos de dichas ofertas comerciales con los compromisos a que fue condicionada la autorización de la operación de concentración C/0612/14, en concreto en lo relativo al compromiso 1.1.

TERCERO. - OFERTA COMERCIAL DE TELEFÓNICA: PRODUCTO FUSIÓN CON SMARTPHONE

De acuerdo con el análisis que refleja el IPV de la DC, el 11 de abril de 2021² Telefónica ha modificado su oferta de paquetes Fusión. Estos paquetes sustituyen a los anteriores paquetes Fusión que ya no están disponibles para su contratación. Los nuevos productos Fusión son los mismos que ya venía comercializando Telefónica en sus diferentes

² Telefónica remitió las condiciones particulares de los nuevos productos Fusión al expediente de vigilancia VC/0612/14 con fecha 19 de abril de 2021 en base a la obligación en el Anexo 2.1.1.b) de los compromisos. Telefónica ha indicado que las nuevas tarifas estarían vigentes a partir del 15 de abril de 2021. No obstante, Telefónica comenzó a comercializar estos productos desde el 11 de abril de 2021.

modalidades con anterioridad, con un incremento de precio de 3€/mes y la inclusión de un smartphone en régimen de arrendamiento para los clientes.

Los clientes que contraten paquetes Fusión, accederán a un smartphone en régimen de arrendamiento con opción de compra (renting) por 36 meses. Transcurrido este periodo el cliente adquirirá el terminal en propiedad a cambio de un pago final de 1€. El precio del paquete, transcurrido este plazo de 36 meses no se reducirá como consecuencia del fin del arrendamiento del terminal.

El cliente del empaquetamiento podrá elegir un smartphone de entre un catálogo que Telefónica ofrece, en función del paquete que haya contratado (smartphones de mayores prestaciones para paquetes de precio más elevado). El cliente podrá también optar a un smartphone de mayores prestaciones a cambio de un precio mensual, adicional al incremento de 3€ mensuales aplicado con carácter general (entre 2€ y 24€ mensuales adicionales, según el terminal).

Solo se permite el arrendamiento de un smartphone por contrato Fusión, que estará asociado a la línea móvil principal.

Las nuevas ofertas comerciales están disponibles para nuevos clientes. Los clientes de productos previos pueden contratar estos nuevos productos (migrar) y acceder por tanto al arrendamiento de smartphone. Los clientes de productos previos que no soliciten cambios en los productos que tienen contratados, seguirán con los productos contratados, sin variación de precio y no tendrán derecho al terminal en alquiler.

La baja del arrendamiento de smartphone, o de cualquiera del resto de servicios incluidos en el paquete Fusión, conlleva la baja en el producto Fusión. En caso de que el cliente se dé de baja del producto Fusión antes del periodo de 36 meses podrá optar por dos alternativas:

- Devolver el terminal y pagar una cuota por baja voluntaria anticipada de entre un 40-70% del CTA (Coste del Terminal Actualizado) = Coste Terminal x Días que faltan hasta 1095 /1095 días + IVA. El porcentaje varía en función del tipo de terminal, aplicando el 40% en los terminales de gama más alta y 70% en los de gama más baja.
- Si el cliente no devuelve el terminal o no lo hace en las condiciones establecidas, el importe que el cliente tendría que pagar en concepto de cuota por baja anticipada sería el CTA del terminal.

En el caso de que el Cliente decida darse de baja anticipada del Servicio Movistar Fusión, tiene la posibilidad de conservar sus líneas móviles, y podría en este caso continuar con el Servicio de arrendamiento del Smartphone. Por el mantenimiento del contrato de arrendamiento del Smartphone deberá abonar una cantidad mensual entre 3€ y 27€ dependiendo de las prestaciones del Smartphone contratado³.

En cuanto a los servicios móviles, tras la baja en Fusión, el cliente pasará a disponer de un contrato de servicios móviles en función del paquete Fusión que tenía contratado, con diferentes modalidades (pago por consumo/tarifa mensual con franquicia de llamadas

³ Anexo 1. Precios, del contrato *Condiciones generales de arrendamiento de terminal móvil en Fusión (arrendamiento smartphone)*

y/o datos) y precios por cada línea que estuviera contratada en el paquete (25€/mes llamadas+15GB, 45€/mes llamadas+20GB, 50€/mes llamadas+GB ilimitados)⁴.

Los precios de servicios de comunicaciones móviles que ofrece Movistar son⁵:

- llamadas+GB ilimitados: 39,95€/mes, línea adicional 22,50€/mes
- llamadas+15GB: 24,95€/mes con promoción 18,95€ durante 6 meses, línea adicional 15€/mes.

CUARTO. - COMPROMISOS A QUE FUE CONDICIONADA LA AUTORIZACIÓN DE LA OPERACIÓN DE CONCENTRACIÓN C/0612/14.

Entre los compromisos a que fue condicionada la autorización de la operación de concentración C/0612/14, y su posterior prórroga, los más relevantes a los efectos del análisis de la oferta comercial antes señalada, se recogen a continuación:

El compromiso 1.1 señala que “Telefónica, S.A. y las empresas de su grupo (en adelante, Telefónica o entidad resultante) no aplicarán por norma general condiciones o prácticas tendentes a entorpecer la movilidad de todos los clientes actuales o futuros de Telefónica y DTS, Distribuidora de Televisión Digital, S.A. (DTS) en España, tanto para servicios empaquetados que incluyen televisión de pago como servicios no empaquetados de televisión de pago.”

Entre estas obligaciones, el compromiso 1.1.2 precisa lo siguiente:

“(..)

Asimismo, Telefónica no incluirá en los futuros contratos de la entidad resultante en España obligaciones de permanencia asociadas directa o indirectamente a los servicios de televisión de pago, ya sean empaquetados o no con servicios de comunicaciones electrónicas. Esta obligación de no inclusión será efectiva a los tres (3) meses desde que la resolución en segunda fase de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia en el expediente C/0612/14 sea firme en vía administrativa.

(...)

A los efectos de este compromiso, el establecimiento al cliente final que contrata servicios empaquetados de televisión de pago y de comunicaciones electrónicas de compromisos de permanencia en los servicios de comunicaciones móviles de Telefónica derivados de la subvención de dispositivos (i.e. terminales móviles, tabletas, etc.), no se considerará un compromiso de permanencia asociado directa o indirectamente a los servicios de televisión de pago, siempre que la entidad resultante permita la baja del referido paquete conservando el servicio de comunicaciones móviles de Telefónica.”

QUINTO. - VALORACIÓN DE LA COMPATIBILIDAD DE LA OFERTA COMERCIAL FUSIÓN CON SMARTPHONE CON LOS COMPROMISOS A QUE FUE

⁴ Apartado 6.2.3. del contrato *Condiciones particulares del servicio Movistar Fusión*

⁵ <https://www.movistar.es/particulares/movil/tarifas-moviles>

CONDICIONADA LA AUTORIZACIÓN DE LA OPERACIÓN DE CONCENTRACIÓN C/0612/14

La DC ha analizado la compatibilidad de **las nuevas políticas comerciales minoristas** correspondiente a los empaquetamientos Fusión que incluyen el arrendamiento de un smartphone, descritas con anterioridad, con el **compromiso 1.1** y en especial con lo señalado en su **apartado 1.1.2**, que obliga a Telefónica a no incluir en los futuros contratos de la entidad resultante en España obligaciones de permanencia asociadas directa o indirectamente a los servicios de televisión de pago, ya sean empaquetados o no con servicios de comunicaciones electrónicas, todo ello con el fin de no entorpecer la movilidad a otro operador de los clientes de televisión de pago de Telefónica.

Como se ha detallado, la oferta de productos Fusión lanzada por Telefónica el 11 de abril de 2021, incorpora dentro del empaquetamiento un servicio de arrendamiento de Smartphone con una duración de 36 meses y un incremento del precio del paquete de 3€ mensuales. Ello conlleva un pago por parte del cliente en caso de baja del servicio antes de completar dicho periodo. Dicha penalización (porcentaje aplicado al cliente sobre el Coste del Terminal Actualizado o CTA) se aplicará por amortizar de manera anticipada el terminal en función del tiempo que resta para alcanzar los 36 meses ('Anexo al Contrato de Arrendamiento de Terminal Móvil (Smartphone)' folio 82099). Los paquetes Fusión incluyen en todos los casos el servicio de televisión de pago por lo que estarían por tanto sometidos al compromiso 1.1, y en especial al compromiso 1.1.2.

En su respuesta de 29 de abril de 2021, Telefónica señala que sus nuevas ofertas comerciales serían compatibles con el compromiso 1.1.2 por dos razones:

- el cliente no tiene obligación de recoger el terminal, por lo que si decide no hacerlo y darse de baja voluntaria anticipada no deberá abonar ningún coste por este concepto. Es decir, no existe una permanencia como tal en la medida que el cliente puede renunciar a recoger el Smartphone y con ello no asumir ninguna vinculación ligada con el Smartphone
- el cliente puede darse de baja del producto Fusión (incluida la TV de pago) y mantener sus servicios móviles y el arrendamiento de smartphone sin penalización, tal y como se prevé en la cláusula 9.2⁶ del contrato "Condiciones generales de arrendamiento de terminal móvil en Fusión (arrendamiento Smartphone) Considera Telefónica que esta práctica sería conforme al Compromiso 1.1.2, párrafo cuarto, pues permite la baja del nuevo producto Fusión conservando la línea móvil y el Smartphone, sin necesidad de ningún pago adicional por parte del cliente.

En relación con la primera de estas opciones, debe señalarse que, de acuerdo con el contrato del servicio Fusión, el arrendamiento de smartphone viene incluido como servicio en el paquete tal y como queda reflejado en el apartado 2 de las "Condiciones

⁶ En el caso de que el Cliente decida darse de baja anticipada del Servicio Movistar Fusión pero conserve su línea móvil asociada, podrá continuar con el Servicio de arrendamiento del Smartphone. En estos casos, el precio del Servicio se devengará por periodos mensuales, conforme al precio de la Cuota sin Fusión del arrendamiento asociado al nivel del Smartphone escogido de los indicados en el Anexo 1.

particulares del servicio Movistar Fusión"⁷. No se ha identificado en este contrato ni en las "Condiciones generales de arrendamiento de terminal móvil en Fusión (Arrendamiento Smartphone)" o en el "Anexo al Contrato de Arrendamiento de Terminal Móvil (Smartphone)" una previsión específica que indique que el cliente pueda contratar el servicio Fusión sin contratar el servicio de arrendamiento de Smartphone. Es decir, de acuerdo con el tenor literal de las condiciones comerciales referidas, la contratación del paquete implica la contratación del Smartphone.

A mayor abundamiento, la cláusula 6.1⁸ del contrato "Condiciones particulares del servicio Movistar Fusión" recoge de forma expresa que la solicitud de baja de Smartphone conlleva de manera automática la baja del servicio Fusión.

Además de lo anterior, la renuncia al arrendamiento de Smartphone, en caso de que resultara posible, no conllevaría para el cliente que contrate cualquier paquete Fusión una ventaja económica en el precio del paquete.

Ambas circunstancias, permiten señalar que los clientes que contraten productos Fusión accederán al arrendamiento del terminal móvil antes señalado. Debiendo pagar una penalización por baja anticipada consistente en el coste por amortizar del terminal en función del tiempo que resta para alcanzar los 36 meses, tal como se indica en el 'Anexo al Contrato de Arrendamiento de Terminal Móvil (Smartphone)' (folio 82099).

En cuanto a la segunda de las opciones planteadas por Telefónica, debe indicarse que el compromiso 1.1 tiene por objeto no entorpecer la movilidad de los clientes de televisión de pago de Telefónica, de manera que puedan contratar libremente y sin impedimentos o restricciones servicios de televisión de pago con otros operadores, en particular en forma de compromisos de permanencia directos o indirectos.

Procede en primer lugar analizar la posible concurrencia de lo señalado en el compromiso 1.1.2, párrafo 4, que establece "A los efectos de este compromiso, el establecimiento al cliente final que contrata servicios empaquetados de televisión de pago y de comunicaciones electrónicas de compromisos de permanencia en los servicios de comunicaciones móviles de Telefónica derivados de la subvención de dispositivos

⁷ El Cliente, al contratar Movistar Fusión, dispondrá de una línea telefónica fija con banda ancha (ADSL, Fibra, o Servicio Movistar Internet Radio -en adelante Acceso Fijo Radio-, si no tiene cobertura de las anteriores y es posible instalarlo como alternativa) con Movistar, una línea móvil de contrato operada por Telefónica Móviles España, S.A.U., cuya gestión asumirá Movistar (en adelante, "Línea móvil Fusión principal") y un equipo terminal móvil en régimen de arrendamiento suscrito también con Telefónica Móviles España, S.A.U. (en adelante "Smartphone").

...

En consecuencia con lo anterior, las condiciones generales (I) del contrato tipo de abono general al servicio telefónico disponible al público para usuarios finales, (II) del servicio de banda ancha disponible al público o, en su caso, las del servicio Movistar Internet Radio, para Acceso Fijo Radio (III) del servicio de telefonía móvil Movistar, (IV) del servicio de Internet móvil, (V) del arrendamiento del Smartphone, en su caso, (VI) del servicio de TV y, en su caso, (VII) de los servicios de suministro de TV vía satélite, que constan publicadas en www.movistar.es completan, en lo previsto en las mismas, a las presentes condiciones particulares.

⁸ Son causas de baja del Cliente en Movistar Fusión las siguientes:

- La solicitud de baja del servicio Movistar Fusión, o de alguno de los diferentes servicios que lo componen (línea telefónica fija, ADSL/Fibra/Acceso Fijo Radio, TV en su caso, línea móvil principal o Smartphone)

(i.e. terminales móviles, tabletas, etc.), no se considerará un compromiso de permanencia asociado directa o indirectamente a los servicios de televisión de pago, siempre que la entidad resultante permita la baja del referido paquete conservando el servicio de comunicaciones móviles de Telefónica.”

La salvaguarda antes señalada exige, entre otros requisitos, que el compromiso de permanencia venga derivado de la subvención de dispositivos y ello no impida la baja del cliente. El Informe Propuesta en segunda fase del expediente C/0612/14 TELEFÓNICA/DTS hace una referencia concreta a esta salvaguarda en su apartado (1161)⁹, señalando que dicha excepción sería razonable al objeto de no privar a los usuarios finales de las condiciones ventajosas que pudieran derivarse del acceso a un terminal en condiciones subvencionadas, y a condición de que la baja en el servicio no conlleve penalización.

Procede por tanto en primer lugar determinar si el acceso al terminal por parte de los usuarios se ofrece en condiciones ventajosas bajo una fórmula de subvención.

Como primera cuestión, no nos encontramos ante una entrega gratuita de terminales. De acuerdo con la información remitida, el acceso al terminal adopta la forma de arrendamiento con opción de compra, tal y como consta en el documento de Condiciones generales de arrendamiento de terminal móvil en Fusión (arrendamiento smartphone). En este contrato se prevé¹⁰ que Telefónica analice la solvencia del cliente para afrontar sus obligaciones económicas derivadas del arrendamiento del dispositivo Smartphone, reservándose la posibilidad de resolver el contrato en caso de que, como resultado de dicho análisis de viabilidad financiera, Telefónica concluya que el cliente no pudiese financiar la operación.

El pago asociado al arrendamiento del terminal varía entre 3€ mensuales en el caso de los dispositivos incluidos dentro de cada paquete y los 27€ mensuales en el caso de los terminales de mayores prestaciones (iPhone 12 64GB y Samsung Galaxy S21 5G).

En el cuadro siguiente se comparan los costes mensuales para Telefónica, costes financieros e IVA incluidos, de cada uno de los terminales y durante los 36 meses que

⁹ (1161) Por último, también se estima razonable la excepción a la obligación general en el caso de que el compromiso de permanencia derive de la subvención de dispositivos, ya que de lo contrario se estaría perjudicando a los clientes finales. No obstante, es fundamental que TELEFÓNICA permita en su caso deshacer el paquete convergente con televisión sin penalización manteniendo en su caso únicamente el servicio de telefonía móvil.

¹⁰ Movistar, amparándose en la base legitimadora de la ejecución del contrato, efectuará un análisis de la operación desde el punto de vista de su viabilidad financiera, asimismo, si con datos disponibles por Movistar no fuera posible comprobar la solvencia del Cliente, Movistar solicitará su consentimiento para consultar la información que conste en las empresas integradas en el Grupo CaixaBank (en concreto, Telefónica Consumer Finance E.F.C., S.A., CaixaBank Payments & Consumer, E.F.C, E.P., S.A.U. y/o CaixaBank, S.A.) facilitando éstas únicamente si la solvencia del Cliente es o no suficiente para realizar la operación.

Si de dicho análisis Movistar concluye que no puede financiar la operación, Movistar lo pondrá en conocimiento del Cliente en un plazo no superior a 30 días naturales desde la fecha de la firma del contrato, quedando éste resuelto sin derecho a penalización alguna para ninguna de las partes. En tal caso, Movistar se reserva la facultad de solicitar al Cliente un depósito de garantía o impondrá un límite de crédito de conformidad con lo dispuesto en la cláusula 12 de las presentes Condiciones.

dura el arrendamiento del terminal¹¹, con los precios mensuales a pagar por el cliente durante este periodo (que varían para algunos terminales en función del concreto paquete contratado por el cliente). A este respecto, el incremento de 3€ en el precio de los paquetes Fusión con Smartphone se ha atribuido al precio mensual de arrendamiento, al que habrá de añadirse el importe adicional que corresponda según el terminal elegido y el tipo de paquete que tenga contratado el cliente, y el pago de 1€ al final de los 36 meses.

[CONFIDENCIAL]

Fuente: elaboración propia de la información aportada por Telefónica y la publicada en su web¹²

Como puede observarse, salvo en los casos sombreados en la tabla, en 27 de los 33 casos considerados el coste del arrendamiento para el cliente es igual al coste del terminal para Telefónica, por lo que no cabría hablar de la existencia de subvención.

En segundo lugar procede evaluar si se permite de manera efectiva la baja de los clientes en los términos señalados en el compromiso 1.1.2 párrafo cuarto, antes señalado.

La opción de que un cliente de productos Fusión pudiera darse de baja de los diferentes servicios incluidos en este paquete antes de que hubieran transcurrido 36 meses desde la contratación sin tener que afrontar la correspondiente penalización por baja anticipada (bien sea la penalización en caso de devolución del terminal o el pago en caso de que desee adquirir el terminal), exigiría que el cliente conserve la línea o líneas móviles asociadas al contrato Fusión, y el servicio de arrendamiento de smartphone.

En este caso, el cliente pasaría a una tarifa para sus servicios móviles señalada en el apartado 6.2.3 Baja de los servicios fijos incluidos en Movistar Fusión del contrato “Condiciones particulares del servicio Movistar Fusión”, en función del paquete Fusión que tenía contratado, con diferentes modalidades (pago por consumo/tarifa mensual con franquicia de llamadas y/o datos) y precios por cada línea que estuviera contratada en el paquete (25€/mes llamadas+15GB, 45€/mes llamadas+20GB, 50€/mes llamadas+GB ilimitados)¹³.

Estos importes resultan en varios casos incluso superiores a los precios de servicios de comunicaciones móviles que ofrece Movistar para contratación de servicios móviles no empaquetados, que son (sin incluir promociones)¹⁴:

- Llamadas+GB ilimitados: 39,95€/mes, línea adicional 22,50€/mes

¹¹ Folio 82080. Se ha incluido el IVA a los importes comunicados por Telefónica.

¹² [movistar.es/ctfusioninicia](https://www.movistar.es/ctfusioninicia)

https://www.movistar.es/particulares/fusion/elige-smartphone?fusionType=FUSION_BV&utm_source=canal-presencial&utm_medium=referral&utm_campaign=seleccion-terminal-fusion&utm_content=terminal-fusion-bajo-valor&segmento=particulares

¹³ Apartado 6.2.3. del contrato *Condiciones particulares del servicio Movistar Fusión*

¹⁴ <https://www.movistar.es/particulares/movil/tarifas-moviles>

- llamadas+15GB: 24,95€/mes con promoción 18,95€ durante 6 meses, línea adicional 15€/mes

Ello limitaría en buena medida una decisión del cliente de dar de baja los servicios fijos de su paquete fusión para mantener sus líneas móviles y el servicio de arrendamiento en condiciones más onerosas que las que ya venía disfrutando.

Sin embargo, a criterio de la DC, la principal limitación que hace improbable que los clientes usen esta posibilidad de mantener el arrendamiento y las líneas móviles se encuentra relacionada con la dinámica comercial de venta empaquetada de servicios existente en el mercado.

La comercialización de servicios de televisión de pago por parte de los operadores de comunicaciones electrónicas se produce mediante empaquetamientos de ambos tipos de servicios.

En el cuadro siguiente se recogen los datos del número de empaquetamientos existentes en el mercado a finales de 2020:

Empaquetamientos de servicios (número)	IV/2020	% s total
Tel. fija y banda ancha fija	1.831.120	11,7%
Tel. fija, banda ancha fija y TV de pago	127.127	0,8%
Tel. fija, banda ancha fija, tel. móvil y banda ancha móvil	6.477.946	41,3%
Tel. fija, banda ancha fija, TV de pago, tel. móvil y banda ancha móvil	6.179.783	39,4%
Resto	1.076.750	6,9%
Total	15.692.726	100,0%

Fuente CNMCDData – Informe trimestral

Como puede observarse, la práctica totalidad de los servicios de televisión de pago se comercializan en paquetes múltiples con Telefonía fija, banda ancha fija y servicios móviles (6,18 millones). La oferta de paquetes de servicios fijos (Telefonía fija, banda ancha fija y Tv de pago) resulta testimonial (un 0,8% del total de paquetes existente).

Por otra parte, a finales de 2020, los principales operadores de comunicaciones electrónicas contaban con un total de 6,66 millones de accesos de televisión de pago¹⁵.

Todo ello pone de manifiesto que la televisión de pago en la gran mayoría de los casos se comercializa en paquetes con servicios de comunicaciones electrónicas, y en particular con servicios fijos (telefonía y banda ancha) y móviles.

De esta manera un cliente de Telefónica que tuviera contratado uno de los paquetes Fusión con Smartphone y deseara contratar sus servicios de televisión de pago con otro operador, sin incurrir en penalizaciones, se vería obligado a mantener sus servicios de comunicaciones móviles contratados con Telefónica, y contratar los servicios de televisión de pago con el operador alternativo.

Sin embargo, como se ha señalado, el mercado ofrece televisión de pago empaquetada con servicios fijos (telefonía y banda ancha) y con servicios móviles (telefonía móvil y banda ancha móvil).

¹⁵ Fuente CNMCDData – Informe trimestral

Por ello dicho cliente encontraría la dificultad de mantener sus líneas móviles contratadas con Telefónica, y con una oferta en el mercado que incluye nuevamente líneas móviles en el empaquetamiento con televisión de pago, cuando no las necesitaría por tenerlas ya contratadas con Telefónica, lo que implicará además una facturación mensual adicional.

El resultado es que el cliente de Telefónica que desee cambiar de proveedor de televisión de pago antes del plazo de 36 meses desde la contratación el nuevo producto Fusión, se verá abocado al pago de la penalización por baja anticipada del servicio Fusión, dado que la alternativa presenta las dificultades y restricciones antes señaladas, limitando en consecuencia la movilidad de estos clientes.

Podría por tanto considerarse que existen limitaciones relevantes en cuanto a la posibilidad efectiva de los clientes para darse de baja de estos paquetes, a que hace referencia el compromiso 1.1.2 párrafo 4.

El efecto de todo ello es que la inclusión del contrato de arrendamiento de Smartphone en los productos Fusión de Telefónica, conlleva en la práctica una permanencia de 36 meses para los clientes que contraten (o migren) a este servicio en forma de penalización en caso de baja anticipada del servicio antes de dicho plazo por las cuantías ya señaladas.

En consecuencia, a criterio de la DC, la nueva oferta comercial de Telefónica en sus productos Fusión con Smartphone, podría vulnerar el compromiso 1.1 y en particular el compromiso 1.1.2, al no resultar aplicable al presente caso la salvaguarda recogida en el párrafo 4 del compromiso 1.1.2 por las razones antes detalladas.

SEXTO. - PROPUESTA DE ADOPCIÓN DE MEDIDAS DE LA DIRECCIÓN DE COMPETENCIA EN SU PROPUESTA DE INFORME PARCIAL DE VIGILANCIA.

Todos los clientes que contraten los nuevos productos Fusión desde su lanzamiento (tanto clientes nuevos como clientes de Telefónica que migren desde otros productos) quedarán sujetos a las condiciones de permanencia y penalización por baja anticipada durante el periodo de 36 meses ya señalado.

Es por ello que la nueva oferta comercial Fusión con Smartphone, de acuerdo con el análisis incluido en el IPV de la DC, conlleva una limitación a la movilidad de los clientes que contraten este servicio y que restringiría su capacidad para contratar estos servicios con otros operadores competidores de Telefónica y que ofrezcan servicios similares.

De acuerdo con lo expuesto anteriormente, la DC considera necesario proponer la adopción de medidas con el objeto de asegurar el cumplimiento efectivo de lo previsto en los compromisos de TELEFÓNICA de 14 de abril de 2015 en el expediente C/0612/14.

A estos efectos, la DC considera que Telefónica debe **adecuar las condiciones comerciales de sus productos Fusión con Smartphone al objeto de eliminar cualquier condición que implique de manera directa o indirecta una obligación de permanencia y, en particular, el pago de cantidades en caso de baja del servicio**, en los términos señalados en el compromiso 1.1 y en especial en el compromiso 1.1.2. Dicha actuación deberá realizarse en el plazo de 1 mes, a los efectos del cumplimiento de lo señalado en 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, que dispone que “Los operadores deberán 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”.

SÉPTIMO. - ALEGACIONES DE TELEFÓNICA A LA PROPUESTA DE INFORME PARCIAL DE VIGILANCIA ELABORADO POR LA DIRECCIÓN DE COMPETENCIA Y CONTESTACIÓN A DICHAS ALEGACIONES

Con fecha 15 de junio de 2021 Telefónica formuló alegaciones a la PIPV (folios 89161-89184), en las que considera que no se habría producido incumplimiento del compromiso 1.1 que se señalaba en la propuesta.

De manera resumida Telefónica considera que no existe en la nueva oferta comercial de Telefónica en sus productos Fusión con Smartphone una permanencia asociada a los servicios de televisión de pago, y que dicha oferta no tiene por objeto ni por efecto restringir la movilidad de los clientes.

Añade Telefónica que en el caso de que la CNMC considerase que se trata de una permanencia sería aplicable la salvaguardia recogida en el párrafo 4 del compromiso 1.1.2, al interpretar que existe una subvención de los smartphones y Telefónica permite la baja del nuevo producto Fusión conservando la línea móvil y el smartphone.

Completa sus alegaciones Telefónica haciendo referencia a que esta oferta comercial se encuadra en un contexto de desarrollo del mercado de 5G en claro beneficio para los consumidores, con la posible existencia de desviación de poder por la CNMC y la vulneración del principio de proporcionalidad, así como que la PIPV constituye una modificación de los compromisos.

A continuación, se refieren con mayor detalle los argumentos de Telefónica para cada una de las anteriores cuestiones y la respuesta de la DC a dichas alegaciones:

7.1 Sobre el compromiso 1.1.

Resumen de la alegación

En primer lugar, Telefónica afirma que no hay incumplimiento del compromiso 1.1.2 dado que no existe en la nueva oferta comercial de Telefónica en sus productos Fusión con smartphone una permanencia asociada a los servicios de televisión de pago. Para ello señala que *“no existe compromiso de permanencia en la medida que el cliente cuando contrata un producto del nuevo portfolio Fusión puede tener un Smartphone o puede optar por no recoger el terminal. De esta forma, la relación contractual de Telefónica con el cliente a través del contrato de arrendamiento del Smartphone nace sólo cuando el cliente recoge el terminal”*.

A este respecto añade que en el caso de que el cliente opte por recoger el Smartphone y quiera darse de baja antes de los 36 meses, podrá devolver el terminal y pagar una cuota por baja voluntaria anticipada. Precisa Telefónica que *“la cuota por baja voluntaria anticipada es proporcional objetiva y razonable y tiene por objeto recoger el evidente quebranto que le genera a Telefónica como es la depreciación del terminal.”*, y que dicha

cuota “no está en ningún caso asociada al servicio de Movistar Fusión, empaquetamiento que contiene un servicio de televisión de pago, sino exclusivamente al coste del terminal actualizado”.

Continúa señalando que el cliente tiene la opción de no recoger el terminal, con lo que no quedaría obligado a pagar cantidad alguna en caso de darse de baja en el servicio. Según Telefónica, la relación con el cliente a través del contrato de arrendamiento del smartphone nace sólo cuando el cliente recoge el terminal y por ello la posible permanencia o penalización solo se daría cuando el cliente recoge el terminal y firma el Anexo al Contrato de Arrendamiento de Terminal móvil (Smartphone) que, según Telefónica, es el único documento mercantil que le vincula en relación con el uso y disfrute del terminal. Por lo tanto, Telefónica interpreta que si el cliente puede optar por no recoger el terminal, entonces no existe permanencia del cliente con Telefónica. Precisa que la opción de no recoger el terminal es mayoritaria entre los clientes que contratan el servicio.

A modo de resumen Telefónica indica que “el cliente tiene libertad para recoger o no el terminal, para optar por no continuar con el arrendamiento del Smartphone (devolviendo o conservando el terminal) o continuar el arrendamiento del Smartphone si se da de baja del paquete Fusión manteniendo la línea móvil asociada al arrendamiento del Smartphone.”

Añade que en caso de que se considere una permanencia, las condiciones comerciales sería conformes con la salvaguarda prevista en el compromiso 1.1.2 párrafo cuarto, que establece que los “compromisos de permanencia en los servicios de comunicaciones móviles de Telefónica derivados de la subvención de dispositivos (i.e. terminales móviles, tabletas, etc.), no se considerará un compromiso de permanencia asociado directa o indirectamente a los servicios de televisión de pago, siempre que la entidad resultante permita la baja del referido paquete conservando el servicio de comunicaciones móviles de Telefónica.”

A este respecto señala Telefónica que el término subvención hace referencia a una condición económica ventajosa sin que sea requisito necesario la gratuidad. Añade que en la oferta comercial analizada en la PIPV “el cliente accede al uso y disfrute de un terminal móvil en condiciones ventajosas bajo una fórmula de subvención al obtener una ventaja económica al ser un precio más competitivo que lo que obtendría el cliente en el mercado”.

Acompaña varios ejemplos que pondrían de manifiesto la ventaja para sus clientes respecto de la adquisición en el mercado, aportando entre otros una tabla comparativa de precios, ejemplos de smartphones de diferentes gamas, y analiza asimismo el coste de financiación para la adquisición de terminales tomando como referencia el aplicado por la empresa Mediamarkt con un TIN del 17,95%.

Considera igualmente que la PIPV habría calculado de manera incorrecta los costes de los terminales al no computar los costes de comercialización que según Telefónica serían del [CONFIDENCIAL]. Asimismo, estima que el incremento de precio de 3€ mensuales en los paquetes Fusión con smartphone no debería imputarse a la subvención del terminal dado que dicho incremento se produce incluso si el cliente opta por no recoger el smartphone.

En cuanto al requisito del compromiso 1.1.2 párrafo cuarto de que se permita la baja del referido paquete conservando el servicio de comunicaciones móviles de Telefónica, señala que “Telefónica ofrece los servicios móviles que mejor se adecuan a las características análogas a los que tenía contratado el cliente en Fusión. Asimismo, el cliente si así lo solicita puede migrarse a cualquier otra tarifa de servicios móviles con total libertad dado que no existen permanencias, implicando también líneas de menores prestaciones y menores precios.” Añade que “nada dice el compromiso 1.1 respecto del precio que habrá de ofrecerse al cliente” en este supuesto de baja del paquete Fusión. Considera racional “que Telefónica procure recuperar la subvención por medio del servicio que mantenga el cliente contratado”.

Concluye Telefónica estas alegaciones señalando que “la oferta fusión con smartphone no tiene por objeto ni por efecto restringir la movilidad de los clientes”. Reitera que los clientes son libres para no recoger el smartphone y suscribir el contrato de arrendamiento, y que respecto de una presunta dificultad para portarse el paquete completo a otro operador, contemplada en la PIPV, no tiene amparo ninguno en la resolución de compromisos.

Respuesta a la alegación

1º. La penalización por la baja anticipada no está asociada al servicio de Movistar Fusión

En cuanto a la alegación consistente en que la oferta comercial no conlleva una permanencia y que la penalización por la baja anticipada no está asociada al servicio de Movistar Fusión debe rechazarse esta afirmación.

Es preciso, en primer lugar, indicar que la denominada “cuota” por baja voluntaria y anticipada (antes de 36 meses) es identificada como una “**penalización**” conforme lo recogido en las *Condiciones particulares del servicio Movistar Fusión* en su Condición 8.2¹⁶ y en las *Condiciones Generales de Arrendamiento de Terminal Móvil en Fusión (Arrendamiento Smartphone)*, en su Condición 9.1 (*Baja anticipada del Servicio de arrendamiento*)¹⁷. A este respecto, se especifica que dicha penalización se aplicará de

¹⁶ “**8.2. Compromisos asociados al Smartphone.** El contrato de arrendamiento del Smartphone tiene una duración de 36 meses. En caso de baja anticipada de Movistar Fusión o del servicio móvil incluido en dicha oferta, se atenderá a lo dispuesto en la cláusula 9 de las Condiciones Generales de Arrendamiento de Terminal Móvil en Fusión (Smartphone) y pudiendo en cualquier caso si el Cliente así lo decide conservar su línea móvil con arrendamiento del terminal.”

¹⁷ “**9.1. Baja anticipada del Servicio de arrendamiento del terminal móvil incluido en Movistar Fusión.**

En caso de baja voluntaria anticipada del Servicio de arrendamiento el Cliente deberá devolver el Smartphone, en cuyo caso, se aplicará al Cliente la penalización recogida en el Anexo al Contrato de Arrendamiento de Terminal Móvil (Smartphone) en concepto de penalización por baja voluntaria y calculada conforme a la fórmula especificada en dicho anexo.

En caso de que el Cliente no devuelva el Smartphone o no lo haga conforme a las condiciones establecidas en los apartados 6.5 y 6.6, se le aplicará una penalización equivalente al coste inicial del terminal multiplicado por los días restantes no cumplidos del arrendamiento y dividido por el tiempo total de la duración del arrendamiento calculado en días.

En cualquier caso, Movistar se reserva el derecho de poder ofrecer al Cliente la opción de adquisición del terminal. De darse este supuesto, el precio se calcularía en función del valor de depreciación lineal del

acuerdo a lo establecido en el *Anexo al Contrato de Arrendamiento de Terminal Móvil (Smartphone)*, es decir, mediante la fórmula allí indicada. Por claridad, se reproduce reeditada a continuación la tabla del referido Anexo al contrato de arrendamiento donde se recoge para los distintos productos y para cada tipo especificado de smartphone, el “Coste del Terminal Actualizado (CTA)” que resulta aplicable en función de la casuística concreta y del nivel del smartphone:

Nivel de smartphone	Cuota sin Fusión	Con Fusión Total, Fusión Total Plus, Fusión Pro 2 y Fusión	Con Fusión Selección, Fusión Selección Plus y Fusión Pro	Con Fusión Inicia Infinito, Fusión Inicia y Fusión 0	Cuota por baja anticipada sin devolución del Smartphone	Cuota por baja anticipada con devolución del Smartphone
NIVEL 1	3€/mes	0€/mes	0€/mes	0€/mes	100% CTA	70% CTA
NIVEL 2	5€/mes	0€/mes	0€/mes	2€/mes	100% CTA	70% CTA
NIVEL 3	8€/mes	0€/mes	5€/mes	5€/mes	100% CTA	70% CTA
NIVEL 4	8€/mes	5€/mes	5€/mes	5€/mes	100% CTA	70% CTA
NIVEL 5	16€/mes	13€/mes	13€/mes	13€/mes	100% CTA	55% CTA
NIVEL 6	27€/mes	24€/mes	24€/mes	24€/mes	100% CTA	40% CTA

Coste del Terminal Actualizado (CTA) = (Coste Smartphone / 1095 Días) × (Días restantes arrendamiento)

Fuente: Telefónica, Anexo al Contrato de Arrendamiento de Terminal Móvil (Smartphone)

Hay que tener en cuenta que al cliente que voluntariamente se quiera dar de baja del producto Fusión de forma anticipada (antes del cumplimiento de los 36 meses) se le obliga a pagar una cuota como penalización, lo que tiene el efecto de convertirse en una forma clara de retención o de permanencia. Como ya se señalaba en la PIPV, la cláusula 6.1 del contrato “Condiciones particulares del servicio Movistar Fusión” recoge de forma expresa que la solicitud de baja de Smartphone conlleva de manera automática la baja del servicio Fusión.

El hecho por tanto que determina la obligación del pago de la penalización es la baja de producto Fusión. Los paquetes Fusión incluyen en todos los casos el servicio de televisión de pago por lo que estarían por tanto sometidos al compromiso 1.1, y en especial al compromiso 1.1.2.

Como se desprende tanto de la condición general 9.1 del Contrato de arrendamiento, como del referido Anexo al mismo, si el cliente devolviera el terminal, para cuatro de los seis niveles de smartphone, el porcentaje aplicable sobre el CTA o coste final equivalente (es decir, el coste del terminal para Telefónica, incluyendo costes financieros¹⁸) ascendería al 70%, mientras que para el Nivel 5 de terminal, se aplicaría el 55% del CTA, y solamente en el caso de los terminales más costosos (Nivel 6) este porcentaje sería del 40%. En consecuencia, no existe una proporcionalidad de la penalización aplicada con el tiempo transcurrido desde la baja anticipada (y la amortización del terminal), sino que la penalización es independiente del momento en que se produce dicha baja del producto Fusión y en 4 de los 6 niveles de smartphone la penalización es del 70% del CTA (además de la recuperación por Telefónica del terminal).

Por otra parte, las posibilidades de aplicar un coeficiente o porcentaje reductor del CTA, inferior al 100%, están sujetas a unas estrictas condiciones estipuladas en el Contrato de arrendamiento de smartphone. Así, la cláusula 6.6 exige que “6.6. *En caso de*

Smartphone en la fecha de solicitud de la baja y conforme al cálculo especificado en el Anexo al Contrato de Arrendamiento de Terminal Móvil (Smartphone).” (Énfasis añadido).

¹⁸ **[CONFIDENCIAL]**

devolución del Smartphone al término del Contrato, o en los supuestos de cancelación anticipada sea cual sea la causa y en un plazo no superior a 15 días naturales, el Cliente deberá devolver el Smartphone en su embalaje original y en buenas condiciones, salvo el normal desgaste por el uso. En caso de que no se produzca la entrega de dicho Smartphone por parte del Cliente, será de aplicación lo dispuesto en la cláusula 9.” [Subrayado añadido]. En consecuencia, de no haber tomado el cliente la precaución de conservar el embalaje original en el que le fue entregado el terminal, Telefónica estaría en su derecho, de acuerdo a las cláusulas 9.1 y 6.6 del contrato, de aplicar el 100% del CTA como penalización por baja anticipada. De igual manera, resulta de la cláusula 6.6 que será Telefónica quien decida si el terminal devuelto por el cliente se ha entregado en buenas condiciones, *salvo el normal desgaste por el uso*, por lo que, de estimar que no es así, también podría aplicar la penalización del 100% del CTA.

Asimismo, en la cláusula 6.6 se especifica también un “*plazo no superior a 15 días naturales*” para devolver el smartphone, lo que, en la práctica, resultará en un plazo efectivo para el cliente de tan solo 11 días hábiles (al descontar sábados y domingos) en el mejor de los casos, esto es, cuando no coincida ninguna festividad adicional a los dos fines de semana cubiertos en los 15 días naturales. A ello debe añadirse que no se especifica en el Contrato ningún procedimiento específico para facilitar al cliente la devolución del smartphone usado (p.ej. cuándo comienza a contar el plazo desde que el cliente comunica la baja, en qué lugares y horario sería posible hacerlo, etc.).

En definitiva, se puede concluir que la cláusula 6.6 antes referida deja un amplio grado de discrecionalidad a Telefónica para interpretar que el cliente ha devuelto el terminal conforme a dicha cláusula, en el caso de haber podido hacerlo en plazo, reduciendo en gran medida los escenarios reales en los que Telefónica no contaría con la posibilidad de aplicar el 100% del CTA por no aceptar la devolución (resultando que cliente pagaría la penalización del 100% del CTA del terminal a pesar de haberlo devuelto previamente a Telefónica).

Por otra parte, en el caso de que el cliente cumpliera las condiciones y la devolución del smartphone fuese aceptada, Telefónica contaría con un terminal usado en buen estado y adicionalmente le habría aplicado la correspondiente penalización al cliente (70%, 55% ó 40% del CTA). **[CONFIDENCIAL]**^{19, 20}. En consecuencia, a la vista de lo estipulado en los contratos de condiciones particulares del servicio Movistar Fusión y del Contrato de arrendamiento de smartphone, Telefónica estaría transfiriendo el riesgo asumido ante CEF, en todo o en gran parte, al cliente que se diera de baja anticipadamente sin haber abonado las 36 cuotas mensuales.

[CONFIDENCIAL]²¹. **[CONFIDENCIAL]** en el *Anexo al Contrato de Arrendamiento de Terminal Móvil (Smartphone)* la cuota/penalización por devolver el terminal está asociada al nivel del smartphone y siempre es fija, con independencia del momento en el que el cliente de Fusión pudiera estar dándose de baja sin haber agotado el periodo de 36 meses. Esto perjudica, de forma muy especial a los clientes que hayan utilizado (y por

¹⁹ **[CONFIDENCIAL]**

²⁰ **[CONFIDENCIAL]**

²¹ **[CONFIDENCIAL]**

tanto amortizado) el terminal por un periodo mayor, y con una mayor probabilidad de plantearse cambiar de producto y operador.

En consecuencia, la DC concluye que existe una clara vinculación entre el servicio Movistar Fusión contratado y el arrendamiento del smartphone incluido en el producto y que la posibilidad de baja anticipada antes de cumplir todo el periodo de arrendamiento del terminal tiene el efecto de una penalización que entorpece la movilidad del cliente para cambiar de operador a otros productos de televisión de pago.

La existencia de una penalización por baja anticipada antes de finalizar el plazo de 36 meses constituye en sí mismo una condición de permanencia. No se cuestiona en este caso si el importe de dicha penalización es proporcional y razonable como argumenta la empresa, dado que los compromisos no señalan que las condiciones de permanencia estén condicionadas a que su importe sea proporcional o razonable.

Tampoco es objeto de este IPV determinar si dichas penalizaciones resultan conformes con lo previsto en el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias.

2º. *El cliente no tiene obligación de recoger el smartphone*

En lo que hace referencia a la posibilidad de que el cliente no recoja el terminal, como ya se indicaba en la PIPV, en los documentos contractuales no se recoge una previsión específica que indique que el cliente puede contratar el servicio Fusión sin contratar el servicio de arrendamiento de Smartphone. Así, en el objeto (punto 1) de las condiciones generales de arrendamiento de smartphone se dice literalmente que *“La aceptación sin reservas de las presentes Condiciones deviene indispensable para la prestación del Servicio [Servicio Movistar Fusión]”*. Es decir, la contratación del paquete implica para los clientes necesariamente la contratación del smartphone, firmen, o no firmen, el contrato de arrendamiento.

En este sentido, aunque el cliente pueda optar por no recoger un terminal smartphone de acuerdo a las prestaciones y precio del servicio Fusión contratado, ha quedado patente que puede considerarse la existencia de una vinculación a dicho contrato de arrendamiento, lo que plantea un escenario jurídico incierto para el cliente.

En sus alegaciones, Telefónica insiste en que es siempre a voluntad del cliente la recogida del terminal y la firma del correspondiente Anexo al Contrato de Arrendamiento de Terminal móvil (Smartphone) y lo quiere justificar en base a la redacción del tercer párrafo de la cláusula 2 (Contratación) de las Condiciones particulares del servicio Movistar Fusión con smartphone: *“En consecuencia con lo anterior, las condiciones generales (I) del contrato tipo de abono general al servicio telefónico disponible al público para usuarios finales, (II) del servicio de banda ancha disponible al público o, en su caso, las del servicio Movistar Internet Radio, para Acceso Fijo Radio (III) del servicio de telefonía móvil Movistar, (IV) del servicio de Internet móvil, (V) del arrendamiento del Smartphone, en su caso, (VI) del servicio de TV y, en su caso, (VII) de los servicios de suministro de TV vía satélite, que constan publicadas en www.movistar.es completan, en lo previsto en las mismas, a las presentes condiciones particulares.”* [Subrayado añadido].

Sin embargo, la breve alusión a “*en su caso*”, no determina claramente a qué se está refiriendo puesto que, previamente, en el párrafo primero de la misma cláusula 2 se dice mucho más claramente que “*El Cliente, al contratar Movistar Fusión, dispondrá de ... y un equipo terminal móvil en régimen de arrendamiento suscrito también con Telefónica Móviles España. S.A.U. (en adelante “Smartphone”).*” Es decir, el cliente dispondrá de un smartphone, lo que no le obliga a recogerlo, pues incluso podría recogerlo en un momento posterior, hecho que añadiría incluso mayor confusión sobre el periodo de arrendamiento al que tendría derecho el cliente en tal caso, salvo que hubiera perdido ya su oportunidad de disponer del smartphone que, en principio, le correspondería.

Por otra parte, dicha referencia a “*en su caso*” bien puede venir motivada por lo ya señalado en la PIPV (párrafo 32), dado que Telefónica se ha reservado la posibilidad de resolver el arrendamiento de smartphone en caso de que, como resultado del análisis de viabilidad financiera, Telefónica concluya que el cliente no pudiese financiar la operación. De esta manera Telefónica está facultada para resolver el contrato de arrendamiento, mientras que para el cliente sería obligatorio conforme a lo recogido en los contratos que regulan el servicio, siendo su ruptura causa de resolución del contrato del servicio Fusión de acuerdo a la cláusula 6.1²² del contrato “*Condiciones particulares del servicio Movistar Fusión*”.

El objeto de esta propuesta de IPV, no obstante, es analizar el impacto que supone para un cliente la vinculación entre el producto Fusión con la TV de pago y el contrato de arrendamiento del smartphone, al respecto de que dicha vinculación no puede suponer, en ningún caso, la rémora de ejecutar una penalización que, en esencia, sea un tipo de ‘permanencia’ cuyo efecto dificulte la libertad del cliente a cambiar de prestador de servicio de TV de pago, cuando pretenda darse de baja del producto Fusión, lo cual iría en contra de lo establecido en el compromiso 1.1, es decir, sin aplicar “*condiciones o prácticas tendentes a entorpecer la movilidad*” del cliente.

3º. *El contrato de arrendamiento de smartphone subvenciona el terminal y en consecuencia no se puede considerar que exista permanencia, de acuerdo a la salvaguarda en el párrafo 4º del compromiso 1.1.2.*

Sobre el concepto de terminal smartphone subvencionado

El compromiso 1.1.2 en su cuarto párrafo plantea no tomar en consideración aquellas permanencias asociadas a la subvención de terminales y que, en su caso, pudieran mantenerse, en beneficio del cliente, al objeto de no perjudicarle en caso de querer cambiar a otro operador. Es decir, este párrafo referido atiende al beneficio del cliente (p.ej. de Fusión) cuando quisiera cambiar de operador, pudiendo retener el servicio móvil de que disponía previamente al facilitarle, de esa forma, continuar con la subvención previamente acordada del terminal móvil. Luego existe un beneficio que el cliente no desea perder (la subvención del terminal) y que se limita exclusivamente a los efectos sobre dicho terminal.

²² “*Son causas de baja del Cliente en Movistar Fusión las siguientes:*

- *La solicitud de baja del servicio Movistar Fusión, o de alguno de los diferentes servicios que lo componen (línea telefónica fija, ADSL/Fibra/Acceso Fijo Radio, TV en su caso, línea móvil principal o Smartphone). (...)*” (Subrayado añadido).

La salvaguarda antes señalada exige, como requisitos principales, que el compromiso de permanencia venga derivado de la subvención de dispositivos y ello no impida la baja del cliente del producto empaquetado original. El Informe Propuesta en segunda fase del expediente C/0612/14 TELEFÓNICA/DTS hace una referencia concreta a esta salvaguarda en su apartado (1161)²³, señalando que dicha excepción sería razonable al objeto de no privar a los usuarios finales de las condiciones ventajosas que pudieran derivarse del acceso a un terminal en condiciones subvencionadas, y a condición de que la baja en el servicio no conlleve penalización.

A este respecto merece primero analizar y delimitar en qué medida el contrato de arrendamiento de smartphone representa una modalidad de subvencionar el terminal.

El Contrato de arrendamiento de smartphone no supone en ningún momento la propiedad, ni siquiera implícita, del terminal por parte del cliente Fusión. Ello queda puesto de manifiesto en la condición 6.5 del contrato cuando se especifica que “...*el Cliente deberá manifestar frente a los terceros que pretendan embargarle o entablar cualquier acción, demanda o reclamación sobre la propiedad o posesión del Smartphone, que el mismo no es de su propiedad, sino que lo tiene arrendado a Movistar.*” [Subrayado añadido].

De aquí podría considerarse que no existe propiamente una subvención del terminal, porque ello conllevaría de alguna forma que el terminal fuera propiedad del cliente o que estuviese garantizado que lo pudiera adquirir, algo que no es así (como se verá). El cliente contrata un servicio Fusión y recibe un smartphone en alquiler como parte del servicio, como una prestación más del producto sobre la que implícitamente está abonando mensualmente una renta comprendida en la cuota mensual por el empaquetamiento. Incluso en el caso de que el cliente eligiese un terminal distinto (p.ej. con mayores prestaciones y precio a los contemplados por defecto en su servicio Fusión), tampoco sería de su propiedad, pues de igual forma estaría bajo el mismo tipo de contrato de arrendamiento vinculado con el producto Fusión.

De hecho, la posibilidad de que el cliente de Fusión con smartphone adquiriese el terminal una vez transcurrido el periodo de 36 meses del contrato, no está bajo el control del cliente, como queda patente en el contrato de arrendamiento. Así, la condición 8 (Entrada en vigor y duración del Servicio) estipula que “*Transcurrido dicho periodo [de 36 meses], el Servicio de arrendamiento del Smartphone se extinguirá de pleno derecho con las consecuencias previstas en la cláusula 10, y sin que sea posible su renovación o prórroga, y sin perjuicio de la vigencia de la modalidad del Contrato Fusión con terminal que el Cliente tenga contratado.*” A su vez, la cláusula 10 (Extinción del Contrato) establece que “*Finalizado el contrato por cualquier de las causas previstas en esta cláusula, el Cliente queda obligado a la devolución del Smartphone conforme a lo indicado en la cláusula 9.1, sin perjuicio del derecho de Movistar de ofrecer al Cliente la*

²³ “(1161) Por último, también se estima razonable la excepción a la obligación general en el caso de que el compromiso de permanencia derive de la subvención de dispositivos, ya que de lo contrario se estaría perjudicando a los clientes finales. No obstante, es fundamental que TELEFÓNICA permita en su caso deshacer el paquete convergente con televisión sin penalización manteniendo en su caso únicamente el servicio de telefonía móvil.”

opción de adquisición del terminal, en cuyo caso el importe a abonar por el Cliente por el valor del Smartphone sería de 1 euro.” [Subrayados añadidos].

Es decir, no existe ni siquiera un derecho del cliente a poder optar a la compra del terminal arrendado, sino que es un derecho de Telefónica poder ofrecerle tal posibilidad de compra (por 1€) y solo tras haberse cumplido los 36 meses, aunque dicha posibilidad no está garantizada, esto es, Telefónica podría exigir la devolución del terminal, sin más.

La evidencia de que el cliente no puede optar en ningún momento antes de cumplirse el periodo de 36 meses a la adquisición del terminal arrendado y de que el arrendamiento es parte consustancial de la definición del nuevo servicio Fusión, queda expresada en la cláusula 10 (Extinción del Contrato) de las *Condiciones Generales de arrendamiento de terminal móvil (Arrendamiento Smartphone)*, pues en ninguna de las situaciones contempladas ello es posible²⁴.

El concepto de subvención en este caso estaría ligado a poder disfrutar del terminal en unas condiciones ventajosas que, razonablemente deberían terminar ofreciendo la compra del terminal al cliente por 1€. Sin embargo, como se ha comentado, el tipo de contrato de arrendamiento no puede calificarse como de subvención de terminal, sino de un contrato puro de renta, pues una vez transcurrido el periodo de 36 meses y, por tanto, terminado el contrato de arrendamiento, el terminal no deviene de forma automática en propiedad del cliente. Es Telefónica quien decidirá, a través del ejercicio de su derecho y de la oportunidad y consideración de vendérselo, si se lo ofrece al cliente por 1€.

Sobre la supuesta subvención del precio del smartphone por arrendamiento

En relación con la alegación sobre la existencia de subvención, procede determinar si el acceso a los terminales por parte de los usuarios es ofrecido por Telefónica en condiciones ventajosas bajo una fórmula que pueda ser considerada como subvención, frente a la compra o financiación por sus propios medios del smartphone en el mercado de terminales móviles.

Como ya se señalaba en la PIPV no nos encontramos ante una entrega gratuita de terminales (por no realizar un abono explícito, como ocurre para los terminales incluidos por defecto en el producto Fusión correspondiente). De acuerdo con la información remitida y como se ha señalado previamente, el acceso al terminal adopta la forma de arrendamiento (obligado) con opción de compra (discrecional por parte de Telefónica),

²⁴ “El Contrato se extinguirá por las causas generales admitidas en derecho y, en particular, por las siguientes:

- Por el transcurso de los 36 meses de duración previstos en la cláusula 8
- Por incumplimiento de cualquiera de las partes, de las obligaciones asumidas en el Contrato.
- Por baja voluntaria anticipada del Cliente en el Servicio, con las consecuencias previstas en la cláusula 9 del presente Contrato.
- Por destrucción o pérdida del Smartphone objeto del Contrato, con las consecuencias previstas en la cláusula 9 del presente Contrato.
- Por baja de la línea móvil del Servicio Movistar Fusión
- Por impago de las cuotas de Movistar Fusión o, en su caso, de la línea móvil asociada al terminal móvil.
- Por impago de una o más cuotas del Servicio.”

tal y como consta en el documento de *Condiciones generales de arrendamiento de terminal móvil en Fusión (arrendamiento smartphone)*. En este contrato se prevé en su cláusula 12 (Depósito de garantía y límite de crédito)²⁵ que Telefónica analice la solvencia del cliente para afrontar sus obligaciones económicas derivadas del arrendamiento del dispositivo smartphone, reservándose la posibilidad de resolver el contrato en caso de que, como resultado de dicho análisis de viabilidad financiera, Telefónica concluya que el cliente no pudiese financiar la operación.

El pago asociado al arrendamiento del terminal varía entre 3€ mensuales en el caso de los dispositivos incluidos por defecto dentro de cada paquete (cuota embebida en la cuota mensual del paquete Fusión) y los 30€²⁶ mensuales añadidos (extra) en el caso de los terminales con mayores prestaciones.

Respecto de la pertinencia de considerar el importe de 3€/mensuales como parte del arrendamiento, ya se indicaba en la PIPV las razones para ello, en particular que nos encontramos ante unos productos Fusión que coinciden con los que se ofrecían en el mercado y para los que se incluye el servicio de arrendamiento de terminal y un incremento del precio por un importe de 3 €/mensuales.

Señala Telefónica que dicho importe no es atribuible al arrendamiento del terminal dado que el cliente tendría que pagarlo aun en caso de no recoger el smartphone. Sin embargo, a criterio de la DC, la renuncia al arrendamiento de Smartphone, en caso de que resultara posible, no conllevaría para el cliente que contrate cualquier paquete Fusión una ventaja económica en el precio del paquete sino, más bien, al contrario, ya que estaría incluido en todo caso en el precio del servicio Fusión una prestación (el arrendamiento del smartphone) que no recibiría.

Respecto de la tabla incluida en el párrafo 34 de la PIPV, y la inclusión de los costes comerciales, es preciso recordar a Telefónica que el arrendamiento del smartphone no tiene fines lucrativos en sí mismo, sino que es utilizado como un incentivo comercial más del producto completo Fusión. De hecho, Telefónica repercute el coste del smartphone íntegramente.

En cualquier caso, este argumento es descartable ya que los costes comerciales y comunes tomados en consideración en los test de replicabilidad, como muy bien conoce

²⁵ “*Movistar, amparándose en la base legitimadora de la ejecución del contrato, efectuará un análisis de la operación desde el punto de vista de su viabilidad financiera, asimismo, si con datos disponibles por Movistar no fuera posible comprobar la solvencia del Cliente, Movistar solicitará su consentimiento para consultar la información que conste en las empresas integradas en el Grupo CaixaBank (en concreto, Telefónica Consumer Finance E.F.C., S.A., CaixaBank Payments & Consumer, E.F.C, E.P., S.A.U. y/o CaixaBank, S.A.) facilitando éstas únicamente si la solvencia del Cliente es o no suficiente para realizar la operación.*”

Si de dicho análisis Movistar concluye que no puede financiar la operación, Movistar lo pondrá en conocimiento del Cliente en un plazo no superior a 30 días naturales desde la fecha de la firma del contrato, quedando éste resuelto sin derecho a penalización alguna para ninguna de las partes. En tal caso, Movistar se reserva la facultad de solicitar al Cliente un depósito de garantía o impondrá un límite de crédito de conformidad con lo dispuesto en la cláusula 12 de las presentes Condiciones.”

²⁶ Si bien el pago extra por terminales de alta gama que Telefónica reportó como máximo en la información aportada el 29 de abril de 2021 era de 27€, se observa tanto en su página web como en las alegaciones de 15 de junio de 2021 que se ha incorporado algún nuevo terminal con una cuota extra de hasta 30€/mes adicional (iPhone 12 Pro 128 GB).

Telefónica, se aplican sobre los ingresos mensuales totales del empaquetamiento, incluyendo cuotas de alta por servicios, cuotas por equipos terminales de cliente, cuota mensual efectiva por el empaquetamiento, etc., con lo cual en el caso de que Telefónica aplicase una cuota por el terminal smartphone, dicha cuota estará contemplada como parte de los ingresos del paquete.

Sin embargo, al igual que Telefónica aplica a los equipos de cliente de banda ancha fija y de televisión de pago (módem-router, HGU o descodificador) un arrendamiento implícito de los mismos en sus productos, aplica igualmente un sistema de arrendamiento al terminal smartphone en los nuevos productos Fusión, el cual es facturado por Telefónica en la cuota mensual agregada del producto Fusión y, por tanto, será tenida en cuenta en el test de replicabilidad correspondiente.

Carece por tanto de sentido aplicar unos costes comerciales y comunes de los productos Fusión a un elemento incorporado en dichos productos y que Telefónica no vende de forma independiente, sino que arrienda a través de un empaquetamiento Fusión.

En cuanto a la existencia de condiciones ventajosas para el cliente, Telefónica incluye en sus alegaciones una tabla en la que muestra las subvenciones que disfrutarían los clientes con la nueva oferta comercial de Telefónica de Fusión con smartphone, comparando los precios con los smartphones en el libre mercado a 8 de junio de 2021. La tabla mostrada en el escrito de Telefónica se reproduce a continuación:

Datos aportados por Telefónica en las Alegaciones de 15junio2021 (precios a 8junio2021)							
Modelo	incr. Fusión+ (€) considerado	Cuota BV/MV	Cuota AV	PVP contado por Telefónica	Subvención BV/MV	Subvención AV	
Xiaomi Redmi 9	0	0	0	129	129	129	
Oppo A15	0	0	0	129	129	129	
Samsung Galaxy A12	0	0	0	176	176	176	
Xiaomi Redmi Note 9T 5G	0	5	0	199	19	199	
Xiaomi Redmi Note 10 5G	0	5	0	199	19	199	
Samsung Galaxy A32 5G	0	5	0	279	99	279	

AV = Alto Valor MV = Medio Valor BV = Bajo Valor

Al objeto de contrastar los datos, la DC ha realizado el análisis de los mismos terminales tomando precios reales de distintas páginas web de vendedores de terminales móviles²⁷ en la fecha de 22 de junio de 2021. Asimismo, para calcular la supuesta subvención al cliente, se ha incorporado el incremento de 3€ que Telefónica aplicó a los nuevos productos Fusión respecto de los productos anteriores, reflejando ese incremento el coste de arrendamiento implícito para terminales sin cuota extra. El resultado se muestra a continuación.

²⁷ Las ofertas al contado se han obtenido el 22 junio 2021 de las webs de amazon.es, Worten.es y electroprecio.com.

Datos recabados por la DC de precios en la web de vendedores de terminales (precios 22junio2021)							
Modelo	(€)	incr. Fusión+ considerado	Cuota BV/MV	Cuota AV	PVP contado web por DC	Subvención BV/MV	Subvención AV
Xiaomi Redmi 9		3	0	0	129	20	20
Oppo A15		3	0	0	115	6	6
Samsung Galaxy A12		3	0	0	139	30	30
Xiaomi Redmi Note 9T 5G		3	5	0	140	-149	31
Xiaomi Redmi Note 10 5G		3	5	0	167	-122	58
Samsung Galaxy A32 5G		3	5	0	207	-82	98

De acuerdo con los datos recabados de la web y los cálculos realizados, los resultados arrojan valores muy distintos a los aportados por Telefónica y desmienten que “*los clientes disfrutan de unas claras condiciones económicas ventajosas, rozando en algunos casos los 200 euros o incluso más*”, pues para los productos Fusión de bajo valor (BV) y medio valor (MV), en la mitad de los casos el cliente pagará más por el arrendamiento que si lo comprase al contado. En el caso de los productos de alto valor (AV), los supuestos ahorros o la ‘subvención’ de que disfrutaría el cliente es mucho menor que la reflejada por Telefónica. Es importante tener en consideración que son probablemente los clientes de los productos Fusión de alto valor (aquellos con cuotas de 150€/mes ó 175€/mes) los más propensos a elegir un terminal de alta gama, con lo que la valoración realizada de la subvención resultaría más teórica que real.

En el caso de los terminales de alta gama (aquellos de más de 500€), Telefónica afirma que **[CONFIDENCIAL]**. En este sentido, Telefónica aporta una tabla para cuatro terminales de alta gama que comercializa en Fusión y los compara con la financiación de estos terminales por un vendedor que aplica, según Telefónica, un tipo de interés nominal TIN del 17,95%. Sin embargo, para dicho vendedor concreto, se ha comprobado que en el caso del primero de los terminales analizados dicho vendedor financiaba la compra del terminal al 0% respecto del precio de compra al contado en la fecha de 22 de junio de 2021, lo mismo que ocurría para el más caro de los terminales, financiado también al 0% a 1 de julio de 2021.

Se ha comprobado también que el referido vendedor habría modificado el TIN (del 19,45%) y el número de cuotas (menor, de 20) para la financiación aplicada a algunos de sus terminales (a 1 de julio de 2021). En todo caso, las diferencias entre sus precios al contado y los resultantes de la financiación al 17,95% o al 19,45% con cualquier número de cuotas son muy importantes y siempre resultan en menores valores finales (tras los 36 meses) a los tomados por Telefónica. Además, como se verá más adelante, no necesariamente el referido vendedor puede considerarse como una mejor referencia con respecto a otros vendedores, ello al margen de que Telefónica realiza la suposición de que el cliente calculará la potencial subvención con respecto a esas altas tasas de financiación por cuotas mensuales, cuando en la mayoría de los casos el potencial cliente de Fusión con smartphone podría ver como más razonable realizar la comparación respecto del precio al contado del smartphone que pueda conseguir en el mercado.

Por otro lado, en la información aportada por Telefónica el 29 de abril de 2021, en su Anexo II, se incluye el Preciario (folio 82257) en el anexo al Contrato tipo de suministro de terminales. De acuerdo a los precios allí reportados y una vez aplicado el tipo de interés nominal (TIN) del **[CONFIDENCIAL]** que se consideraría como costes financieros

para determinar el importe de cada cuota mensual, **[CONFIDENCIAL]**. Es decir, 3€/mes más el coste adicional extra en su caso (0€/mes para los terminales incluidos por defecto y 2€/mes, 5€/mes, 13€/mes, 24€/mes), con IVA incluido. Por lo tanto, a juicio de la DC, Telefónica sí habría incorporado el coste financiero en los arrendamientos, equiparando el coste para la propia Telefónica con el coste de dicho arrendamiento, lo que, además hace inverosímil la pretendida subvención con respecto a los costes asumidos por Telefónica.

Telefónica muestra para los cuatro móviles elegidos de alta gama una comparación para calcular la subvención con respecto a los precios de venta al público de los smartphones al contado. Los resultados que presenta Telefónica se reproducen en la siguiente tabla (es preciso tener en cuenta que Telefónica no incluye para su cálculo el incremento de 3€/mes embebido en la cuota de Fusión, así como que tampoco añade el coste de 1€ adicional a la compra final por el cliente en caso de que TELEFÓNICA autorice dicha compra).

Datos aportados por Telefónica en las Alegaciones de 15 junio 2021						
Modelo	(€)	incr. Fusión+ considerado	cuota extra en Fusión+		PVP contado por Telefónica	Subvención
Xiaomi Mi 10T Pro		0	12		549	117
Samsung Galaxy S20FE 4G/5G		0	12		599	167
Samsung Galaxy S21 5G 128GB		0	20		799	79
iPhone 12 PRO 128GB		0	30		1.139	59

De manera similar al ejercicio realizado anteriormente para la gama más baja de terminales, la DC ha efectuado el análisis de los mismos terminales tomando precios reales de distintas páginas web de vendedores de terminales móviles²⁸ en la fecha de 22 de junio de 2021. El resultado arroja valores muy alejados respecto de los cálculos de Telefónica, como se muestra en la siguiente tabla:

Datos recabados por la DC de Fusión+ y de precios en la web de vendedores de terminales (a 22 junio 2021)							
Modelo	(€)	incr. Fusión+ considerado	cuota extra en Fusión+	PVP contado ofertas en web	PVP contado por Telefónica	Sobrepago por el terminal	sobrepago mensual
Xiaomi Mi 10T Pro		3	12	379	549	162	4,5
Samsung Galaxy S20FE 4G/5G		3	12	421	599	120	3,3
Samsung Galaxy S21 5G 128GB		3	20	589	799	240	6,7
iPhone 12 PRO 128GB		3	30	975	1.139	214	6,0

Se puede apreciar las importantes diferencias en los PVP al contado que la DC ha recabado de ofertas en la web dando como resultado, en todos los casos, no solo que el cliente no obtendría una ventaja por el contrato de arrendamiento a través del servicio Fusión, sino que acabaría abonando una cantidad bastante superior por el smartphone que si adquiriese el terminal pagándolo al contado.

La DC concluye en consecuencia que el coste que supone para los clientes de Fusión el smartphone a través del contrato de arrendamiento del terminal resulta, en el caso de los smartphones de gama baja con un escaso ahorro respecto del precio al contado o

²⁸ Las ofertas al contado se han obtenido el 22 junio 2021 de las webs de amazon.es, ultraonlinees.com y allzone.es.

incluso el cliente acabaría sobrepagando el terminal en algunos productos de BV/MV. En el caso de los terminales de alta gama (última tabla mostrada anterior), los resultados arrojan que a través del producto Fusión y del contrato de arrendamiento de smartphone, el cliente llegaría a abonar cantidades superiores al precio que podría obtener por la compra del terminal al contado. En definitiva, a la vista de los datos, Telefónica no habría justificado que, en general, el contrato de arrendamiento del terminal represente una subvención del mismo.

Sobre si la baja del paquete Fusión con smartphone conservando el servicio de comunicaciones móviles cumple el compromiso 1.1.2

En la PIPV se recogen determinadas consideraciones para analizar si la opción de darse de baja en el paquete Fusión considerando el servicio de comunicaciones móviles resulta efectiva. Entre otras cuestiones se valoran las tarifas del servicio móvil que habría de asumir el cliente. Igualmente se valora la situación del mercado en cuanto al empaquetamiento de servicios de televisión de pago y comunicaciones electrónicas.

Indica Telefónica en sus alegaciones que el cliente siempre podría migrar a cualquier otra tarifa de servicios móviles de precio más reducido *“con total libertad dado que no existen permanencias”*.

En todo caso esta posibilidad no puede deducirse de las condiciones recogidas en los contratos de la oferta comercial analizada, tal y como se detalla en la PIPV (párrafo 16) puesto que el apartado 6.2.3. del contrato Condiciones particulares del servicio Movistar Fusión²⁹ señala con precisión el tipo de contrato de servicios móviles que el cliente deberá contratar en función del paquete Fusión que tenía contratado, todo ello para poder conservar el smartphone y no tener que asumir la penalización correspondiente.

En todo caso, dicha posibilidad de cambio de tarifas, de ser posible, sería a costa para el cliente de perder prestaciones respecto de las que venía disfrutando en el producto Fusión, lo que no se ajusta a la salvaguarda del compromiso 1.1.2 al inferirse del mismo que se deben conservar las mismas prestaciones del servicio móvil, pues no tendría sentido en dicho contexto que el cliente se perjudicara por mantener la supuesta subvención, pues la no-consideración de la permanencia reside en la conservación del mismo servicio móvil (como establece la cláusula 6.3.2 antes referida) y de la misma subvención del terminal.

Resulta además sorprendente lo expresado por Telefónica al alegar que el compromiso 1.1.2 no dice nada sobre el precio que habrá de ofrecerse al cliente tras la baja de los

²⁹ “6.2.3. Baja de los servicios fijos incluidos en Movistar Fusión Al producirse la baja de los distintos componentes fijos de Movistar Fusión, manteniendo de alta los servicios móviles, el Cliente pasará a disfrutar de:

Modalidad Fusión incluida (línea disponible de Fusión 0, Fusión 0 Profesional, Fusión Inicia, Fusión Inicia Infinito, Fusión Selección y Fusión Selección Plus) y Modalidad Fusión #X (línea incluida en Fusión 0 X2, Fusión 0 X4, Fusión 0 Profesional X2, Fusión 0 Profesional X4, Fusión Inicia X2, Fusión Inicia X4, Fusión Inicia Infinito X2, Fusión Inicia Infinito X4, Fusión Selección X2, Fusión Selección X4, Fusión Selección Plus X2, Fusión Selección Plus X4, Fusión Total X2, Fusión Total X4, Fusión Total Plus X2, Fusión Total Plus X4, Fusión Total Plus X2 con 4 líneas y Fusión Total Plus X4 con 4 líneas): Pasarán a disfrutar de contrato móvil con llamadas nacionales a fijos y móviles de cualquier operador a cualquier hora: 0 cts./min., establecimiento de llamada 40 cts. (IVA incluido) y navegación a máxima velocidad en pago por uso.”

...

servicios fijos para conservar el servicio móvil, justificando de esta manera aplicar precios más altos que los ofrecidos para líneas semejantes o incluso de mayores prestaciones, ello, además, según afirma, para “*recuperar la subvención por medio del servicio que mantenga el cliente contratado*”, lo que implica de forma palmaria que el supuesto beneficio que podría obtener el cliente por la retención del servicio móvil al mantener la subvención no es tal, pues la subvención quedará absorbida por el precio del servicio móvil tras la baja, dejando sin efecto el beneficio por la supuesta subvención disfrutada, lo cual, además, contradice la salvaguarda del compromiso 1.1.2, pues no se cumpliría en ningún caso.

Telefónica realiza también una alegación respecto del análisis contenido en la PIPV sobre las posibles dificultades de cambio de operador derivadas de la venta empaquetada de televisión de pago con servicios de comunicaciones electrónicas, para los clientes que conserven el contrato de comunicaciones móviles y smartphone tras darse de baja en Fusión, señalando que ello no está reflejado en los compromisos.

En la PIPV se ha realizado un análisis para valorar si los clientes del producto Fusión tienen la posibilidad de darse de baja del referido paquete conservando el servicio de comunicaciones móviles de Telefónica como prevé el compromiso 1.1.2 y si esta posibilidad es real y efectiva.

Para ello se ha valorado por una parte las condiciones contractuales fijadas por Telefónica en las que se produce dicha baja, habiéndose observado que las condiciones y precios de los servicios móviles que mantendría el cliente resultan siempre superiores a los precios de servicios de comunicaciones móviles que ofrece Movistar para contratación de servicios móviles no empaquetados similares.

Por otra parte, la valoración de dichas condiciones debe realizarse en el contexto de la situación existente en el mercado. Para ello se ha constatado la realidad de la venta empaquetada de servicios de televisión de pago con servicios de comunicaciones electrónicas, lo que constituye una condición de entorno que debe ser tenida en consideración.

Telefónica no es ajena a esta política comercial, desde su posición de liderazgo en el mercado, pues sus productos Fusión no permiten la contratación de determinados servicios sino que incluyen obligatoriamente los servicios móviles, junto a los servicios fijos y la televisión de pago.

Según se recoge en el Informe Económico Sectorial Telecomunicaciones y Audiovisual del año 2019³⁰ publicado por la CNMC, en el año 2019 Telefónica contaba con el 62,7% del total de empaquetamientos quintuples existentes en el mercado (con televisión de pago), frente a solo un 15,3% del total de paquetes cuádruples sin televisión de pago, siendo, por tanto, y con gran diferencia, el operador con mayor proporción de empaquetamientos con televisión de pago de todo el mercado.

En todo caso, el PIPV en ningún momento señala que esta política de empaquetamientos resulte contraria a lo establecido en los compromisos; sin embargo, debe ser tomada en

³⁰ https://www.cnmc.es/sites/default/files/3083420_5.pdf

consideración al objeto de valorar el contexto en el que se desarrollan las políticas comerciales analizadas en este IPV.

4º. *Sobre si Fusión con smartphone restringe la movilidad de los clientes*

Reitera Telefónica en el punto 3.3 de sus alegaciones que no existe ninguna imposición por parte de Telefónica a vincularse al smartphone. A estas alegaciones ya se ha dado respuesta previamente, haciendo notar que lo afirmado por Telefónica en su escrito de 15 de junio de 2021 no modifica el primer párrafo de la cláusula 2 de las condiciones particulares del servicio Movistar Fusión, ni tampoco el subsecuente párrafo tercero de la misma cláusula por la inclusión de las palabras “*en su caso*”, ya que estas tres palabras en modo alguno pueden ser interpretadas de forma equiparable a que “*no existe ninguna imposición por parte de Telefónica a vincularse al Smartphone ni de que los clientes en planta se migren al nuevo portfolio de Fusión con Smartphone, siempre a voluntad del cliente su recogida y firma del correspondiente Anexo al Contrato de Arrendamiento de Terminal móvil (Smartphone).*”, lo que a todas luces resultaría ahora una interpretación extensiva y carente del sustrato jurídico que debe dar certidumbre a los contratos con los clientes.

Máxime cuando el punto primero (Objeto) de las condiciones generales del contrato de arrendamiento expresan con total claridad la vinculación del mismo a la prestación del servicio Movistar Fusión: “*La aceptación sin reservas de las presentes Condiciones deviene indispensable para la prestación del Servicio [Movistar Fusión]. El Cliente manifiesta, en tal sentido, haber leído, entendido y aceptado las presentes Condiciones Generales, puestas a su disposición, en todo momento, con carácter previo a la contratación, en la siguiente página web: www.movistar.es/contratos.*”

Las condiciones contractuales a las que se somete el cliente no quedan en tal sentido anuladas en caso de que decida no recoger el smartphone pues, aunque no firme el referido contrato de arrendamiento, queda vinculado al mismo por la prestación del servicio Fusión.

Para justificar que la realidad confirmaría su alegación de que cuando el cliente no recoge el terminal no quedaría afectado por el contrato de arrendamiento a través del servicio Fusión, Telefónica aporta datos del número de clientes que han recogido el smartphone, así como de los que no han ejecutado su derecho rechazándolo, señalando que ésta última opción habría sido la elegida de manera mayoritaria. Los datos son de 6 de junio de 2021, es decir, alrededor de mes y medio desde el lanzamiento del servicio³¹ y en este periodo de siete semanas, los datos reflejan que **[CONFIDENCIAL]**³².

Argumenta Telefónica que ello “*es una prueba irrefutable de la libertad de los clientes para recoger o no el Smartphone y que es errónea la afirmación de la Dirección de Competencia de que la contratación del paquete Fusión en la nueva oferta comercial implica la entrada en vigor del contrato de arrendamiento.*”

Como primera cuestión procede señalar que, incluso tomando los datos proporcionados por Telefónica, una proporción significativa de clientes que alcanza el **[CONFIDENCIAL]** en el caso de nuevas altas y un **[CONFIDENCIAL]** en el caso de migraciones de clientes

³¹ Formalmente desde el 15 de abril de 2021.

³² **[CONFIDENCIAL]**

de TELEFÓNICA a los nuevos servicios Fusión han suscrito el arrendamiento de terminal, y por tanto han quedado sujetos a la condición de permanencia de 36 meses y consiguiente penalización en caso de baja anticipada de servicio Fusión que se ha descrito en este IPV.

Ello representa un total de **[CONFIDENCIAL]** clientes en el periodo entre el 15 de abril y el 6 de junio de 2021. Este número de clientes en este periodo de siete semanas representa una proporción significativa del total de clientes de los principales competidores de Telefónica. A modo de ejemplo, tomando los datos de clientes a final de 2020 proporcionados por CNMCDData (Informe trimestral) dicho número de clientes es el **[CONFIDENCIAL]** de los clientes de Vodafone y el **[CONFIDENCIAL]** de los clientes de Orange.

Incluso aceptando a efectos dialécticos que los clientes tuvieran la opción de no recoger el terminal, cuestión que desde el punto de vista contractual no parece posible conforme a lo antes señalado, debe recordarse que el compromiso 1.1.2 dispone que “*Telefónica no incluirá en los futuros contratos de la entidad resultante en España obligaciones de permanencia asociadas directa o indirectamente a los servicios de televisión de pago*” sin que se prevea que dicha obligación no será exigible en caso de que el propio cliente solicite o acepte un servicio que conlleve permanencia.

En caso contrario, de admitirse la argumentación de Telefónica, la obligación del compromiso 1.1.2 carecería de eficacia práctica puesto que Telefónica podría incluir compromisos de permanencia en todas sus ofertas comerciales más publicitadas, manteniendo al menos una oferta comercial sin permanencia y con ello cumpliría con el compromiso dado que los clientes “optarían” mayoritariamente por las ofertas con permanencia.

Por otra parte, existen otras interpretaciones posibles de la poca aceptación del smartphone, entre las que cabría señalar que los clientes ya dispusieran de un terminal smartphone con mejores prestaciones y no quisieran verse comprometidos por las consecuencias de aceptar uno nuevo que no emplearían realmente o, para aquellos clientes que quisieran disponer de un terminal de mayor gama de los ofrecidos por defecto y, en consecuencia se hubieran planteado aportar la cuota extra por el terminal superior, no les hubiese resultado conveniente añadir dicha cuota extra (como las comparaciones realizadas previamente con datos de compra al contado en el mercado para algunos terminales parecen indicar).

En definitiva, el que una proporción mayoritaria de clientes (en principio, en su aparente perjuicio) hayan optado por no recoger el smartphone parece reafirmar que los clientes no perciben ventajas con las condiciones asociadas a este servicio, en particular la penalización y la limitación a la movilidad que la aceptación del terminal podría implicarles en un futuro, y por otra parte que las condiciones económicas ofrecidas por Telefónica no conllevan una ventaja apreciable en el precio de arrendamiento y, en su caso posterior adquisición, de los terminales como se afirma en las alegaciones.

7.2 Otras alegaciones

Resumen de las alegaciones

En su alegación segunda Telefónica destaca los beneficios y nuevas aplicaciones derivados de la tecnología 5G, y señala que la iniciativa Fusión con smartphone

contribuye al desarrollo del mercado de 5G en beneficio de los consumidores, impulsando la disponibilidad de terminales móviles 5G compatibles que soporten el uso de este tipo de aplicaciones.

En su alegación cuarta, Telefónica considera que la PIPV implica una revisión del compromiso 1.1.2, en particular su párrafo cuarto, lo que vulneraría el artículo 53 de la LDC.

Considera asimismo Telefónica que *“si el Consejo de la CNMC confirmara lo recogido en la Propuesta de Informe, incurriría no sólo en manifiesta extralimitación de sus funciones de vigilancia, sino también en desviación de poder ya que está utilizando la potestad de vigilancia para un fin distinto al previsto en la norma”*.

Termina Telefónica sus alegaciones manifestando que resulta desproporcionada y lesiva *“la adopción de las medidas de poder resolver anticipadamente sin penalización alguna las condiciones comerciales de los productos Fusión con Smartphone”* dado que con ello *“podría generarse situaciones de fraude al poder solicitar Smartphones de alta gama como iPhones o similares sin penalización alguna y poder luego revenderlos en el mercado secundario con el claro perjuicio económico para Telefónica y efecto llamada de otros agentes que quieran incurrir fácilmente en la referida práctica fraudulenta.”*

Respuesta a las alegaciones

En lo que se refiere a la alegación segunda, la DC aclara que nada tiene que señalar sobre las ventajas que se predicen respecto de la tecnología 5G. Sin embargo, el IPV tiene por objeto analizar el cumplimiento del compromiso 1.1 en relación con la oferta comercial de Telefónica. Dicho compromiso nada señala respecto del impulso de la tecnología 5G o de que esta circunstancia exima del cumplimiento del mismo.

Respecto de la alegación sobre una modificación o reinterpretación del compromiso, debe señalarse en primer lugar que Telefónica no concreta cuál sería dicha modificación o en qué modo se habría concretado.

El IPV se limita a valorar si la oferta comercial analizada es compatible con el contenido del compromiso 1.1 y en concreto con el compromiso 1.2. Para ello, y como no puede ser de otra manera, la DC ha partido de lo que señalan los compromisos, en particular si como indica en compromiso 1.1.2 en su párrafo segundo, esta nueva oferta comercial incluye *“obligaciones de permanencia asociadas directa o indirectamente a los servicios de televisión de pago, ya sean empaquetados o no con servicios de comunicaciones electrónicas”*. Asimismo, se analiza la concurrencia de la salvaguarda prevista en el párrafo cuarto del ya citado compromiso 1.1.2, es decir si nos encontramos ante una *“subvención de dispositivos”* y si *“la entidad resultante permita la baja del referido paquete conservando el servicio de comunicaciones móviles de Telefónica”*.

En sus alegaciones Telefónica se muestra disconforme con dicha valoración realizada en la PIPV, en particular señalando que a su criterio la oferta comercial no conlleva obligaciones de permanencia, que sí existe subvención, y que sí permite la baja de los clientes, pero no precisa en qué se ha apartado la DC del contenido de los compromisos como elemento de referencia para realizar dicha evaluación.

Cabe señalar que alegaciones similares han sido vertidas por Telefónica sobre la supuesta modificación *de facto* de la resolución objeto de vigilancia por la reinterpretación

de los compromisos, en relación con las demás propuestas de IPV y resoluciones de IPV dictadas en el marco del expediente VC/0612/14. Así el Consejo ya se pronunció al respecto de esta alegación en las resoluciones de vigilancia de 4 de mayo de 2017 y 11 de junio de 2019, desestimándolas. Al igual que en aquellas resoluciones, la DC en su propuesta de IPV de 20 de mayo de 2021 no ha introducido una modificación ni una revisión de los compromisos de 14 de abril de 2015, sino que simplemente ha interpretado conceptos jurídicos indeterminados asociados al compromiso 1.1 y en especial, al compromiso 1.1.2, al concretar su aplicación en el contexto de los nuevos productos Fusión con smartphone y las condiciones particulares aplicables al servicio Movistar Fusión y al contrato de arrendamiento de smartphone, configurando una serie de condiciones específicas que ha sido preciso confrontar para valorar el cumplimiento de los referidos compromisos.

En coherencia con lo anterior, cabe traer a colación nuevamente la sentencia del Tribunal Supremo de 4 de febrero de 2020 (por todas, nº 132/2020) en las que se delimitaba con mayor precisión el ámbito de actuación de la administración dentro de los expedientes de vigilancia:

“[...] la ejecución de una resolución sancionadora puede requerir en ocasiones de un período de tiempo más o menos prolongado, o puede presentar diferentes fases o grados de cumplimiento, o plantear diferencias sobre el debido cumplimiento entre la CNMC y las partes obligadas, por lo que la resolución del expediente de vigilancia, a los efectos de cumplir su función de incentivo de cumplimiento de lo acordado, no puede limitarse a repetir miméticamente las declaraciones de la resolución sancionadora, desatendiendo el estado de la ejecución, sino que deberá ajustarse o adaptarse a las circunstancias que exija en cada momento el debido cumplimiento de lo resuelto”. [Énfasis añadido].

Dentro de esa capacidad de ajustarse o adaptarse a las circunstancias que exija el debido cumplimiento de la resolución objeto de vigilancia, en este caso la resolución de 22 de abril de 2015 recaída en el expediente C/0612/14 Telefónica/DTS, se incardina la habilitación de la CNMC para interpretar aquellos conceptos jurídicos indeterminados, que no modifican los compromisos, asociados al compromiso 1.1 y 1.1.2 relativos a facilitar la movilidad de los clientes de Telefónica de los servicios de televisión de pago, sin aplicar condiciones o prácticas que la entorpezcan.

En cuanto a la existencia de un supuesto de desviación de poder relacionado con la reinterpretación de los compromisos, a criterio de la DC los diferentes aspectos analizados en el presente IPV se encuentran perfectamente motivados, responden a una interpretación correcta del alcance de los compromisos y se fundamentan en todos los casos en consideraciones objetivas y razonables.

Por otra parte, Telefónica yerra nuevamente en sus alegaciones al señalar que dicha actuación de la DC sería contraria a los límites señalados en el artículo 53.3 de la LDC. Debe señalarse que el artículo mencionado hace referencia a las resoluciones del Consejo de la CNMC dictadas en el marco del procedimiento sancionador en materia de conductas prohibidas, y no en el marco de las concentraciones económicas como el que nos ocupa.

En cuanto al carácter no proporcionado de la medida propuesta en el PIPV, y la posible generación de situaciones de fraude con efecto llamada, debe señalarse que la PIPV no propone en modo alguno la necesaria continuidad en el futuro de una determinada política comercial con entrega de smartphone, o la posible existencia de una política comercial que incluya la entrega de un terminal siempre que ello se produzca cumpliendo lo señalado en los compromisos. A este respecto tampoco se alcanza a entender qué diferencia habría con respecto a la situación actual cuando el cliente se diese de baja anticipada y no devolviera el terminal (cláusula 9.1 de las condiciones generales del arrendamiento smartphone) pues, en tal caso, resultaría razonable que Telefónica pudiera recuperar la parte proporcional no amortizada, lo que en ningún sentido podría considerarse una penalización si la parte reclamada es estrictamente proporcional al periodo sin amortizar.

En todo caso, en cuanto se ha valorado que la política comercial analizada podría no ser conforme a los compromisos y restringe la movilidad de los clientes de televisión de pago, dicha situación debería quedar subsanada.

7.3 Propuesta realizada por Telefónica para adaptarse a la propuesta del IPV.

En la alegación quinta de su escrito de 15 de junio de 2021 Telefónica realiza, con carácter subsidiario a sus alegaciones previas, propuestas que considera serían aptas para resolver los supuestos problemas de competencia o riesgos de incumplimiento del compromiso 1.1, identificados en la propuesta de IPV de 20 de mayo de 2021. Telefónica indica que **[CONFIDENCIAL]**. Por otra parte, la propuesta de Telefónica es meramente enunciativa, sin que de ella pueda colegirse de qué forma se reforzará la referida facultad y cómo se clarificará en las condiciones particulares del servicio Movistar Fusión y en el Contrato de arrendamiento del terminal smartphone la opción de no acceder al mismo.

En todo caso, cualquier medida que mejore la transparencia sobre las condiciones contractuales para los clientes debe ser valorada de manera positiva. Sin embargo, a los efectos del IPV, como ya se ha señalado, el compromiso 1.1.2 no contempla entre las excepciones para su cumplimiento que los clientes contraten un determinado servicio de televisión de pago que conlleve permanencia, por lo que con la medida propuesta no se subsanaría el eventual incumplimiento del compromiso.

[CONFIDENCIAL]³³,

En conclusión, las propuestas realizadas vienen a constatar algunos aspectos ya resaltados previamente, como la situación del cliente en caso del rechazo del smartphone con respecto a su vinculación con el contrato de arrendamiento, o las altas tarifas por la retención de la línea móvil en caso de baja. Si bien constituyen una vía preliminar para la resolución de los problemas asociados al incumplimiento detectado en esta vigilancia, en su conjunto son propuestas que adolecen de inconcreción y que no abordan el principal problema identificado del posible incumplimiento del compromiso 1.1 y, en particular del compromiso 1.1.2, por la permanencia en forma de penalización

³³ “En el caso de que el Cliente decida darse de baja anticipada del Servicio Movistar Fusión pero conserve su línea móvil asociada, podrá continuar con el Servicio de arrendamiento del Smartphone. En estos casos, el precio del Servicio se devengará por periodos mensuales, conforme al precio de la Cuota sin Fusión del arrendamiento asociado al nivel del Smartphone escogido de los indicados en el Anexo 1.”

asociada a la devolución del terminal por baja anticipada del servicio Fusión durante el periodo de 36 meses del arrendamiento del smartphone.

OCTAVO.- VALORACIÓN DE LA DIRECCIÓN DE COMPETENCIA EN SU INFORME PARCIAL DE VIGILANCIA.

A la vista de todo lo anterior, y una vez analizadas las alegaciones presentadas por TELEFÓNICA en fecha 15 de junio de 2021 a la PIPV de 20 de mayo de 2021, la DC considera que, tal y como se señalaba en las conclusiones de la PIPV, existen indicios de que la oferta comercial de productos Fusión con smartphone que incorporan servicios de televisión de pago, lanzada por Telefónica el 11 de abril de 2021 podría contener determinadas previsiones contrarias a lo señalado en el apartado 1.1 y en especial en el apartado 1.1.2 de los compromisos a que fue condicionada la autorización de la operación de concentración C/612/14 Telefónica-DTS, pues conlleva una limitación a la movilidad de los clientes que contraten este servicio y que restringiría su capacidad para contratar similares servicios con otros operadores competidores de Telefónica y que incluyan televisión de pago. Asimismo, por las razones expuestas anteriormente, no concurren las condiciones que permitirían aplicar la excepción del párrafo cuarto en el compromiso 1.1.2.

Por otra parte, la DC propone al Consejo de la CNMC que ordene a TELEFÓNICA y a las empresas de su grupo lo siguiente:

1º. Que adecue en el plazo de 1 mes las condiciones comerciales de sus productos Fusión al objeto de eliminar cualquier condición que implique de manera directa o indirecta un compromiso de permanencia y en particular el pago de cantidades en caso de baja del servicio, en los términos señalados en el compromiso 1.1 y en especial en el compromiso 1.1.2. Telefónica deberá comunicar asimismo a los clientes que hayan contratado previamente alguno de los nuevos productos Fusión lanzados desde el 11 de abril de 2021, los cambios que afectarán a sus contratos en cumplimiento 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

2º. Que comunique a la CNMC las nuevas condiciones particulares de los productos Movistar Fusión y de cualesquiera otras modificaciones en el contrato de arrendamiento de terminales smartphone u otras condiciones que afecten a los clientes, con antelación a su efectividad comercial.

NOVENO. – VALORACIÓN DEL PLENO DE LA CNMC

En el presente procedimiento, el Pleno del Consejo debe resolver sobre la adecuación de la oferta comercial de productos Fusión con smartphone que incorporan servicios de televisión de pago, lanzada por Telefónica el 11 de abril de 2021, a los compromisos a los que se subordinó la autorización de la operación en la resolución de 22 de abril de 2015, recaída en el expediente C/0612/14, TELEFÓNICA/DTS.

En particular, el Pleno debe dilucidar si Telefónica ha cumplido con lo recogido en el compromiso 1.1 y en particular en el compromiso 1.1.2.

A la vista del pormenorizado y completo análisis desarrollado por la DC en su actividad de vigilancia, que ha sido expresado en su IPV de 6 de julio de 2021 y sintetizado en anteriores fundamentos de derecho de la presente resolución, el Consejo considera que los términos de la oferta comercial, tal y como resultan de la literalidad de su condiciones generales y particulares, resultan incompatibles con los referidos compromisos..

Las propuestas de Telefónica en su escrito de 15 de junio 2021, dirigidas a resolver los problemas de incumplimiento detectados y descritas y valoradas en el apartado 7.3 de esta resolución, pueden constituir un punto de partida para adecuar las condiciones comerciales de los productos Fusión a los compromisos a los que se sujetó la operación de concentración C/612/14. No obstante, no pueden considerarse suficientemente precisas para paliar los riesgos advertidos.

En consecuencia, Telefónica deberá adecuar en el plazo de 1 mes las condiciones comerciales de sus productos Fusión al objeto de aclarar o modificar los términos de la misma para eliminar cualquier condición que pudiera implicar de manera directa o indirecta un compromiso de permanencia y en particular el pago de cantidades en caso de baja del servicio, en los términos señalados en el compromiso 1.1 y en especial en el compromiso 1.1.2.

Asimismo, Telefónica deberá comunicar a los clientes que hayan contratado previamente alguno de los nuevos productos Fusión lanzados desde el 11 de abril de 2021, las aclaraciones o modificaciones que afecten a sus contratos en cumplimiento 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.

Por último, Telefónica deberá comunicar a la CNMC las nuevas condiciones particulares de los productos Movistar Fusión y de cualesquiera otras modificaciones en el contrato de arrendamiento de terminales smartphone u otras condiciones que afecten a los clientes, con antelación a su efectividad comercial.

Vistos los preceptos citados y los demás de general aplicación, el Pleno del Consejo

HA RESUELTO

PRIMERO. Declarar que la oferta comercial lanzada por Telefónica el 11 de abril de 2021 de productos Fusión con smartphone que incorpora servicios de televisión de pago contiene determinadas previsiones contrarias a lo señalado en los apartados 1.1 y 1.1.2 de los compromisos a que fue condicionada la autorización de la operación de concentración C/612/14 Telefónica-DTS en los términos que han quedado expuestos en la presente resolución.

SEGUNDO. - Telefónica deberá introducir los ajustes necesarios o aclarar los términos de las condiciones comerciales de tales productos para adecuarlos a los compromisos a que fue condicionada la autorización de la operación de concentración C/612/14 Telefónica-DTS en los términos señalados en esta resolución, efectuando asimismo la

correspondiente comunicación a los clientes que hubieran contratado previamente alguno de los productos.

TERCERO. - Telefónica deberá comunicar a la CNMC las medidas adoptadas o las nuevas condiciones particulares de los productos Movistar Fusión o de cualesquiera otras modificaciones en el contrato de arrendamiento de terminales smartphone u otras condiciones que afecten a los clientes, con antelación a su efectividad comercial.

Comuníquese esta resolución a la Dirección de Competencia de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia y notifíquese a la parte interesada, haciéndole saber que la misma pone fin a la vía administrativa y que puede 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.