

## RESOLUCIÓN DE VIGILANCIA

### Expte. VS/0422/12, CONTRATOS DE PERMANENCIA

#### CONSEJO. SALA DE COMPETENCIA

##### Presidente

D. José María Marín Quemada

##### Consejeros

D<sup>a</sup>. María Ortiz Aguilar

D. Josep Maria Guinart Solà

D<sup>a</sup>. Clotilde de la Higuera González

D<sup>a</sup>. María Pilar Canedo Arrillaga

##### Secretario del Consejo

D. Joaquim Hortalà i Vallvé

En Madrid, a 20 de junio de 2019

La Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC), con la composición expresada, ha dictado la siguiente resolución en el expediente VS/0422/12, cuyo objeto es la vigilancia de la resolución de 29 de octubre de 2014, recaída en el expediente S/0422/12, CONTRATOS DE PERMANENCIA.

#### I. ANTECEDENTES DE HECHO

1. Por resolución de 29 de octubre de 2014, en el expediente S/0422/12 CONTRATOS DE PERMANENCIA, el Consejo de la CNMC, resolvió:

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

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

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

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

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

2. El 4 de noviembre de 2014 fue notificada a TELEFONICA MÓVILES DE ESPAÑA, S.A.U. (TME) la citada resolución (folio 340), contra la que interpuso recurso contencioso administrativo (recurso 552/2014) solicitando la suspensión cautelar de la ejecución. Mediante auto de 27 de enero de 2015, la Audiencia Nacional acordó la suspensión de la ejecución solicitada, condicionada a la prestación por la recurrente de garantía en forma de aval bancario condición que se dio por cumplida en tiempo y forma por providencia de 26 de marzo de 2015. Posteriormente, por auto de 16 de septiembre de 2015 la Audiencia Nacional exoneró a TME de la obligación de prestar caución, ordenando la devolución del aval prestado.
3. En el marco del expediente de vigilancia de la resolución de 29 de octubre de 2014, la Dirección de Competencia (DC) dirigió tres solicitudes de información a TME, el 21 de diciembre de 2015, 3 de febrero de 2016 y 1 de marzo de 2016. Las respuestas de TME se recibieron en la CNMC con fechas de 22 de enero, 23 de febrero y 23 de marzo de 2016 (folios 455,471,493).
4. Mediante sentencia de 31 de julio de 2017, la Audiencia Nacional estimó el recurso contencioso administrativo interpuesto por TME, anulando la resolución del Consejo de la CNMC de 29 de octubre de 2014. La CNMC interpuso recurso de casación contra la citada sentencia (recurso 5624/2017). El mismo fue desestimado mediante sentencia del Tribunal Supremo de 18 de febrero de 2019.
5. El 22 de abril de 2019, la DC elevó su informe final de vigilancia de la resolución, considerando que procede acordar la finalización del expediente de vigilancia VS/0422/12, CONTRATOS DE PERMANENCIA.
6. Es interesado: TELEFONICA MÓVILES DE ESPAÑA, S.A.U.
7. La Sala de Competencia aprobó esta resolución en su sesión del día 20 de junio de 2019.

## **II. ACTUACIONES LLEVADAS A CABO DURANTE LA VIGILANCIA Y HECHOS ACREDITADOS.**

En su informe de 22 de abril de 2019, la Dirección de Competencia describe las actuaciones llevadas a cabo en el procedimiento de vigilancia con carácter previo a la

anulación de la resolución de 29 de octubre de 2014 mediante sentencia de la Audiencia Nacional de 31 de julio de 2017.

El 2 de diciembre de 2015 tuvo entrada en la DC un escrito de una sociedad mercantil (folio 370) denunciando un posible incumplimiento por parte de TME de la resolución de 29 de octubre de 2014.

Con el fin de verificar dicha información, la DC llevó a cabo solicitudes de información a TME, el 21 de diciembre de 2015, el 3 de febrero de 2016 y el 1 de marzo de 2016. Las respuestas se recibieron los días 22 de enero, 23 de febrero y 23 de marzo de 2016 (folios 455,471,493).

De las respuestas aportadas por TME, se desprendía lo siguiente:

- A raíz de la resolución de 29 de octubre de 2014, TME eliminó de los contratos Premium especial PYMES, suscritos desde el 1 de noviembre de 2014, aquellas cláusulas por las que fue sancionada de manera que ya no se renovaba automáticamente ni se penalizaba la permanencia.
- En relación a los contratos Premium especial PYME suscritos antes del 1 de noviembre de 2014, TME afirmó que no se les aplicaba la renovación automática del compromiso de permanencia, pero que las facturas emitidas seguían contemplando las penalizaciones por descuentos ante la imposibilidad técnica de adaptación de los sistemas de facturación. Sin embargo, TME también manifestó que cuando se producía el impago, no se estaba reclamando el cobro de dichas penalizaciones ni se estaba incluyendo a dichos clientes en los ficheros de morosos.

El 8 de abril de 2016, la DC informó a la sociedad denunciante de que no consideraba los hechos reportados como *“un incumplimiento de dicha Resolución por parte de TELEFÓNICA, sino más bien un conflicto puntual y particular que deberá resolver frente a TELEFÓNICA, en su caso, ante la jurisdicción ordinaria”*.

### III. FUNDAMENTACIÓN JURÍDICA

#### PRIMERO. - Habilitación competencial

El artículo 41 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC), teniendo en cuenta lo dispuesto en la disposición adicional segunda de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la CNMC, 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 medidas cautelares y de control de concentraciones.”*

El artículo 71 del Reglamento de Defensa de la Competencia (RDC), aprobado por Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero, que desarrolla estas facultades de vigilancia previstas en la Ley 15/2007, precisa en su apartado 3 que *“El Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia resolverá las cuestiones que puedan suscitarse durante la vigilancia”*, previa propuesta de la Dirección de Competencia.

En consecuencia, de conformidad con lo previsto en el artículo 21.2 de la Ley 3/2013 y el artículo 14.1 a) del Estatuto Orgánico de la CNMC, aprobado por Real Decreto 657/2013, la competencia para resolver este procedimiento corresponde a la Sala de Competencia del Consejo de la CNMC.

## **SEGUNDO. - Sobre la revisión jurisdiccional del expediente**

Como ya se ha recogido en los antecedentes, la infracción declarada en la resolución del Consejo de la CNMC el 29 de octubre de 2014, fue anulada mediante sentencia de la Audiencia Nacional de 31 de julio de 2017, declarada firme por sentencia del Tribunal Supremo de 18 de febrero de 2019.

La Audiencia Nacional estimó el recurso interpuesto por TME por entender que *“los contratos Premium Pyme no constituyen una restricción vertical en un sentido económico, ya que las empresas que firman esos contratos, no están situadas en ningún punto del proceso de producción o de distribución de la telefonía móvil, sino que son consumidores del servicio, lo que de suyo llevaría la estimación del presente recurso por ausencia de tipicidad”*. Y añade en el fundamento noveno que, *“...en cuanto a la cuestión relativa a si los contratos Premium de TME con las PYMES y autónomos tienen o no un diseño anticompetitivo, debemos concluir a la vista del informe pericial aportado que los descuentos a cambio de permanencia obedecen a razones económicas competitivas”*.

El Tribunal Supremo, mediante sentencia de 18 de febrero de 2019, desestimó el recurso de casación interpuesto por la CNMC contra la mencionada sentencia de la Audiencia Nacional. Si bien el Tribunal Supremo afirmó que *“en los contratos de suministro entre Telefónica y las empresas PYMES clientes, no cabe excluir la existencia de un acuerdo vertical con fundamento en que las empresas PYMES tienen la condición de consumidor fina. Los servicios de telefonía móvil se contratan con fines empresariales por las PYMES y se subsumen en la actividad estrictamente empresarial, no como meros consumidores finales, siendo un servicio de suministro de comunicaciones electrónicas dirigido al segmento de las pequeñas y medianas empresas, que utilizan el servicio de telefonía como un insumo en sus propios negocios, en su función de producción para prestar sus servicios o productos en los mercados”*. Consideró sin embargo que, en la resolución de 29 de octubre de 2014, la CNMC no acreditaba suficientemente la existencia de una infracción por objeto ni tampoco la existencia de un efecto nocivo a la competencia en los contratos de telefonía con PYMES analizados.

## **TERCERO. - Valoración de la Sala de Competencia**

Tal como se ha señalado, la resolución del Consejo de la CNMC dictada el 29 de octubre de 2014, objeto de la vigilancia del expediente VS/0422/12, CONTRATOS DE PERMANENCIA ha sido anulada. Por todo ello, procede dar por finalizada la vigilancia llevada a cabo en el citado expediente.

En su virtud, vistos los artículos citados y los demás de general aplicación, la Sala de Competencia del Consejo de la CNMC

### **HA RESUELTO**

**ÚNICO.** - Declarar el cierre de la vigilancia del cumplimiento de la resolución de 29 de octubre de 2014 dictada por Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, recaída en el expediente S/0422/12, CONTRATOS DE PERMANENCIA.

Comuníquese esta resolución a la Dirección de Competencia y notifíquese a las partes interesadas, haciéndoles saber que la misma pone fin a la vía administrativa y que pueden interponer contra ella recurso contencioso-administrativo ante la Audiencia Nacional en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente al de su notificación.