



RESOLUCIÓN EXPTE. 2716/06, Vodafone/TME

CONSEJO

D. Luis Berenguer Fuster, Presidente
D. Fernando Torremocha y García-Sáenz, Vicepresidente
D. Emilio Conde Fernández-Oliva, Consejero
D. Miguel Cuerdo Mir, Consejero
D^a. Pilar Sánchez Núñez, Consejera
D. Julio Costas Comesaña, Consejero
D^a. Inmaculada Gutiérrez Carrizo, Consejera

En Madrid, a 8 de octubre de 2009

El Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia (en adelante, Consejo), con la composición arriba expresada y siendo ponente el Consejero D. Miguel Cuerdo Mir, ha dictado la siguiente Resolución en el Expediente 2716/06, Vodafone/TME, tramitado a consecuencia de la denuncia presentada por la Unión de Consumidores de España (en adelante, UCE), contra Telefónica Móviles España, S.A. (en adelante, TME o Movistar) y Vodafone España, S.A. (en adelante, Vodafone) por supuestas prácticas contrarias al artículo 1 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia (en adelante también LDC), consistentes en la concertación del tiempo mínimo de permanencia definido por el contrato firmado con la compañía y la penalización por incumplir dicho contrato.

ANTECEDENTES DE HECHO

1. Con fecha 11 de julio de 2006 se presentó denuncia ante la CNC por parte de la Unión de Consumidores de España (en adelante, UCE), contra Telefónica Móviles España, S.A. (en adelante, TME) y Vodafone España, S.A. (en adelante, Vodafone) por supuestas prácticas contrarias al artículo 1 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia (en adelante también LDC), consistentes en la concertación del tiempo mínimo de permanencia definido por el contrato firmado con la compañía y la penalización por incumplir dicho contrato. En concreto, establecían en sus contratos de servicios de telecomunicaciones móviles con clientes cláusulas de permanencia de redacción muy similar, con un compromiso mínimo de permanencia de 18 meses y una penalización por incumplimiento de este compromiso de hasta 150 euros.

2. La Dirección de Investigación (en adelante DI) tras abrir información reservada propone archivar la denuncia. Para fundamentar su propuesta la DI señala:

“ANTECEDENTES

[...]

En particular, UCE denuncia que TME y Vodafone habían actuado concertadamente al imponer en sus contratos de servicios de telecomunicaciones móviles con clientes cláusulas de permanencia de redacción muy similar, con un compromiso mínimo de permanencia de 18 meses y una penalización por incumplimiento de este compromiso de 150 euros.

El Servicio de Defensa de la Competencia abrió una información reservada con fecha 13 de julio de 2006, y asignó a la citada denuncia el número de expediente 2716/06.

[...]

HECHOS

1. *En abril de 2005 entró en vigor el Reglamento sobre las condiciones para la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas, el servicio universal y la protección de los usuarios, aprobado por el Real Decreto 424/2005, de 15 de abril. En su artículo 105.2, se regulan las condiciones mínimas que deben establecer estos contratos. Entre las mismas, destacan las “Causas y formas de extinción y renovación del contrato de abono. El contrato se extinguirá por las causas generales de extinción de los contratos y, especialmente, por voluntad del abonado, comunicándolo previamente al prestador del servicio con una antelación mínima de 15 días naturales al momento en que ha de surtir efectos.” (artículo 105.2.j)*

2. *Con fecha 15 de septiembre de 2005, en virtud de lo dispuesto en el artículo 109 del Reglamento sobre las condiciones para la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas, el servicio universal y la protección de los usuarios, Vodafone notificó al Ministerio de Industria, Turismo y Comercio, nuevos modelos de condiciones generales de postpago para la prestación de servicios de telecomunicaciones móviles a consumidores y usuarios, tanto personas físicas como jurídicas (ver folio 52). En estos modelos se incluye una nueva Condición del Contrato de Permanencia, con carácter de condición particular, que literalmente señala “El Cliente se compromete a permanecer dado de alta en este Contrato y en un plan de consumo mínimo igual o superior al contratado, con la línea vinculada al mismo durante los 18 meses siguientes a partir de la firma según condiciones de permanencia de VODAFONE en cada momento. En caso de baja anticipada del Cliente por cualquier causa, o cambio en el plan de precios a uno de tarifa inferior por decisión del Cliente, éste abonará a VODAFONE la cantidad máxima de 150 euros (impuestos indirectos no incluidos) que será cargada en la cuenta corriente del Cliente, todo ello sin perjuicio de lo pactado en ulterior condición particular, en su caso.” (ver folios 49 a 51). Con carácter previo, Vodafone venía estableciendo cláusulas de permanencia de 12 meses para terminales subvencionados con indemnizaciones que oscilaban entre los 100 y 150 euros.*

3. *Este nuevo modelo de contrato de Vodafone entró en vigor en octubre de 2005 (ver folios 26 a 30; 92 a 97 y 160 a 170), y fue aplicable a todos los clientes de Vodafone que no hubiesen rescindido su contrato en el plazo de un mes desde su notificación que tuvo lugar entre octubre y noviembre de 2005. No obstante, la Condición del Contrato de Permanencia, al ser una condición particular, sólo fue de aplicación a los clientes que la suscribieron expresamente tras su entrada en vigor.*

4. *Con fecha 9 de marzo de 2006, en virtud de lo dispuesto en el artículo 109 del Reglamento sobre las condiciones para la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas, el servicio universal y la protección de los usuarios, TME notificó al Ministerio de Industria, Turismo y Comercio, un nuevo modelo de condiciones generales de prestación del servicio Telefónica Movistar (ver folios 66 a 83). En este modelo se incluye una nueva Condición del Contrato de Permanencia, con carácter de condición particular, que literalmente señala: “El cliente se compromete a permanecer dado de alta en este contrato y en un plan de consumo mínimo igual o superior al contratado, con la línea vinculada al mismo durante los dieciocho meses siguientes a partir de la firma según condiciones de permanencia de TME en cada momento. En caso de baja anterior del cliente por cualquier causa, o cambio en el plan de precios a uno que implique un menor compromiso de consumo, éste abonará a TME la cantidad máxima de 150 euros (impuestos indirectos no incluidos) que será pasada al cobro al cliente. Todo ello sin perjuicio de lo pactado en posterior condición particular, en su caso.”*

5. *El nuevo modelo de contrato de TME entró en vigor en mayo de 2006 (ver folios 66 a 83; 145 a 153 y 183 a 198), y fue aplicable a todos los clientes de TME que no hubiesen rescindido su contrato en el plazo de un mes desde su notificación que tuvo lugar entre abril y mayo de 2006. No obstante, la Condición del Contrato de Permanencia, al ser una condición particular, sólo fue de aplicación a los clientes que la suscribieron expresamente tras su entrada en vigor.*

6. *Con fecha 8 de mayo de 2006 el Ministerio de Industria, Turismo y Comercio emitió dos informes sobre la adecuación de los contratos de servicios de comunicaciones electrónicas de Vodafone y TME, notificados con fecha 15 de septiembre de 2005 y 9 de marzo de 2006, respectivamente, con el Reglamento sobre las condiciones para la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas, el servicio universal y la protección de los usuarios (ver folios 78 a 80 y 117 a 119). En ambos casos, los informes señalan que las condiciones del contrato de permanencia contenido en ambos modelos podrían ser contrarias a lo dispuesto en el artículo 105.j) del citado Reglamento, dado que limitarían excesivamente la capacidad de los clientes para rescindir la relación contractual. En particular, los informes indican que las penalizaciones deberían estar referenciadas a la devolución de las cantidades que hubieran supuesto ventajas económicas disfrutadas por contratar determinadas ofertas o adquirir determinados teléfonos móviles a precio subvencionado. Como consecuencia de estos informes del Ministerio de Industria, tanto TME como Vodafone procedieron a proponer modificaciones en sus condiciones particulares del contrato de permanencia.*

7. En la actualidad, el contrato tipo vigente de TME contiene una condición particular de permanencia (ver folios 266 a 272), que literalmente señala: “En aquellos supuestos en los que el cliente reciba de TELEFÓNICA MÓVILES ESPAÑA, S.A.U. un apoyo económico para la adquisición de un terminal u otras condiciones comerciales especialmente ventajosas (en adelante el “apoyo económico”), y cuando así se haya acordado y aceptado expresamente por el cliente, éste se compromete a mantener la línea que haya vinculado al apoyo económico en el servicio movistar y en un plan de precios que implique un compromiso de un consumo igual o superior al contratado, durante un número determinado de meses (en adelante “compromiso de permanencia”). La cantidad del apoyo económico recibido y el número de meses de su compromiso de permanencia serán los pactados con el cliente en el anverso del contrato. El cliente podrá darse de baja en el servicio movistar en todo momento o cambiar a un plan de precios que implique un menor compromiso de consumo, si bien en estos supuestos deberá abonar a TELEFÓNICA MÓVILES ESPAÑA, S.A.U. una cantidad proporcional al apoyo económico recibido y al número de meses que ha respetado su compromiso de permanencia. La mencionada cantidad será pasada al cobro al cliente en su factura. Lo anterior será aplicable igualmente en caso de suspensión del servicio y cambio de numeración. Se informa al cliente de que existe la posibilidad de adquirir el mismo u otros terminales o contratar los mismos servicios sin recibir apoyo económico y, por tanto, sin compromiso de permanencia.” A partir de los datos recabados en la página web de TME, el compromiso de permanencia puede llegar hasta los 24 meses (ver folio 273).

8. En la actualidad, el contrato tipo vigente de Vodafone contiene una condición particular de permanencia (ver folios 274 a 281), que literalmente señala: “El Cliente se compromete a permanecer dado de alta en este Contrato con la línea vinculada al mismo durante los dieciocho (18) meses siguientes, contados a partir de la fecha de firma del Contrato. En caso de baja anticipada del Cliente por cualquier causa, suspensión definitiva del Servicio motivada por impago del Cliente de las cantidades adeudadas a Vodafone o cambio desde el plan de precios contratado a otro plan de precios distinto que tenga un compromiso de consumo mínimo menor, el Cliente abonará a Vodafone una cantidad que podrá ser de hasta un máximo de 150 euros (impuestos indirectos no incluidos) en concepto de compensación por la subvención obtenida de Vodafone como descuento sobre el precio de mercado del terminal. Todo lo anterior se entiende sin perjuicio de lo que pudiera pactarse al respecto en condición particular posterior entre Vodafone y el Cliente, en su caso.”

[...]

VALORACIÓN JURÍDICA

[...] En el presente expediente, a la hora de determinar si existen indicios racionales de una vulneración del artículo 1.1 de la Ley 15/2007, es necesario analizar si puede haber existido una práctica concertada, y si ésta es restrictiva de la competencia.

En lo que se refiere al primer elemento, la supuesta existencia de una práctica concertada, cabe señalar que la redacción de las condiciones particulares de permanencia que Vodafone y TME recogieron en sus contratos tipo en octubre de 2005 y mayo de 2006 respectivamente, es muy similar en ambos casos, tanto en la duración del compromiso de permanencia (18 meses) como en la cuantía de la penalización máxima (150 euros). Asimismo, las cláusulas de permanencia previas de TME y Vodafone también eran similares, pues fijaban compromisos de permanencia de 12 meses e indemnizaciones máximas que oscilaban entre los 100 y los 150 euros.

Sin embargo, estos elementos no son suficientes por sí mismos para acreditar que existió tal práctica concertada.

En primer lugar, existe un desfase temporal importante, de más de 6 meses, entre la implementación de la nueva cláusula de permanencia de Vodafone en octubre de 2005 y la de TME en mayo de 2006.

Asimismo, la relativa coincidencia temporal en la modificación de los contratos tipo puede tener una explicación objetiva en la entrada en vigor, en abril de 2005, del Reglamento sobre las condiciones para la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas, el servicio universal y la protección de los usuarios, que establece un contenido mínimo para los contratos de servicios de comunicaciones electrónicas.”

3. En su reunión del 30 de septiembre de 2009, el Consejo de la CNC deliberó y falló esta resolución.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

ÚNICO. Se debe ventilar en esta resolución si, tal como plantea la denunciante, las cláusulas establecidas en los contratos de servicios de telecomunicaciones móviles con clientes de MoviStar como de Vodafone, relativas a un compromiso mínimo de permanencia de 18 meses y la penalización por incumplimiento de este compromiso de hasta 150 euros, son el resultado de una concertación y, por lo tanto, una infracción del artículo 1 LDC.

En su propuesta de archivo, la DI señala a este Consejo que los operadores de telefonía móvil siguen una estrategia dominada por políticas diversas de fidelización de clientes que en determinados momentos se pudieran parecer, lo que no implica que tengan un carácter colusorio como práctica concertada o conscientemente paralela. Efectivamente, se ha puesto de manifiesto en las diligencias previas que ha existido un desfase temporal entre ambas (desde octubre de 2005 a mayo de 2006), a pesar de haberse dado en un contexto de entrada en vigor del Real Decreto 424/2005, de 15 de abril, por el que se desarrollaba el Reglamento sobre las condiciones para la prestación de servicios de

comunicaciones electrónicas, el servicio universal y la protección de usuarios, sobre las condiciones para la prestación de servicios de comunicación. Este Reglamento obligó a los operadores a un nuevo modelo de contrato y a la modificación de ciertas cláusulas, entre otras, aquéllas denunciadas como colusorias, para ajustarlo al nuevo Reglamento.

Por otra parte, también se considera el hecho de que, como ha podido comprobar la DI, actualmente TME y Vodafone no mantengan el alineamiento objeto de la denuncia. En este sentido, Vodafone mantiene el esquema presentado en octubre de 2005. Sin embargo, TME modificó posteriormente los criterios presentados y, por tanto, en la actualidad presentan condiciones distintas en sus contratos. Dicha modificación obliga a pensar en un carácter tentativo y temporal de las condiciones comerciales *ad initio* y después de la nueva regulación. A mayor abundamiento de la consideración anterior, en el caso que nos ocupa, ni siquiera funciona el esquema líder-seguidor, puesto que fue Vodafone la que primero estableció la estructura de compromiso de permanencia e importe indemnizatorio y, además, no la anunció, sino que la estableció directamente, y mucho después lo hizo el “operador líder del mercado”. En definitiva, a la vista de los hechos y consideraciones señaladas, este Consejo no puede sino asumir la propuesta que le hace la Dirección de Investigación.

Vistos los preceptos legales citados y los de general aplicación, el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia

HA RESUELTO

Único. No incoar expediente sancionador y archivar la denuncia presentada por la Unión de Consumidores de España contra Telefónica Móviles España, S.A. y Vodafone España, S.A., por supuestas prácticas contrarias al artículo 1 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, consistentes en la concertación del tiempo mínimo de permanencia definido en sus contratos y la penalización por incumplir dichos contratos.

Comuníquese esta Resolución a la Dirección de Investigación de la Comisión Nacional de la Competencia y notifíquese a UCE, TME y Vodafone, haciéndoles saber que contra ella no cabe recurso en vía administrativa, pudiendo interponer recurso Contencioso-Administrativo ante la Audiencia Nacional en el plazo de dos meses contados desde la notificación de esta Resolución.