



Roj: **SAN 3441/2017 - ECLI: ES:AN:2017:3441**

Id Cendoj: **28079230062017100300**

Órgano: **Audiencia Nacional. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Madrid**

Sección: **6**

Fecha: **31/07/2017**

Nº de Recurso: **552/2014**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **CONTENCIOSO**

Ponente: **ANA ISABEL RESA GOMEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA NACIONAL

Sala de lo Contencioso-Administrativo SECCIÓN SEXTA

Núm. de Recurso: 0000552 / 2014

Tipo de Recurso: PROCEDIMIENTO ORDINARIO

Núm. Registro General: 06874/2014

Demandante: TELEFONICA MOVILES ESPAÑA, S.A.U

Procurador: SRA. D^a. GLORIA TERESA ROBLEDI MACHUCA

Demandado: COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y DE LA COMPETENCIA

Codemandado: VODAFONE

Abogado Del Estado

Ponente Ilma. Sra.:

D^a. ANA ISABEL RESA GÓMEZ

SENTENCIA N^o:

Ilma. Sra. Presidente:

D^a. Berta Santillan Pedrosa

Ilmos. Sres. Magistrados:

D. SANTIAGO PABLO SOLDEVILA FRAGOSO

D. FRANCISCO DE LA PEÑA ELIAS

D^a. ANA ISABEL RESA GÓMEZ

D. JOSÉ GUERRERO ZAPLANA

D. RAMÓN CASTILLO BADAL

Madrid, a treinta y uno de julio de dos mil diecisiete.

VISTO, en nombre de Su Majestad el Rey, por la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, de la Audiencia Nacional, el recurso nº 552/14, seguido a instancia de **TELEFÓNICA MÓVILES ESPAÑA, S.A.** representada por el Procurador de los Tribunales D. Manuel Lanchares Perlado, con asistencia letrada, como Administración demandada la General del Estado, actuando en su representación y defensa la Abogacía del Estado. El recurso versó sobre impugnación de Resolución del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC), de fecha 29 de octubre de 2014, la cuantía se fijó en 25.784.341 €, e

intervino como ponente la Magistrada D^a ANA ISABEL RESA GÓMEZ . La presente Sentencia se dicta con base en los siguientes

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO : Interpuesto el recurso y seguidos los trámites prevenidos por la ley, se emplazó a la parte recurrente para que formalizase la demanda en la que tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que entendió oportunos solicitó a la Sala dictase sentencia, por la que se anule la resolución impugnada o subsidiariamente se reduzca el importe de la sanción impuesta.

SEGUNDO. - El Abogado del Estado contestó a la demanda mediante escrito en el que suplica se dicte sentencia por la que se desestime el recurso contencioso administrativo interpuesto con imposición de costas a la parte recurrente.

TERCERO. - Solicitado y recibido el pleito a prueba fue practicada la que propuesta se declaró pertinente con el resultado obrante en autos y tras evacuar las partes escrito de conclusiones, quedaron los autos conclusos y pendientes de señalamiento para votación y fallo, lo que tuvo lugar el día 31 de mayo de 2017, en el que efectivamente se deliberó, votó y falló, habiéndose observado en la tramitación del presente recurso todas las prescripciones legales, salvo la del plazo para dictar sentencia dada la complejidad de la cuestión litigiosa.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO: En el presente recurso contencioso administrativo se impugna la resolución dictada en fecha 29 de octubre de 2014 por el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia en el expediente nº NUM000 , CONTRATOS DE PERMANENCIA, resolución que agota la vía administrativa.

Dicha resolución acuerda:

"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.

SEXTO.- Instar a la Dirección de Competencia de esta Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia para que investigue la práctica de otros operadores, según lo señalado en el Fundamento de Derecho Cuarto (apartado 4.6).

SÉPTIMO.- Resolver sobre la confidencialidad relativa a la documentación aportada por las empresas de conformidad con lo señalado en el Fundamento de Derecho Quinto (apartado 5.2)."

SEGUNDO -. Son datos fácticos para la resolución del presente contencioso, los siguientes:

1.- El 12 de marzo de 2012 tuvieron entrada en la Comisión Nacional de la Competencia, dos escritos presentados por dos pequeños clientes empresariales de TELEFÓNICA MÓVILES DE ESPAÑA, S.A.U. (en adelante, TME) y de VODAFONE ESPAÑA, S.A.U. (VODAFONE). A través de dichos escritos, la Dirección de Investigación, tuvo conocimiento de la existencia de condiciones de permanencia en determinados contratos de prestación de servicios de telefonía móvil en el ámbito minorista que podrían ser contrarias a la LDC, en la medida en que tales condiciones podrían dificultar, sin justificación objetiva, el cambio de operador de servicios de telefonía móvil.

2.- La DI abrió unas diligencias previas (DP 2012/009), en las que requirió información a los operadores con mayor cuota de mercado en el sector de la telefonía móvil (TME, VODAFONE y ORANGE) sobre las condiciones de permanencia aplicadas en los contratos de servicios móviles de la modalidad de postpago, tanto en el segmento residencial como en el segmento empresarial y con fecha 1 de junio de 2012, tras un análisis de la información recabada, la DI decidió abrir una información reservada bajo la referencia NUM000 , a la que



se incorporaron las diligencias previas. En el ámbito de dicha información reservada, se realizaron nuevos requerimientos de información a los principales operadores de telefonía móvil.

3.- Con fecha 18 de diciembre de 2012 se acordó la incoación del expediente sancionador NUM000 , Contratos de Permanencia, contra TME por una posible práctica restrictiva de la competencia prohibida por el artículo 1 de la LDC , consistente en la aplicación de condiciones de permanencia restrictivas de la competencia en determinados contratos de prestación de servicios móviles con clientes empresariales.

4.- Tras la tramitación pertinente, dicho expediente finalizó con la resolución sancionadora y disconforme con ello la actora formuló el presente contencioso.

En cuanto a las partes:

TELEFÓNICA MÓVILES DE ESPAÑA, S.A.U. (TME) TME es una filial al 100% de Telefónica, S.A., empresa cabecera del Grupo Telefónica. En España, las principales actividades del Grupo Telefónica son la explotación de servicios minoristas de telefonía fija, telefonía móvil y banda ancha fija, así como la prestación de servicios mayoristas relacionados. La explotación de servicios de telefonía móvil de este grupo la realiza en España TME, que los comercializa bajo la marca Movistar.

TERCERO: La resolución impugnada, tras analizar cuál es el mercado de producto afectado y geográfico, servicios minoristas de comunicaciones móviles prestados en territorio nacional, (excluyendo los servicios M2M), considera acreditada una infracción del artículo 1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio de defensa de la Competencia y el artículo 101 del TFUE , con base a que:

-TME habría establecido determinadas cláusulas en los contratos de prestación de servicios minoristas de comunicaciones móviles a clientes empresariales con efectos restrictivos a la competencia, puesto que por un lado estaría limitando desproporcionadamente la capacidad de una parte sustancial de los clientes empresariales de TME para cambiar de proveedor de servicios minoristas de comunicaciones móviles, por un periodo de tiempo que se prolonga por encima del año, mientras que por otro estarían incrementando sustancialmente los costes en los que tienen que incurrir los competidores para ganar clientes a costa de TME, otorgando a TME un periodo de reacción muy amplio (de al menos un mes) para intentar retener a los clientes que expresan su voluntad de terminar su relación contractual con TME.

-Los competidores de TME dejan de estar en igualdad de condiciones para competir por estos clientes, lo que unido a que algunos operadores desarrollan políticas comerciales similares a las de TME, en conjunto se estaría excluyendo a otros operadores como los Operadores Móviles Virtuales (OMVs) del segmento empresarial en el mercado minorista de servicios móviles, cuando son precisamente estos operadores alternativos los que más competencia han introducido en el segmento residencial en los últimos años.

-Esta red de acuerdos paralelos "Contratos Premium especial PYME" de TME con sus clientes empresariales constituye una infracción única y continuada del artículo 1 LDC y 101 TFUE . En este sentido, cada contrato de forma aislada no constituiría una infracción de la normativa de competencia, pero el efecto acumulativo de todos los contratos, que se extienden a una parte muy significativa de los clientes PYMES de TME, es el que genera el objeto y efecto restrictivo de la competencia.

-Los acuerdos "Contratos Premium especial PYME" de TME con sus clientes empresariales están sometidos al artículo 1 LDC y 101 TFUE , en la medida que conforme al Reglamento (UE) nº 330/2010, son acuerdos verticales entre operadores económicos no competidores, que rigen las condiciones en las que los clientes empresariales de TME adquieren servicios minoristas de comunicaciones móviles.

-Estos servicios minoristas de comunicaciones móviles son utilizados como input por los clientes de TME para producir sus propios bienes y servicios, en casi todos los sectores de la economía española.

-Estos acuerdos de TME con sus clientes basados en los "Contratos Premium especial PYME" no están amparados por la exención prevista en el Reglamento (UE) nº 330/2010, porque TME supera una cuota del 30%, sea cual sea la definición razonable del mercado relevante que se utilice.

-La obligación de permanencia analizada en los "Contratos Premium especial PYME" no sólo limita significativamente la capacidad de los clientes de TME para cambiar de proveedor de servicios móviles, sino que estaría también limitando la eficacia y el efecto procompetitivo de la obligación regulatoria que permite a los clientes de servicios minoristas de comunicaciones móviles darse de baja y cambiar de proveedor en cualquier momento (portabilidad). Este efecto restrictivo de la competencia lleva a que los clientes afectados no puedan beneficiarse de mejores ofertas alternativas en un contexto de tendencia a la baja de los precios de los servicios minoristas de comunicaciones móviles, aumenta los costes de captación de clientes de los competidores más pequeños y produce la compartimentación de la demanda en el segmento PYME y autónomos, fomentando la exclusión de competidores alternativos.



-Estos "Contratos Premium especial PYME" no se pueden beneficiar de la exención prevista en el artículo 1.3 LDC, pues las restricciones que se introducen (penalización creciente y poco transparente, prórroga automática y plazo de preaviso de un mes) no son esenciales para el otorgamiento del descuento y existen mecanismos alternativos menos restrictivos de la competencia, como las tarifas planas, que aseguran un uso de la red y unos ingresos mínimos de TME y permiten la diferenciación en los precios a los clientes PYME de TME.

-A pesar de que los "Contratos Premium especial PYME" son acuerdos entre TME y sus clientes empresariales, el único responsable de los mismos es TME, en la medida que son contratos de adhesión en los que es TME quien configura la redacción de las cláusulas restrictivas de la competencia analizadas, siendo TME la única beneficiaria de estas cláusulas restrictivas de la competencia, que deben ser asumidas por el cliente empresarial si quiere beneficiarse de los descuentos sobre precios.

CUARTO: Alega la actora como fundamento de su pretensión anulatoria, reiterando los argumentos que ya esgrimiera en vía administrativa.

1.- Los contratos investigados suscritos entre TME y el segmento empresarial de PYMES y autónomos no constituyen una relación vertical en los términos previstos en la LDC.

2.- La resolución impugnada califica erróneamente los compromisos de permanencia de los contratos de TME como una infracción "por objeto" de los artículos 1 de la LDC y 101 del TFUE.

3.- La conducta de TME se ampara en los artículos 1.3 de la LDC y 101.3 del TFUE.

4.- Inexistencia de culpabilidad en el comportamiento de TME.

5.- La resolución impugnada cuantifica erróneamente la sanción que resulta desproporcionada.

QUINTO: Señala la actora que el expediente sancionador incoado tenía por objeto las cláusulas de permanencia pactadas por TME con sus clientes empresariales (PYMES y Autónomos) en los "Contratos Permanencia Premium especial PYME", cuyo funcionamiento en síntesis era el siguiente:

1.- Permitían a los clientes del segmento PYME disfrutar de descuentos sobre los precios generales de TME, que se aplicaban mensualmente en la factura del cliente.

2.- Como contrapartida a los descuentos sobre precios, se establecían compromisos de permanencia con una duración que oscilaba entre 12, 18 y 24 meses, según los casos.

3.- El compromiso de permanencia y el esquema de descuentos se renovaban automáticamente, salvo que el cliente expresase su intención de resolver el contrato con un plazo de preaviso de un mes.

4.- Si el cliente incumplía el compromiso de permanencia, se restablecía la relación con el cliente como si la permanencia no hubiese existido, lo cual suponía que el cliente debía abonar el precio de los servicios de telefonía móvil que corresponde a los contratos que no incluyen un compromiso de permanencia, viniendo obligado a devolver los descuentos disfrutados hasta el momento de la ruptura del compromiso de permanencia.

Alega que la resolución impugnada le imputa una infracción "por objeto" cuando en la página 45 de la resolución señala que "cada contrato de forma aislada no constituiría una infracción de la normativa de competencia, pero el efecto acumulativo de todos los contratos, que se extienden a una parte muy significativa de los clientes PYMES de TME es el que genera el objeto y efecto restrictivo de la competencia", cuando de los datos de la propia resolución resulta que ni siquiera afectan a la cuarta parte de todas las líneas del segmento negocios.

Además compromisos de permanencia de igual naturaleza se han aplicado por los competidores Vodafone y Orange que sin embargo no han sido imputados porque a juicio de la CNMC se benefician de la exención del Reglamento de restricciones verticales porque sus cuotas mercado son inferiores al 30%, cuando dicho Reglamento no se aplicaría ante una infracción por objeto y en este sentido aporta durante la instrucción del procedimiento sancionador dos informes periciales, en los que se afirma, que los descuentos a cambio de permanencia no constituían un acuerdo vertical, no tenían como objetivo distorsionar la competencia sino que se trata de una práctica comercial lícita y que no han tenido efectos anticompetitivos.

SEXTO: A tales efectos la actora aportó en vía administrativa un informe pericial "Análisis de las cláusulas de permanencia asociadas a los contratos "Permanencia Premium Especial Pymes" preparado por la empresa Frontier Economics y obrante en los folios 1751 a 1806 del expediente administrativo, en cuyas conclusiones se señalaba:

"Desde un punto de vista económico, los contratos Premym Pyme no constituyen una restricción vertical. Las Pymes no están situadas en ningún punto del proceso productivo de la telefonía móvil, que es lo que define una relación vertical entre empresas, sino que consumen este servicio. Las Pymes no se diferencian en nada de un consumidor final (...)" .

Y respecto del impacto que dichas cláusulas tienen sobre la competencia, es relevante entender la racionalidad competitiva y su efecto en el mercado y en este sentido se afirma en dicho informe:

"... la racionalidad de estos descuentos surge de la existencia de distintos tipos de usuarios PYME en el mercado y la aplicación por parte de Telefónica de una estrategia de segmentación de clientes. En sentido inverso, si Telefónica no reconociera en su política de descuentos la existencia de distintos tipos de usuarios PYME no estaría adoptando una estrategia óptima.

Para implementar esta política de precios es necesario introducir un compromiso de permanencia y para que el mismo se cumpla es necesario que las penalizaciones sean crecientes con el tiempo. Por tanto, la racionalidad de estos descuentos no obedece a un objetivo de distorsionar la competencia en el mercado, por cuanto las penalizaciones no impiden que los consumidores cambien una vez expirados los compromisos de permanencia"

En un segundo informe pericial elaborado por experto independiente titulado "Comentarios a la propuesta de resolución de la CNMC sobre los contratos "Permanencia Premium Especial Pymes" obrante en los folios 2721 a 2774 del expediente administrativo se afirma que:

"El objetivo que justifica los descuentos por permanencia no es impedir o bloquear la entrada de competidores resultando eficientes porque una política de precios que se adapta al distinto perfil de la demanda fomenta el consumo, más que una política de precios que ignora la heterogeneidad de la demanda (...) y para que los descuentos por permanencia sean operativos es evidente que la permanencia ha de cumplirse y si no se cumple el consumidor ha de pagar una penalización apropiada. "

Añade que la resolución impugnada cuenta con dos votos particulares discrepantes:

El primero de ellos afirma que los compromisos de permanencia establecidos en los contratos investigados "en modo alguno afectan a la competencia y no pueden por tanto ser tipificados e incardinados como conductas infractoras en el art. 1 de la LDC ". El segundo discrepa básicamente sobre el cálculo de la sanción, considerando asimismo que no procedía aplicar las normas sobre restricciones verticales porque aplicar el reglamento de verticales no parece ponderado (...) económicamente es absurdo"

Y además existe un voto concurrente en el que se señala que " (...) En este sentido, el ámbito de análisis sobre las restricciones verticales que se plantean en el Reglamento de acuerdos verticales y prácticas concertadas (Reglamento CE 330/2010 y que la literatura económica también ha considerado más habitualmente, se centra en las relaciones entre un productor y un intermediario, sea al por mayor o al por menor. (...)

SÉPTIMO: Para abordar este motivo conviene recordar que, conforme al artículo 1 (Definiciones) del Reglamento (UE) 330/2010, de la Comisión, de 20 de abril de 2010, relativo a la aplicación del artículo 101, apartado 3, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a determinadas categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas,

"A efectos del presente Reglamento, se entenderá por: a) «acuerdos verticales», los acuerdos o prácticas concertadas suscritos entre dos o más empresas que operen, a efectos del acuerdo o de la práctica concertada, en planos distintos de la cadena de producción o distribución y que se refieran a las condiciones en las que las partes pueden adquirir, vender o revender determinados bienes o servicios..."

En su artículo 2, y bajo la rúbrica "Exención", establece que "1. Con arreglo al artículo 101, apartado 3, del Tratado y sin perjuicio de las disposiciones del presente Reglamento, se declara que el artículo 101, apartado 1, del Tratado no se aplicará a los «acuerdos verticales».

Esta exención se aplicará en la medida en que tales acuerdos contengan «restricciones verticales»".

Y añade en el apartado 4 que "La exención prevista en el apartado 1 no se aplicará a los acuerdos verticales suscritos entre empresas competidoras. No obstante, se aplicará cuando empresas competidoras suscriban un acuerdo vertical no recíproco y: a) el proveedor sea un fabricante y un distribuidor de bienes y el comprador sea un distribuidor y no una empresa competidora en el plano de fabricación, o b) el proveedor sea un prestador de servicios en distintos niveles de actividad comercial y el comprador suministre sus bienes y servicios en el nivel minorista y no es una empresa competidora en el nivel comercial en el que compra los servicios contractuales".

El concepto de acuerdo vertical incluye los siguientes elementos:



-El Reglamento solo se aplica a los acuerdos y a las prácticas concertadas, no a las conductas unilaterales de empresas que en su caso, podrían incluirse en el ámbito del art. 102 TFUE y art. 2 de la LDC que prohíbe los abusos e posición dominante si es que tal posición existiese.

- El acuerdo o práctica concertada debe producirse entre dos o más empresas, por lo que no cabe hablar de relación vertical si los acuerdos se celebran entre una empresa y un usuario que adquiere bienes y servicios de esa empresa para su uso o consumo final.

- El acuerdo o la práctica concertada ha de tener lugar entre empresas que, a efectos del acuerdo, operan en planos distintos de una cadena de producción o distribución.

- Los acuerdos o prácticas concertadas han de referirse a las condiciones en que las partes en el acuerdo, el proveedor y el comprador, pueden comprar, vender o revender determinados bienes o servicios.

Pues bien de la prueba pericial aportada, esta Sección considera que a la actora le asiste la razón al considerar acreditado 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.

Los usuarios empresariales contratan los servicios de comunicaciones móviles para su consumo final y no para revenderlos o transformarlos en otro producto relacionado. Es decir, las empresas que firman los contratos Premium Pyme no configuran su oferta en función del operador de comunicaciones móviles con el que tienen contratados sus servicios de comunicaciones. Y a título de ejemplo señala que una empresa de seguros no publicita que su operador de telefonía es Movistar, ya que ello es indiferente para el asegurado.

OCTAVO: A ello debe añadirse la Comunicación de la Comisión de 10 de mayo de 2010 - Directrices relativas a las restricciones verticales [SEC (2010) 411 final] que proporcionan un marco para ayudar a las empresas a dirigir su propia evaluación individualizada de compatibilidad de acuerdos verticales conforme a la normativa sobre competencia de la Unión Europea (UE). Describen el método de análisis y la política de ejecución que utiliza la Comisión en los casos concretos relacionados con los acuerdos verticales conforme al artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE).

Las referidas directrices señalan en síntesis que:

Los acuerdos verticales son acuerdos para la compraventa de bienes o servicios suscritos entre empresas que operan en planos distintos de la cadena de producción o distribución. Los acuerdos de distribución entre fabricantes y mayoristas o minoristas son típicos ejemplos de acuerdos verticales. Los acuerdos verticales que simplemente determinan el precio y la cantidad de una transacción de compraventa específica normalmente no restringen la competencia. No obstante, puede producirse una restricción de competencia si el acuerdo contiene restricciones al proveedor o al comprador. Las **restricciones verticales** no tienen por qué tener solo efectos negativos, sino también pueden tenerlos positivos. Por ejemplo, pueden ayudar al fabricante a introducirse en un nuevo mercado, evitar la situación por la que un distribuidor se aprovecha gratuitamente de los esfuerzos promocionales de otro distribuidor o permitir a un proveedor que deprecie la inversión destinada a un cliente particular.

El hecho de que un acuerdo vertical restrinja realmente la competencia y que, en ese caso, los beneficios superen los efectos contrarios a la competencia a menudo dependerá de la estructura del mercado. En principio, requiere una evaluación individual. No obstante, la Comisión ha adoptado el Reglamento (UE) nº 330/2010, **Reglamento de Exención por Categorías** (REC), que proporciona un puerto seguro a la mayoría de acuerdos verticales. El Reglamento (UE) nº 330/2010 hace, mediante la exención por categorías, que la prohibición del artículo 101, apartado 1, del TFUE no sea aplicable a los acuerdos verticales que cumplan determinados requisitos.

Las presentes Directrices describen el planteamiento adoptado respecto a los acuerdos verticales no cubiertos por el REC. En particular, el REC no se aplicará si la cuota de mercado del proveedor o del comprador supera el 30%. Sin embargo, superar el umbral de la cuota de mercado del 30% no crea una presunción de ilegalidad. Este umbral solo sirve para distinguir los acuerdos que se benefician de una presunción de legalidad de los que requieren un examen individual. Las Directrices ayudan a las empresas a llevar a cabo dicho examen.

Las Directrices establecen normas generales para la evaluación de restricciones verticales y proporcionan criterios para la evaluación de los tipos de restricciones verticales más comunes: marca única (obligaciones de no competir), distribución exclusiva, asignación de cliente exclusivo, distribución selectiva, franquicia, suministro exclusivo, pagos de acceso inicial, acuerdos de gestión por categoría, vinculación y restricciones de los precios de reventa.



La Comisión aplica las siguientes normas generales cuando evalúa restricciones verticales en situaciones en las que no se aplica el REC.

En caso de que la Comisión realice un examen individual, asumirá la carga de la prueba de que el acuerdo en cuestión infringe el artículo 101, apartado 1, del TFUE. Las empresas que deseen acogerse al artículo 101, apartado 3, del TFUE aportarán pruebas de que se cumplen las condiciones necesarias.

La evaluación de si un acuerdo vertical tiene el efecto de restringir la competencia se hará comparando la situación actual o la futura situación probable en el mercado de referencia con restricciones verticales con respecto a la situación que prevalecería a falta de restricciones verticales.

Los efectos anticompetitivos apreciables son probables cuando al menos una de las partes tiene u obtiene cierto grado de poder de mercado y el acuerdo contribuye a la creación, mantenimiento o fortalecimiento de dicho poder de mercado o permite a las partes valerse del mismo.

Las **consecuencias negativas** para el mercado que se pueden derivar de las restricciones verticales que la normativa de competencia de la UE pretende evitar son las siguientes:

- . Exclusión contraria a la competencia de otros proveedores o compradores;
- . Relajación de la competencia y facilitación de la colusión entre el proveedor y sus competidores;
- . Relajación de la competencia entre el proveedor y sus competidores y facilitación de la colusión;
- . Creación de obstáculos a la integración de mercados.

En un mercado en el que los distribuidores individuales distribuyen la marca o marcas de un único proveedor, la reducción de la competencia entre los distribuidores de la misma marca supondrá la reducción de la competencia intramarca. No obstante, si la competencia intramarca es feroz, es poco probable que una reducción de la competencia intramarca tenga efectos negativos para los consumidores. (...)

Es importante reconocer que las restricciones verticales pueden tener **consecuencias positivas** cuando, en particular, fomentan la competencia en aspectos distintos de los precios y mejoran la calidad de los servicios. En general, la eficiencia es mayor para las restricciones verticales de duración limitada, que contribuyen a la introducción de nuevos productos complejos, protegen las inversiones destinadas a determinadas relaciones o facilitan la transferencia de conocimientos.

NOVENO: Pero es que además y 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 competitiva, como son:

1.- La lógica económica de los descuentos ofrecidos por TME reside en rentabilizar de la forma más eficiente posible su red de infraestructuras en función del tipo de clientes existente en el mercado. De este modo TME ofrece un descuento de precios a los que se comprometen a permanecer un número determinado de meses. La alternativa a este contrato es la capacidad de cambiar en cualquier momento, pero a cambio de pagar unos precios más altos, siendo los consumidores los que escogen el que más le conviene.

2.- Es necesario que existan cláusulas de penalización en estos contratos, pues en caso contrario todos los clientes contratarían el compromiso de permanencia para beneficiarse del descuento, ya que el incumplimiento de dicho compromiso no se traduciría en consecuencias desfavorables o negativas.

3.- El sistema de penalización creciente se revela como el más proporcional. Señala el informe pericial que para que una penalización constante o decreciente fuera efectiva, tendría que ser lo suficientemente elevada desde el principio del contrato para que sea efectiva tanto en el momento inicial como antes de la finalización del compromiso de permanencia. El hecho de que la penalización deba ser elevada desde el principio implica que un consumidor que incumple el compromiso de permanencia en el segundo mes y, por tanto que se ha beneficiado del descuento durante solo dos meses, tendría que pagar una penalización superior a este beneficio. En cambio, bajo un sistema de penalización creciente, ésta se va ajustando a lo largo el tiempo, sin exigir a un consumidor que se da de baja al principio del contrato, el pago de unos descuentos de los que aún no se ha beneficiado, presentándose así, como una opción más proporcionada para garantizar el cumplimiento del compromiso de permanencia por parte del cliente que se beneficia de los descuentos a cambio de permanencia.

4.- Los contratos premium de TME con las PYMES y autónomos no distorsionan la competencia y benefician al consumidor al ofrecer precios más bajos, afectar a una parte reducida del mercado y no impiden el cambio



de los clientes entre operadores tal y como se desprende de las páginas 334 y 335 del informe ni crean barreras de entrada para los operadores móviles virtuales (OMVs).

En este sentido conviene destacar como en el voto particular de D. Juan María , se incide en dicha cuestión al señalar como la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones desde el año 2000 ha venido dictando Resoluciones y Circulares que devienen de aplicación a este Expediente. Así y sin ánimo de agotar las mismas (no numerus clausus) procede dejar constancia de las siguientes:

RESOLUCION RO 2006/422 en la que aborda el establecimiento de cláusulas de permanencia.....y acuerda no iniciar expediente sancionador.....examinando los contratos de Telefónica Móviles de España S.A.U. y Vodafone España S.A..

En el Fundamento de Derecho Tercero de dicha Resolución se establece lo siguiente:

"Valoración de las actuaciones practicadas en el periodo de información previa" literalmente se establece:

a) Sobre los efectos de la cláusula de permanencia introducida por TME y Vodafone.

En uso de la habilitación competencial prevista por el Artículo 48.3.g) de la Ley General de Telecomunicaciones , mediante Resolución de esta Comisión de 2 de Febrero de 2006 publicada en el BOE de 10 de Febrero de 2006) se aprobó la definición y análisis del mercado de acceso y originación de las llamadas en las redes públicas de telefonía móvil, la designación de los operadores con poder significativo en el mercado y la imposición de obligaciones específicas (AEM 2005/933).

La Resolución precitada destaca la importancia que a nivel minorista -mercado que no está sometido a obligaciones ex ante conforme a los criterios definidos en el nuevo marco regulatorio- tiene la portabilidad entre operadores de telefonía móvil como instrumento de fomento de la competencia. La Resolución hace también referencia a la política de subvención de terminales como variable competitiva. Como consecuencia de dicha política, la suscripción de compromisos de permanencia se ha desarrollado como una práctica general en el mercado minorista de telefonía móvil, adoptada no sólo por los operadores de red móvil tradicionales, sino también por los nuevos entrantes como Xfera (Yoigo) o Euskaltel. La cláusula de permanencia puede tener por tanto efectos neutros o incluso favorables para el consumidor, en particular si la oferta supone una mejora respecto de otras promociones (como puede ser el caso con la política de subvención de terminales) y prevé indemnizaciones proporcionadas con el descuento percibido por el usuario a la hora de suscribir la promoción.

De las precitadas Resoluciones se desprende, por tanto, que la suscripción por parte de los abonados a los servicios de telefonía móvil de compromisos de permanencia a cambio de determinadas ventajas no debe implicar una barrera a la portabilidad.

Puede concluirse por tanto que las modificaciones contractuales introducidas por TME y VODAFONE no constituyen una causa que pueda retrasar la ejecución de la portabilidad.

b) Sobre las recientes modificaciones introducidas por TME y VODAFONE en la cláusula de permanencia.

La cláusula de permanencia introducida por TME y VODAFONE forma parte de la relación que se establece entre los operadores de telefonía móvil y sus abonados, a través de los correspondientes contratos. Señala TME que la cláusula de permanencia sólo es de aplicación cuando así se pacte expresamente y siempre en presencia de un apoyo económico por parte del operador cuyo servicio se contrata (subvención de terminal; ofertas de precios especiales respecto a los comercializados con carácter general, como por ejemplo, la contratación de una tarifa que conlleva con carácter general una cuota mensual de 3 euros, eliminándose dicha cuota a cambio de un compromiso de permanencia con el servicio Movistar por un determinado número de meses). Consideraciones análogas a las efectuadas por VODAFONE en relación con la cláusula de permanencia suscrita con sus abonados en caso de subvención de un terminal por parte de este operador.

El contenido mínimo del contrato que regula la relación entre el abonado y el operador de telefonía móvil, incluyendo el compromiso de permanencia como condición particular, ha sido objeto de recientes modificaciones auspiciadas por las relaciones entabladas entre operadores y la Secretaría de Estado de Telecomunicaciones y para la Sociedad de la Información. El objetivo último de estas modificaciones ha sido, según manifiestan los operadores, proceder a una clarificación de los términos en que se enmarca la relación operador-abonado.

En particular, interesa reproducir las recientes modificaciones relativas al compromiso de permanencia a suscribir por los abonados, con efectos a partir del 1 de marzo de 2007 efectuadas en el marco del proceso de adaptación al nuevo marco legal que supuso la entrada en vigor de la Ley 44/2006 de 30 de Diciembre, por la que se procede a modificar la Ley 26/1984 de 19 de Julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios.



Conforme al nuevo articulado en los contratos TME "en aquellos supuestos en los que el cliente reciba de TELEFÓNICA MÓVILES DE ESPAÑA SAU un apoyo económico para la adquisición de un terminal u otras condiciones comerciales especialmente ventajosas (en adelante "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 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 DE ESPAÑA SAU, 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 el caso de interrupción definitiva del servicio, cambio de titular 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".

Según alega TME el importe concreto a satisfacer por el abonado en el supuesto de incumplimiento del compromiso de permanencia será en todo caso proporcional al apoyo económico recibido/ahorro económico del que el cliente se ha beneficiado y al número de meses que se ha respetado el compromiso de permanencia. (...)

Conforme al Artículo 105 de la Ley General de Telecomunicaciones "los consumidores que sean personas físicas y otros usuarios finales tendrán derecho a celebrar contratos con los operadores que faciliten la conexión o el acceso a la red de telefonía pública. A la formalización del contrato le será de aplicación la normativa general sobre protección de los consumidores y usuarios". A los efectos del presente expediente, interesa en particular reiterar la aplicabilidad de la Ley 26/1984 de 19 de Julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, recientemente modificada por la Ley 44/2006 de 29 de Diciembre.

Por todo ello y dados los elementos analizados, no se deduce la conveniencia de iniciar el correspondiente procedimiento por parte de esta Comisión. Sin perjuicio de que los hechos denunciados puedan ser examinados, en su caso, por los tribunales ordinarios de la jurisdicción civil a la luz de la normativa vigente en materia de protección de los consumidores y usuarios."

ACUERDO del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de 18 de Diciembre de 1997 en el marco del Expediente R 3946.

"En atención a lo anterior, cabe concluir que la COMPETENCIA para atender esta reclamación no corresponde a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, SINO A LA JURISDICCIÓN ORDINARIA en relación con la defensa de los consumidores y usuarios y al Ministerio de Industria, Comercio y Turismo."

DÉCIMO: Los anteriores razonamientos nos llevan a estimar el presente recurso por falta de tipicidad y porque además consideramos que las conductas analizadas no han afectado a la libre competencia y por tanto no se ha incurrido con ello en las infracciones contempladas en los artículos 1 de la LDC y 101 del TFUE y en cuanto a las costas de conformidad con lo dispuesto en el artículo 139 de la LJCA deben imponerse a la parte demandada al haberse desestimado sus pretensiones.

Vistos los preceptos citados por las partes y demás de pertinente y general aplicación, venimos a pronunciar el siguiente

FALLO

QUE DEBEMOS ESTIMAR Y ESTIMAMOS el recurso interpuesto por la representación procesal de **TELEFÓNICA MÓVILES ESPAÑA SAU** contra la resolución de la CNMC de fecha 29 de octubre de 2014 a la que la demanda se contrae, que anulamos por su disconformidad a Derecho. Se imponen las costas a la Administración demandada.

La presente sentencia, que se notificará en la forma prevenida por el art. 248 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, es susceptible de recurso de casación, que habrá de prepararse ante esta Sala en el plazo de 30 días contados desde el siguiente al de su notificación; en el escrito de preparación del recurso deberá acreditarse el cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 89.2 de la Ley de la Jurisdicción justificando el interés casacional objetivo que presenta.

PUBLICACIÓN.- Una vez firmada y publicada la anterior resolución entregada en esta Secretaría para su notificación a las partes, expidiéndose certificación literal de la misma para su unión a las actuaciones. En Madrid, a 07/09/2017, doy fe.