



Roj: **SAN 2620/2021 - ECLI:ES:AN:2021:2620**

Id Cendoj: **28079230062021100267**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **6**

Fecha: **05/05/2021**

Nº de Recurso: **684/2015**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Procedimiento ordinario**

Ponente: **MIGUEL DE LOS SANTOS GANDARILLAS MARTOS**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA NACIONAL

Sala de lo Contencioso-Administrativo

SECCIÓN SEXTA

Núm. de Recurso: 0000684 /2015

Tipo de Recurso: PROCEDIMIENTO ORDINARIO

Núm. Registro General: 04926/2015

Demandante: Telefónica de España, S.A.U. y Telefónica Móviles de España, S.A.U.

Procurador: DÑA. GLORIA TERESA ROBLED0 MACHUCA

Demandado: COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y DE LA COMPETENCIA

Codemandado: VODAFONE

Abogado Del Estado

Ponente Ilmo. Sr.: D. SANTOS GANDARILLAS MARTOS

SENTENCIA Nº :

Ilma. Sra. Presidente:

Dª. BERTA SANTILLAN PEDROSA

Ilmos. Sres. Magistrados:

D. FRANCISCO DE LA PEÑA ELIAS

D. SANTOS GANDARILLAS MARTOS

D. MARIA JESUS VEGAS TORRES

D. RAMÓN CASTILLO BADAL

Madrid, a cinco de mayo de dos mil veintiuno.

Se ha visto ante esta Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional y bajo el número **684/2015**, el recurso contencioso-administrativo formulado por **Telefónica de España, S.A.U. y Telefónica Móviles de España, S.A.U.** representadas por la procuradora doña Gloria Teresa Robledo Machuca contra la resolución de 16 de julio de 2015, S/0490/13 ACUERDOS TELEFÓNICA/YOIGO, del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia, mediante la cual se le impuso una sanción de multa de 6.000.000 euros.

Ha sido parte la Administración General del Estado defendida por el abogado del Estado.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por las actoras se interpuso recurso contencioso-administrativo mediante escrito presentado en los términos expresados en el encabezamiento, acordándose su admisión mediante decreto, y con reclamación del expediente administrativo.

SEGUNDO.- Se formalizó la demanda mediante escrito en el que, tras alegar los hechos y fundamentos oportunos, terminó suplicando «[P]rimero. Declare nula de pleno Derecho o, subsidiariamente, anule en su integridad la Resolución de 16 de julio de 2015 adoptada el expediente S/0490/13 por la Sala de Competencia del Consejo de la CNMC, que declara la existencia de una infracción única y continuada del artículo 1 de la LDC y del artículo 101 del TFUE y, en particular, declara responsable de dicha infracción a Telefónica y le sanciona con una multa de 6.000.000 de euros.

Segundo. Subsidiariamente respecto de la pretensión anterior, anule parcialmente la Resolución citada y reduzca la mencionada multa conforme a lo expuesto en el cuerpo del presente escrito (fundamentos jurídicos octavo, noveno y décimo).

Tercero. Adicionalmente, para el caso de que se estime el recurso en su integridad o parcialmente, se publique por la CNMC la sentencia estimatoria y una nota de prensa relativa al sentido de la sentencia en su sitio web, que deberá figurar en la página en la que se encuentra publicada la documentación relativa al expediente administrativo, en la sección de novedades de la página de inicio (donde deberá permanecer al menos tres días) y en la página en la que se encuentra el archivo de novedades a partir de ese momento.

Cuarto. Condene a la CNMC a resarcir a Telefónica los gastos soportados como consecuencia de la constitución y mantenimiento del aval exigido por la Sala para otorgar la suspensión cautelar del pago de la multa impuesta por la Resolución de 16 de julio de 2015, gastos que se cuantificarán en ejecución de sentencia de acuerdo con las bases de cálculo establecidas en el cuerpo del presente escrito (fundamento jurídico decimosegunda). [...]».

TERCERO.- El Abogado del Estado, en su escrito de contestación a la demanda, pide la desestimación del recurso.

CUARTO.- Recibido el pleito a prueba, tras el trámite de conclusiones, se señaló para votación y fallo el día 3 de marzo de 2021 en que efectivamente se deliberó y votó.

Ha sido ponente el Ilmo. Sr. don Santos Gandarillas Martos, quien expresa el parecer de la Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Es objeto del presente recurso interpuesto por Telefónica de España, S.A.U. y Telefónica Móviles de España, S.A.U. (en lo sucesivo TELEFÓNICA) la resolución de 16 de julio de 2015, S/0490/13, ACUERDOS TELEFÓNICA/YOIGO, del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia.

En la parte dispositiva de dicha resolución, se indicaba:

«[P]RIMERO.- Declarar que en el presente expediente se ha acreditado una infracción única y continuada del artículo 1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia y del artículo 1 del TFUE, consistente en la suscripción de acuerdos o cláusulas de acuerdos por parte de XFERA MÓVILES, S.A.U., TELEFÓNICA MÓVILES DE ESPAÑA, S.A.U. y TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U. en los mercados de comunicaciones electrónicas, que tienen por objeto y efecto restringir la competencia efectiva en los mismos.

SEGUNDO.- Declarar restrictivas de la competencia y contrarias a los artículos 1 LDC y 101 TFUE las siguientes cláusulas del conjunto de acuerdos relativos a la itinerancia nacional de XFERA MÓVILES S.A.U. sobre la red móvil de TELEFÓNICA MÓVILES DE ESPAÑA, S.A.U., firmados el 29 de abril de 2008, el 15 de octubre de 2010 y el 31 de julio de 2013:

a. La cláusula 5.1 del acuerdo de 29 de abril de 2008 que otorga a TELEFÓNICA MÓVILES DE ESPAÑA, S.A.U. un derecho de veto absoluto sobre la reventa por parte de XFERA MÓVILES, S.A.U. de la capacidad mayorista adquirida, en la medida que restringe sin justificación objetiva suficiente la competencia en el mercado mayorista de acceso y originación de comunicaciones móviles en España, al excluir del mismo a XFERA MÓVILES, S.A.U.

b. La cláusula 5 del acuerdo de 31 de julio de 2013 que permite a TELEFÓNICA MÓVILES DE ESPAÑA, S.A.U. acortar la duración de la itinerancia nacional de XFERA MÓVILES, S.A.U. sobre la red móvil de TELEFÓNICA MÓVILES DE ESPAÑA, S.A.U. al 31 de diciembre de 2014, en el caso de que desde un punto de vista regulatorio o de competencia se pongan objeciones al acuerdo de itinerancia nacional de TELEFÓNICA MÓVILES DE ESPAÑA, S.A.U. sobre la red 4G de XFERA MÓVILES, S.A.U., en la medida que permite a TELEFÓNICA MÓVILES DE ESPAÑA, S.A.U. sin justificación objetiva suficiente eliminar los efectos pro competitivos que derivan

de este bloque de acuerdos, generando la exclusión de XFERA MÓVILES, S.A.U. del mercado minorista de comunicaciones móviles en España.

c. La ejecución de la cláusula primera del acuerdo de 29 de abril de 2008, según consta en el acuerdo de 31 de julio de 2013, que extiende el objeto del acuerdo a la tecnología LTE y que permite a XFERA MÓVILES, S.A.U. la itinerancia nacional sobre la red 4G de TELEFÓNICA MÓVILES DE ESPAÑA, S.A.U. en ámbitos urbanos donde XFERA MÓVILES, S.A.U. disponga o sea razonable desde un punto de vista económico que disponga de red 4G propia, puesto que esto restringiría sin justificación objetiva suficiente la competencia entre TELEFÓNICA MÓVILES DE ESPAÑA, S.A.U. y XFERA MÓVILES, S.A.U. en el mercado minorista de comunicaciones móviles en España.

TERCERO.- Declarar restrictivo de la competencia y contrario a los artículos 1 LDC y 101 TFUE al acuerdo de itinerancia nacional de fecha 31 de julio de 2013, que permite el acceso a TELEFÓNICA MÓVILES DE ESPAÑA, S.A.U. a la red 4G de XFERA MÓVILES, S.A.U.

CUARTO.- Declarar restrictivas de la competencia y contrarias a los artículos 1 de la LDC y 101 del TFUE las siguientes previsiones contenidas en el acuerdo de agencia de 31 de julio de 2013, en virtud del cual XFERA MÓVILES, S.A.U. puede distribuir los servicios de comunicaciones electrónicas fijos de TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U.:

a. La cláusula tercera, en la medida que permite cada 6 meses a TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U. dejar sin efecto el acuerdo de agencia, lo que puede ser utilizado por TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U. como instrumento de retorsión para disciplinar el comportamiento competitivo de XFERA MÓVILES, S.A.U. en los mercados afectados en España.

b. La limitación contenida en el manual operativo acordado por TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U. y XFERA MÓVILES, S.A.U. el 12 de agosto de 2013 ("Oferta base: operativa de atención y tramitación") a la capacidad de XFERA MÓVILES, S.A.U. de captar a los clientes de banda ancha fija preexistentes de TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U. en el marco de este acuerdo de agencia, lo que constituye una restricción desproporcionada a la competencia que puede plantear XFERA MÓVILES, S.A.U. con sus ofertas convergentes de servicios fijos-móviles, lo que contribuye a limitar la competencia entre XFERA MÓVILES, S.A.U. y TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U. en el mercado minorista de comunicaciones móviles.

c. La configuración y comercialización de los productos de comunicaciones fijas de TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U. incluidos por este operador en el acuerdo de agencia, en la medida que la limitación en la comercialización autónoma de estos productos de comunicaciones fijas por parte de TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U., al comercializar este operador de forma más activa productos de contenido equivalente más caros para el consumidor final, permite a TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U. utilizar su autonomía en la fijación de los precios de estos productos de comunicaciones fijas incluidos en el acuerdo de agencia como instrumento de retorsión para disciplinar el comportamiento competitivo de XFERA MÓVILES, S.A.U. en los mercados afectados en España.

QUINTO.- De acuerdo con la responsabilidad atribuida en el Fundamento de Derecho Séptimo, declarar responsables de la citada infracción a las siguientes empresas:- XFERA MÓVILES, S.A.U.-TELEFÓNICA MÓVILES DE ESPAÑA, S.A.U. y TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U., solidariamente.

SEXTO.- Imponer a las autoras responsables de la conducta infractora las siguientes multas:

- A XFERA MÓVILES, S.A.U una multa de 300.000 euros.

- A TELEFÓNICA MÓVILES DE ESPAÑA, S.A.U. y TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U., solidariamente, una multa de 6.000.000 euros. [...]».

Podemos destacar como antecedentes más relevantes en los que se sustenta la resolución, los siguientes:

1.- El 29 de agosto de 2013, tuvo entrada en el registro de la Comisión Nacional de Competencia (CNC), un escrito de Vodafone España, S.A.U. (en adelante, VODAFONE), por el que formuló denuncia contra TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U., TELEFÓNICA MÓVILES DE ESPAÑA, S.A.U. (la referencia a ambas se hará de manera indistinta como TELEFÓNICA) y XFERA MÓVILES, S.A.U. (en lo sucesivo a lo largo de todo el recurso la referencia se hará a YOIGO), en relación con una serie de acuerdos firmados entre ambos operadores el 31 de julio de 2013, en el marco de los cuales se produce, además, la operación de concentración por la que Abertis Telecom, S.A.U. (ABERTIS) adquiere el control exclusivo de un conjunto de torres para prestar servicios de comunicaciones móviles, junto con la infraestructura adyacente, tanto de TELEFÓNICA como de YOIGO.

2.- Se abrió, por la Dirección de Competencia (DC), una información reservada durante la que se solicitó a TELEFÓNICA y YOIGO los contratos y acuerdos suscritos.

3.- El 12 de septiembre de 2013, la entidad ORANGE ESPAGNE, S.A.U. (en adelante, ORANGE) presentó un escrito de denuncia por los mismos hechos.

4.- El 5 de noviembre de 2013 se acordó la incoación de expediente sancionador contra TELEFÓNICA y YOIGO por conductas prohibidas en el artículo 1 de la LDC y 101 TFUE. Durante el procedimiento se admitió la personación de varios interesados.

5.- El 10 de septiembre de 2014, la DC adoptó el Pliego de Concreción de Hechos.

6.- El 11 de noviembre de 2014, tras la presentación de alegaciones, la DC dictó la Propuesta de Resolución con sanción a TELEFÓNICA y YOIGO por infracción de los artículos 1 de la LDC y 101 del TFUE, consistente en la suscripción de acuerdos o cláusulas de acuerdos entre ambos operadores, que tienen por objeto y efecto restringir la competencia efectiva en los mercados de comunicaciones electrónicas. Se rechazó la terminación convencional del procedimiento a propuesta de TELEFÓNICA.

7.- Tras comunicar el expediente a la Comisión y requerir a las dos entidades citadas para que informaran sobre el volumen de negocios correspondiente al año 2014, el 16 de julio de 2015 se dictó por el Consejo, la resolución objeto del presente recurso.

SEGUNDO.- En síntesis, el acuerdo de la CNMC sancionó tanto a TELEFÓNICA como a YOIGO (I) en relación al contrato de itinerancia nacional celebrado en el año 2008 por ambas compañías, por el que TELEFÓNICA permitía a YOIGO el uso de su red móvil con las tecnologías 2G, 3G y 4G, por la reserva de un derecho de veto que impedía a YOIGO revender a terceros la capacidad de red de Telefónica. A juicio de la CNMC esta limitación impedía que YOIGO pudiera prestar servicios mayoristas a operadores móviles virtuales y suponía una restricción de la competencia sin suficiente justificación objetiva.

(II) En julio de 2013, las dos empresas firmaron un nuevo acuerdo de itinerancia por el que TELEFÓNICA podía acceder a la red 4G de YOIGO. La resolución sancionadora consideró que restringía la competencia al limitar la independencia, en cobertura y calidad, entre las dos compañías y constituía una disminución de la presión competitiva en relación con el uso de las redes 4G. No se apreciaron razones objetivas que justificaran el acuerdo entre competidores en zonas donde ambos operadores habían desplegado o podían desplegar sus propias redes.

(iii) También en julio de 2013, TELEFÓNICA y YOIGO suscribieron otro acuerdo por el cual esta última podía ofrecer a sus clientes productos minoristas de TELEFÓNICA. Este contrato permitió a YOIGO hacer de manera directa ofertas fijo-móvil y seguir ejerciendo una presión competitiva en el mercado. Sin embargo, se estableció una limitación para la captación a los clientes preexistentes de TELEFÓNICA, lo que a juicio de la CNMC suponía una restricción desproporcionada a la competencia. También se permitía a TELEFÓNICA poner fin al contrato cada seis meses. Esta cláusula podría ser usada como un instrumento de presión a YOIGO, restringiendo su capacidad para planificar y consolidar su estrategia competitiva.

TERCERO.- Antes de entrar en el fondo del análisis de los distintos argumentos con los que se pretende anular la resolución impugnada, es necesario hacer unas consideraciones previas en torno al mercado y su estado al tiempo en que sucedieron los hechos que constituyeron el soporte fáctico de la sanción.

Los operadores móviles con red propia (OMR) que operaban en el año 2006 eran cuatro y, por tanto, eran los concesionarios del uso del espectro radioeléctrico necesario para desarrollar su propia red de acceso móvil (TELEFÓNICA, VODAFONE, ORANGE y YOIGO). A YOIGO, le correspondían 30 MHz en la banda de 1.800 MHz, y 35 MHz (5 no pareados) en la banda de 2.100 MHz. En 2011, se adjudicaron concesiones regionales en la banda 2.600 MHz a nuevos operadores licenciatarios. Concretamente, a JAZZTEL, TELECABLE, ONO, R CABLE, EUSKALTEL, TELECOM CASTILLA-LA MANCHA Y EL CONSORCIO DE TELECOMUNICACIONES AVANZADAS.

A parte de los operadores con red propia, los operadores móviles virtuales (OMV) son aquellos que en el mercado no cuentan con concesiones de espectro radioeléctrico (salvo en algunos casos en las bandas de 2.600 MHz 10), ni perspectivas de obtenerlas para desplegar redes propias. Para ofrecer servicios utilizan las redes de los OMR a través de los servicios mayoristas de acceso y oxigenación sobre redes móviles.

La extinta CMT detectó un poder significativo de los operadores TELEFÓNICA, VODAFONE y ORANGE, por lo que impuso a cada uno de los tres la obligación de poner a disposición de terceros, a precios razonables, todas las condiciones necesarias para la prestación de los servicios de acceso a los minoristas.

Junto a los tres citados, YOIGO con las limitaciones de cobertura con red propia, podría confeccionar un servicio mayorista para OMV siempre y cuando completase su propia cobertura con acuerdos mayoristas de itinerancia nacional con OMR.

En aquel momento, en España ningún OMV ofrecía el servicio minorista de comunicaciones móviles a sus clientes utilizando la tecnología 4G, lo que podía deberse a varios factores, entre los cuales se encontraría el que las condiciones de las ofertas mayoristas realizadas por los OMR no fueran suficientemente competitivas para los OMV.

En el mercado mayorista de acceso indirecto a banda ancha fija, TELEFÓNICA era el único operador que tenía una red con cobertura nacional a través de la que podía ofrecer servicios de comunicaciones fijas, y fue declarada la CMT como operador con poder significativo en los mercados mayoristas de acceso físico a infraestructuras de red, incluido el acceso compartido o completamente desagregado en una ubicación fija (mercado 4), y de acceso de banda ancha indirecto al por mayor (mercado 5), por lo que fue sometida a determinadas obligaciones regulatorias. Tenía la obligación de facilitar el acceso mayorista a su red a los operadores alternativos que quieran dar servicios de comunicaciones fijas, a través de las diferentes modalidades técnicas existentes [GigADSL, ADSL-IP y mediante el Nuevo Servicio Ethernet de Banda Ancha (NEBA) de TELEFÓNICA, que permite adquirir capacidad tanto de bucles de cobre (ADSL) como de fibra FTTH].

En este marco se firmaron los siguientes acuerdos:

1.- Un contrato de 29 de abril de 2008 y sus adendas, suscritos entre TELEFÓNICA y YOIGO, cuyo objeto era la prestación del servicio de itinerancia nacional por parte de TELEFÓNICA a YOIGO, que permitía a esta última la utilización de las redes de acceso 2G y 3G de TELEFÓNICA, por un periodo de 5 años y 3 meses, prorrogable tácitamente por periodos de un año, con una ampliación para incluir la tecnología 4G.

2.- Un acuerdo marco de fecha 31 de julio de 2013 y su adenda, suscrito entre TELEFÓNICA, YOIGO y ABERTIS, cuyo objeto era fijar el proceso de reestructuración y racionalización de las infraestructuras móviles de TELEFÓNICA y YOIGO, que implicaba la adquisición por parte de ABERTIS de determinadas infraestructuras pasivas de TELEFÓNICA y YOIGO, y la obligación de esta de dar cobertura a terceros operadores y, en particular, a TELEFÓNICA y YOIGO.

3.- Un contrato de fecha 31 de julio de 2013, suscrito entre TELEFÓNICA y YOIGO, cuyo objeto es el uso por parte de TELEFÓNICA de la red de acceso 4G de YOIGO sobre 1800 MHz.

4.- Una serie de acuerdos firmados con fecha 31 de julio de 2013 entre TELEFÓNICA y YOIGO, cuyo objeto era la contratación por parte de YOIGO de nuevas capacidades de transmisión en la red de transporte de TELEFÓNICA, ampliando los acuerdos anteriormente existentes de 2010.

5.- Un contrato de fecha 31 de julio de 2013, en virtud del cual TELEFÓNICA autorizaba a YOIGO a poner a disposición de sus clientes minoristas determinados servicios fijos de TELEFÓNICA (voz y datos). Con este acuerdo, YOIGO tenía la capacidad de prestar servicios convergentes.

CUARTO.- A pesar de que el escrito de demanda lo relega al último lugar, un orden procesal exige que examinemos en primer lugar la caducidad. Dice que el plazo para dictar y notificar la resolución venció el 26 de junio de 2015, fue adoptada el 16 de julio y fue notificada a Telefónica el 21 de julio de 2015. Sin mayores argumentos, dice no estar conforme con la STS de 26 de julio de 2016, e invoca la anterior de 15 de junio de 2015.

Poco podemos decir sobre esta alegación. Podrá o no podrá compartir la recurrente la jurisprudencia del Tribunal Supremo, que precisamente rectificó un anterior criterio de esta Sala. Sin embargo, establecida y fijada la interpretación solo nos queda seguirla, a pesar de las discrepancias, no justificadas, de la demanda.

QUINTO.- El escrito de demanda hace un resumen de los acontecimientos que llevaron a la CNMC a la imposición de la sanción. Acto seguido, invoca la nulidad de la resolución por vulnerar el principio de tipicidad en la aplicación del artículo 1 de la LDC, del artículo 101 del TFUE y el derecho a la presunción de inocencia de TELEFÓNICA por inexistencia de prueba de cargo suficiente, en relación con el acuerdo de itinerancia sobre la red de TELEFÓNICA. Afirma que la CNMC no explica porque estos acuerdos tienen un objeto y un efecto anticompetitivo, cuando en la Decisión T-Mobile/O2, la Comisión Europea analizó un acuerdo de itinerancia análogo y sostuvo lo contrario. Se consideró que un acuerdo de itinerancia es un acuerdo cuyo objetivo es esencialmente técnico y por ello no restrictivo de la competencia.

Para dar una correcta respuesta a los distintos motivos invocados es necesario el un análisis de cada uno de los acuerdos y cláusulas en las que se centra la sanción. A pesar de que sí existe relación entre todos, la diversidad de objetos y mercados afectados aconsejan un análisis separado.

Comencemos por el contrato de itinerancia nacional de YOIGO sobre la red de TELEFÓNICA suscrito en abril de 2008 para las redes 2G, 3G y 4G.

(i) Este acuerdo permitía a YOIGO hacer uso de las redes 2G, 3G y 4G de TELEFÓNICA. (ii) No se permitía a YOIGO revender, alquilar o, de cualquier otra manera, poner a disposición de terceros, distintos de los usuarios finales de sus servicios, ninguna funcionalidad de red o servicio objeto del contrato sin la autorización previa de TELEFÓNICA. (iii) YOIGO debía proporcionar a TELEFÓNICA, con periodicidad trimestral, estimaciones de tráfico y clientes, y cualquier otro tipo de información que sea necesaria para la consecución del contrato. (iv) Se preveía la resolución anticipada para el caso de que por decisión de un organismo regulador se hiciese imposible la ejecución del contrato suscrito entre las partes con fecha 31 de julio de 2013, mediante el cual YOIGO cede su red 4G a TELEFÓNICA. (v) TELEFÓNICA ofrecía a YOIGO descuentos por volumen de facturación de hasta un 23%. (vi) YOIGO no podía celebrar contratos o acuerdos de contenido similar o idéntico con otros operadores móviles de red en España.

Reconoce la CNMC que los acuerdos de itinerancia suelen ser acuerdos de cooperación técnica entre operadores y, por su naturaleza, no suelen ser restrictivos de la competencia. Además, pueden resultar pro competitivos cuando permiten operadores de red más pequeños o nuevos entrantes ofrecer servicios minoristas propios con cobertura nacional, abarcando incluso zonas eminentemente rurales, con tráficos medios más reducidos.

No obstante, también reconoce que en determinadas circunstancias pueden limitar la competencia a nivel de infraestructuras de red entre los operadores, al eliminar la diferenciación entre los operadores, así como en términos de calidad y capacidad de transmisión. Además, estos acuerdos suelen conllevar un intercambio de información sensible entre los operadores, tanto la evolución del despliegue como los tráficos previstos, y pueden permitir al operador servidor tener acceso a información comercial sensible sobre los tráficos y costes del operador al que presta el servicio. Por ello, a la hora de valorar los posibles efectos restrictivos es necesario el examen pormenorizado de cada acuerdo a efectos de valorar la aplicabilidad de la exención legal prevista en los artículos 1.3 de la LDC y 101.3 del TFUE. Tras este análisis, concluye que el acuerdo principal firmado en 2008 y sus adendas, «desde un punto de vista global» tienen un carácter restrictivo de la competencia, sin perjuicio de que el mismo produzca eficiencias y ventajas para el interés público a los efectos de la aplicación al mismo de las exenciones legalmente previstas.

También afirma la resolución que se trata de un acuerdo entre dos operadores que compiten directamente en el mismo mercado y que además tienen capacidad suficiente para acometer sus propios despliegues, que tiene el efecto de restringir la competencia en infraestructuras de redes lo que afecta también a los servicios minoristas, al tener que estar basados en coberturas, calidades y capacidad de transmisión similares. Limita la independencia de YOIGO para configurar sus propios servicios y garantizar la calidad de los mismos a sus clientes, ya que dependerá de TELEFÓNICA.

Esta dependencia se hizo patente en el 2013 respecto de la «tarifa infinita» comercializada por YOIGO. En esa ocasión, tuvo lugar una discrepancia sobre la inclusión en el contrato de itinerancia nacional de la tecnología que soportaban los servicios prestados por YOIGO (HSPA+). TELEFÓNICA consideró que esta tecnología no se encontraba incluida en el contrato y amenazó formalmente a YOIGO con resolver el mismo de no cesar el servicio. YOIGO, formalmente, la acusó de querer «expulsar a un competidor, aprovechando la débil posición de los operadores que, (...) requieren de un servicio mayorista para poder competir en el mercado». La CNT resolvió el conflicto con fecha 25 de julio de 2013, declarando que la citada tecnología debía considerarse incluida en el contrato de itinerancia nacional.

Con la adenda de 31 de julio de 2013, se permitió a YOIGO la itinerancia nacional sobre la red LTE en la banda 1.800 MHz de TELEFÓNICA, con lo que podía hacer uso de la red 4G que esta última tenía en zonas pobladas en las que YOIGO disponía de su red propia o capacidad para desplegarla, con lo cual aumentaba su dependencia y reducía la ambición en los planes de despliegue. Concluye que este acuerdo no permitía a YOIGO diferenciarse plenamente de un competidor como TELEFÓNICA en los aspectos relacionados con las redes, al tener que hacer uso de sus redes 2G, 3G y 4G.

SEXTO.- No podemos dar una respuesta a este litigio sin tener presente lo dicho en otro supuesto análogo como la sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 2 de mayo de 2006, asunto T-328/03, que resolvía el recurso que interpuso por O2 (Germany) GmbH & Co. OHG, frente a la Decisión 2004/207/CE, relativa a un procedimiento con arreglo a lo dispuesto en el artículo 81 del Tratado CE y el artículo 53 del Acuerdo EEE (asunto COMP/38.369 T-Mobile Deutschland/O2 Germany: Compartición de redes), tomada por la Comisión sobre el acuerdo marco de 20 de septiembre de 2001, relativo al uso compartido de infraestructuras e itinerancia nacional para las telecomunicaciones móviles de tercera generación 3G, en el mercado alemán.

A partir de esta sentencia podemos hallar las líneas interpretativas para poder resolver el supuesto que ahora nos ocupa, con la dificultad o las variantes que el casuismo y la evolución técnica del mercado impliquen. Nos recuerda que para apreciar la compatibilidad de un acuerdo con el mercado común, a la luz de la prohibición

establecida en el artículo 81 CE, apartado 1, es preciso examinar el contexto económico y jurídico en el que se sitúa el acuerdo (sentencia del Tribunal de Justicia de 25 de noviembre 1971, Béguelin Import, 22/71, Rec. p. 949, apartado 13), su objeto, sus efectos y si el acuerdo afecta a los intercambios intracomunitarios, así como los productos o servicios contemplados en el acuerdo, la estructura y condiciones reales de funcionamiento del mercado afectado (sentencia del Tribunal de Justicia de 12 de diciembre de 1995, Oude Littikhuis y otros, C-399/93, Rec. p. I-4515, apartado 10).

Este método de análisis es de aplicación general y no está reservado a una categoría de acuerdos (sentencias del Tribunal de Justicia de 30 de junio de 1966, Sociétés Technique Minière, 56/65, Rec. pp. 337 y ss., especialmente pp. 359 y 360, y de 15 de diciembre de 1994, DLG, 0250/92, Rec. p. I-5641, apartado 31, y las sentencias del Tribunal de Primera Instancia de 27 de octubre de 1994, John Deere/Comisión, T-35/92, Rec. p. II-957, apartados 51 y 52, y de 15 de septiembre de 1998, European Night Services y otros/Comisión, T-374/94, T-375/94, T-384/94 y T-388/94, Rec. p. II-3141, apartados 136 y 137).

En estos casos, donde en principio el acuerdo no resulta contrario a la competencia, para proceder a su prohibición es necesario, quizás con mayor rigor y precisión, exigir que se reúnan los elementos que prueben que el juego de la competencia ha resultado de hecho, bien impedido, bien restringido o falseado de manera sensible. Tiene especial relevancia partir de la situación real en la que se habría encontrado la competencia si no existiera el acuerdo objeto del litigio y puede considerarse que no se ha producido una alteración de la competencia cuando se comprueba que dicho acuerdo era realmente necesario para lograr la penetración de una empresa en una zona en la que no intervenía, (sentencia Sociétés Technique Minière, antes citada, pp. 359 y 360).

Esto no significa que se haga un balance de los efectos del acuerdo favorables y contrarios a la competencia y a aplicar de este modo una regla de razón, (sentencia del Tribunal de Justicia de 8 de julio de 1999, Montecatini/Comisión, C-235/92 P, Rec. p. 4539, apartado 133; sentencias del Tribunal de Primera Instancia M6 y otros/Comisión, antes citada, apartados 72 a 77, y de 23 de octubre de 2002, Van den Bergh Foods/Comisión, T-65/98, Rec. p. II-4653, apartados 106 y 107). El examen que se exige en el marco del artículo 81 CE, apartado 1, consiste fundamentalmente en tomar en consideración el impacto del acuerdo sobre la competencia actual y potencial, (sentencia del Tribunal de Justicia de 28 de febrero de 1991, Delimitis, C-234/89, Rec. p. I-935, apartado 21) y la situación de la competencia en caso de no existir acuerdo (sentencia Sociétés Technique Minière, ya citada, pp. 359 y 360), aspectos ambos que están intrínsecamente vinculados.

Bajo estas premisas debe analizarse el acuerdo sancionador que nos ocupa.

SÉPTIMO.- Los términos en los que se expresa la demanda, que no por su extensión resulta más clara, inducen a pensar que la CNMC ha sancionado el acuerdo de itinerancia por el que TELEFÓNICA permitía a YOIGO la utilización de su red, cuando en realidad no fue así. Este acuerdo no es objeto de sanción, sino solo alguna de sus cláusulas. Tampoco nos extraña la confusión ya que, en ciertos pasos, el razonar de la resolución sancionadora, nos induce a creer que fue el acuerdo de itinerancia en que justificó la imposición de la sanción.

Afirma la Administración española que los acuerdos de itinerancia no suponen una restricción de la competencia. Compartimos plenamente este planteamiento inicial que, además, fue el ratificado por el Tribunal de Primera Instancia. Sin embargo, la CNMC hace suyas expresiones que fueron utilizadas por la Comisión para explicar la sanción que este órgano impuso tras el examen del contrato de itinerancia alemán. No obstante, la contradicción reside en el postulado inicial, ya que para la Comisión el contrato de itinerancia, en aquel caso, era per se restrictivo de la competencia, mientras que para la CNMC en el que enjuiciamos no lo es.

Reprodujo el acuerdo sancionador expresiones traídas de la Comisión referidas al contrato de itinerancia alemán y recogidas en la sentencia tales como que este contrato «*[r]estringe la competencia en la cobertura porque en vez de desarrollar su propia red para obtener el grado máximo de cobertura del territorio y de la población, un operador en itinerancia se basará en el grado de cobertura alcanzado por la red del operador de acogida [...]*», cuando en nuestro caso no pueden tener el mismo alcance. También añadió que «*[l]a itinerancia nacional también restringe la competencia en cuanto a la calidad de la red y en cuanto a los índices de transmisión, puesto que el operador de itinerancia se verá restringido por la calidad de la red y los índices de transmisión disponibles en la red de acogida, que están en función de las decisiones técnicas y comerciales tomadas por el operador de la red de acogida [...]*». Estas razones, invocadas por la Comisión y reproducidas en la STJPI (82), son literalmente recogidas por la CNMC en su resolución, cuando insistimos fueron utilizadas para justificar decisiones de diferente sentido.

No alcanzamos a comprender porque la CNMC hizo suyas afirmaciones de la Comisión que iban referidas conceptualmente a reputar ilícito el acuerdo de itinerancia cuando, partiendo de la licitud de contrato de itinerancia, debió exclusivamente centrarse en el contenido de las cláusulas que sí reputó contrarias a derecho.

Esta motivación, que podríamos calificar «in aliunde», lejos de dar luz a la resolución sancionadora la enturbia. La confusión también se expresó al publicarse la propia nota de prensa de la CNMC dando a conocer el contenido de la sanción como si lo castigado fuera también la itinerancia.

Es probable que por este motivo una parte relevante del escrito de demanda se dedicara a justificar innecesariamente ante la Sala las bondades de los acuerdos de itinerancia, cuando la resolución solo declaró la ilegalidad de determinadas partes o cláusulas.

Sin embargo, no existen dudas de que el acuerdo de itinerancia, en lo que respecta a la posibilidad de que YOIGO utilizara la red de TELEFÓNICA, por sí solo no era anticompetitivo, ya que permitía la incorporación de otro operador en áreas rurales, en las que antes del acuerdo le hubiera resultaba inviable acceder. El problema solo radica en determinadas cláusulas y acuerdos que acompañaron a la itinerancia.

OCTAVO.- Hecha esta aclaración, el debate solo debe centrarse en la concretas cláusulas que la CNMC consideró contrarias a la competencia y por ello sancionables.

La primera que nos ocupa es la 5.1 del acuerdo de 29 de abril de 2008, por la que se otorgaba a TELEFÓNICA un derecho de veto absoluto sobre la reventa por parte de YOIGO de la capacidad mayorista adquirida. Consideró la Administración que restringía sin justificación objetiva suficiente la competencia en el mercado mayorista de acceso y originación de comunicaciones móviles en España, al excluir del mismo a YOIGO. Con esta cláusula se impedía que YOIGO pudiera revender, alquilar o de cualquier otra manera poner a disposición de terceros distintos de los usuarios finales de sus servicios la funcionalidad de red o servicio objeto del contrato sin la autorización previa de TELEFÓNICA.

Afirma la demanda que no se hace una correcta apreciación de lo que fue calificado como un derecho de veto, puesto que lo que se regula es una «opción» que exige que TELEFÓNICA ofrezca una justificación para el supuesto en el que decida (razonadamente) no autorizar la reventa. Hace especial hincapié en que en 2008, antes de la adopción del acuerdo y a falta de una red propia, YOIGO no tenía ninguna opción de entrar en dicho mercado, por lo que es una limitación de una situación competitiva creada tras la suscripción del acuerdo. Subsidiariamente, deberían aplicarse los artículos 1.3 de la LDC Y 101.3 del TFUE, ya que los pactos de itinerancia se fijaron la previsión de que fuera YOIGO la que accediera a la red. Considera que no se ha eliminado la competencia y ni el artículo 1.3 de la LCD ni el artículo 101.3 del TFUE prevén, como pretende la CNMC, la existencia de un interés general prevalente como motivo para inaplicar la exención que contemplan. La sujeción de la reventa a autorización es la única forma o la menos restrictiva que permite asegurar la amortización de la inversión y preservar la capacidad futura de TELEFÓNICA.

Incidir como hace la demanda sobre el hecho de que YOIGO no hubiera podido entrar en el mercado está fuera de lugar, puesto que ya hemos constatado que un acuerdo de itinerancia que permitía el acceso a la red de TELEFÓNICA no es anticompetitivo. Debemos centrarnos solo y exclusivamente en la restricción introducida con esta cláusula. Para valorar la legalidad de la cláusula es necesario el examen de las circunstancias que la rodearon. Si bien es cierto que con la utilización de la red por parte de YOIGO se crea una situación pro competitiva, la cláusula que se acompaña al acuerdo no ha sido debidamente justificada ni en sentido jurídico, ni en sentido técnico ni en sentido económico.

Compartimos, con los matices que expresaremos, las razones dadas por la resolución sancionadora que consideró que la prohibición de reventa de la capacidad de red de TELEFÓNICA ha sido un obstáculo para que YOIGO preste servicios mayoristas de acceso móvil a escala nacional.

Ha supuesto una restricción a la entrada de un nuevo competidor en ese mercado mayorista que perjudica directamente a YOIGO. Prueba de los efectos restrictivos de la cláusula se evidenció con la imposibilidad de YOIGO de acceder al mercado mayorista en el año 2013 a través de PEPEPHONE, cuyo acuerdo no se pudo concluir ante la negativa de TELEFÓNICA de permitir a YOIGO revender su capacidad de red.

Tampoco se apreció o quedó acreditado la existencia de un riesgo técnico y económico para TELEFÓNICA, como consecuencia de ceder el uso de su red a terceros. El incremento de tráfico que resultaría de la posibilidad de que YOIGO revendiera el acceso que tenía contratado con TELEFÓNICA a PEPEPHONE, podría ser soportado con el dimensionado de aquel momento, sin que se requirieran inversiones significativas por parte de TELEFÓNICA.

De esa manera y de no ser por esta restricción, YOIGO podría haber sido el primer OMR en llegar a un acuerdo con un OMV para ofrecer servicios mayoristas sobre la tecnología 4G, representando una innovación en cuanto a los servicios ofrecidos en el mercado. Mientras que TELEFÓNICA, a pesar de ser el operador con un menor número de OMVs en su red, es quien aglutinaba la mayor parte del mercado desde que consiguió ser el prestador de los servicios mayoristas a YOIGO. Por lo tanto, de no existir la citada cláusula, YOIGO

habría entrado en el mercado mayorista de referencia configurándose como un nuevo agente, lo que hubiese provocado, por un lado, un aumento de la presión competitiva.

El único matiz que cabe hacer a las acertadas valoraciones de la Administración es que, dado el tipo de infracción por objeto, ni tan siquiera hubiera sido necesario que tuviera lugar una efectiva restricción de la competencia, ni una merma real para el desarrollo de YOIGO en la prestación de servicios a OMVs; bastaba, para que la cláusula resultara ilícita, la sola posibilidad de que la restricción competitiva pudiera producirse. Recordando lo dicho por la STS 1 de enero de 2019, recurso 4323/2017, «[u]na vez establecida la conclusión de que nos encontramos ante una infracción por el objeto, no se precisa determinar los efectos negativos que la conducta infractora ha tenido o puede tener sobre el mercado ya que, por su propia naturaleza, son aptas para incidir en el comportamiento de las empresas en el mercado, ni es posible rebatir esta apreciación mediante observaciones basadas en que los acuerdos colusorios no tuvieron efectos relevantes en el mercado.

Así se desprende también de una abundantísima jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, que ha sido recogida y aplicada por el Tribunal Supremo (véanse, en este sentido, las sentencias de 13 de julio de 1966, Consten y Grundig/Comisión, 56/64 y 58/64, Rec. pp. 429 y ss., especialmente p. 496; de 21 de septiembre de 2006, Nederlandse Federatieve Vereniging voor de Groothandel op Elektrotechnisch Gebied/Comisión, C-105/04 P, Rec. p. I-8725, apartado 125, y Beef Industry Development Society y Barry Brothers. [...]).

Por todo ello, la llamada autorización previa supone un derecho de veto que conlleva una injustificada restricción de la competencia que no ha sido debidamente justificada.

En cuanto a la aplicación de los artículos 1.3 de la LDC Y 101.3 del TFUE, como dijimos entre otras en nuestra sentencia de 31 de julio de 2020, recurso 472/2016, «[ú]nicamente pueden tenerse en cuenta los beneficios objetivos, lo que significa que las eficiencias no se evalúan desde el punto de vista subjetivo de las partes. Asimismo, el nexo causal entre el acuerdo y las eficiencias alegadas debe ser directo. Las eficiencias han de ser calculadas o estimadas con la mayor exactitud posible. El acuerdo restrictivo ha de ser, en sí, razonablemente necesario para obtener las eficiencias y, a su vez, cada restricción de la competencia derivada del acuerdo debe ser a la vez razonablemente necesaria para la obtención de las eficiencias, esto es, las eficiencias deben ser específicas al acuerdo de manera que no exista otra forma económicamente viable y menos restrictiva para alcanzarla, teniendo en cuenta las circunstancias particulares del caso. Por lo demás, la participación equitativa de los consumidores en el beneficio resultante debe compensar a estos por cualquier perjuicio real o probable ocasionado por la restricción de la competencia. [...]».

NOVENO.- La siguiente cláusula que analizamos es la 5ª del acuerdo de 31 de julio de 2013. En la adenda suscrita el 31 de diciembre de 2013, las partes modificaron la vigencia del contrato para extenderlo por un periodo adicional de dos años hasta el 31 de diciembre de 2016, manteniendo el mecanismo de prórroga tácita anual a partir de dicha fecha. Con la introducción de esta quinta cláusula se permitía a TELEFÓNICA acortar la duración de la itinerancia nacional de YOIGO sobre la red móvil de TELEFÓNICA al 31 de diciembre de 2014, en el caso de que desde un punto de vista regulatorio o de competencia se pusieran objeciones al acuerdo de itinerancia nacional de TELEFÓNICA sobre la red 4G de YOIGO.

Entendió la CNMC que con ello se permitía a TELEFÓNICA, sin justificación objetiva suficiente, eliminar los efectos pro competitivos que derivan de este bloque de acuerdos, generando la exclusión de YOIGO del mercado minorista de comunicaciones móviles en España. Se condiciona la duración del contrato de 2008, a expensas de la licitud de otro posterior, lo que podía afectar a las previsiones, estrategia, política comercial y expectativas de YOIGO, cuando la previsión era hasta 2016. También podía ser utilizada como instrumento de presión sobre YOIGO, que correría el riesgo de tener que modificar sobre la marcha su estrategia competitiva para hacer frente a la posible pérdida de cobertura nacional en España que generaría la rescisión anticipada de su acuerdo de itinerancia nacional sobre la red de TELEFÓNICA.

Esta nueva condición resolutoria dejaba a TELEFÓNICA en una posición de clara prevalencia sobre YOIGO, ante la posibilidad de ejercer una presión injustificada sobre un competidor directo que tenía el efecto de eliminar la independencia de actuación de YOIGO en el mercado, al quedar condicionado a una eventual decisión de TELEFÓNICA en relación con la vigencia del acuerdo en un momento no previsto inicialmente por las partes.

También consideró que este escenario de incertidumbre, en relación con la vigencia del acuerdo, se traslada igualmente a los mercados que pudieran quedar afectados por las relaciones entre ambos operadores derivadas del mismo, tanto en sus relaciones minoristas como mayoristas. Se generaba una cierta inestabilidad en las garantías que ofrecía YOIGO, que además podía ser desconocida por los terceros a los que prestaba servicios el operador.

No podemos compartir las conclusiones a las que llega la resolución sancionadora por dos razones principales. En primer término, como nos recordó la STPI (77), es preciso llevar a cabo un examen objetivo de

la situación de la competencia en caso de no existir el acuerdo. Se requiere y es obligado hacer un análisis objetivo del impacto del acuerdo sobre la situación de la competencia. Es decir, qué habría ocurrido sin la existencia de este acuerdo. Además, este acuerdo, de por sí, tenía una razón de ser temporal a la espera, por lo que sí parece justificado que una vez vencido, si las partes accedían a ello, se prorrogaría, pero no significa que forzosamente este periodo de tiempo de prorrogado debiera coincidir materialmente con el límite temporal fijado como duración del acuerdo inicial. Y tampoco basta con una descripción del contexto económico, jurídico y técnico en el que el acuerdo tiene lugar, los mercados de referencia, los mercados geográficos o datos sobre la estructura del mercado, considerando en particular quiénes eran los competidores reales o potenciales en los diferentes mercados.

En segundo término, la rescisión no dependía de la sola decisión de TELEFÓNICA, se requería, como condición necesaria, que un órgano regulador se pusieran objeciones al acuerdo de itinerancia nacional. Literalmente decía que *«[E]ste acuerdo quedará resuelto de pleno derecho en el supuesto de que como consecuencia de la resolución por un organismo regulador se hiciese imposible la ejecución del contrato suscrito para la prestación del servicio mayorista de roaming LTE de fecha el 31 de julio de 2013. En tal caso ambas partes podrán resolver definitivamente el contrato principal el 31 de diciembre de 2014 [...]»*.

Es cierto que no existe una excesiva precisión en lo que debía entenderse por «objeciones» y, dado el caso, debía haberse interpretado el alcance de esta circunstancia, extremo que no consta tuviera lugar. Lo que sí descartamos es la unilateralidad y posición de prevalencia que la CNMC atribuye a TELEFÓNICA con la introducción de esta cláusula, en la medida que para que resultara aplicable era necesaria la previa intervención del órgano regulador. Si no se ponían objeciones por la propia CNMC, esta cláusula ni operaba ni se habría podido aplicar.

Por otro lado, tiene sentido que una previsión entre competidores esté condicionada, en cuanto a su validez y eficacia, a una posterior aceptación del órgano regulador. En realidad, todas lo estarían y lo están, lo que podría hacer irrelevante este tipo de acuerdos, pero no significa que sean contrarias a la competencia, al menos en los términos en los que ha sido motivado por la resolución impugnada.

DÉCIMO.- De los acuerdos relativos a la itinerancia nacional de YOIGO sobre la red móvil de TELEFÓNICA, recogidos en el apartado segundo de la parte dispositiva de la resolución, nos resta por examinar la ejecución de la cláusula primera del acuerdo de 29 de abril de 2008, y que según consta en el acuerdo de 31 de julio de 2013, extiende el objeto del acuerdo a la tecnología LTE y permitía a YOIGO la itinerancia nacional sobre la red 4G de TELEFÓNICA, en ámbitos urbanos donde YOIGO dispusiera o fuera razonable desde un punto de vista económico que dispusiera de red 4G propia. Consideró la CNMC que restringiría sin justificación objetiva suficiente la competencia entre TELEFÓNICA y YOIGO en el mercado minorista de comunicaciones móviles en España.

Afirma la resolución, en su página 59, para justificar este apartado que *«[l]a posibilidad de hacer uso de la red 4G de TELEFÓNICA en zonas pobladas en las que tiene red propia o capacidad para desplegarla, además de tener el potencial efecto de eliminar en los ámbitos afectados la independencia de YOIGO para llevar a cabo su propio despliegue o hacer uso de su propia red y poder así diferenciarse de TELEFÓNICA, también tiene el potencial efecto de reducir la ambición en los planes de despliegue que pueda tener previstos YOIGO en relación con esta tecnología. (...) no permite a YOIGO diferenciarse plenamente de un competidor como TELEFÓNICA, en los aspectos relacionados con las redes, al tener que hacer uso de sus redes 2G, 3G y 4G. [...]»*.

Detectamos en este concreto punto una falta de motivación de las razones por las que se impuso la sanción, en la medida que el resto de las razones vinculadas a este punto en concreto son meramente descriptivas del mercado, de los operadores y de su eventual evolución. No encontramos las razones por las que la CNMC llega a tal conclusión, y parece más conjetura que una razón objetiva para justificar la restricción en la que se sustenta la sanción.

No podemos concluir este bloque de la resolución sancionadora para corroborar que, en todo el proceso y desarrollo de los acuerdos, tuvo lugar un intercambio de información relativo a estrategias de despliegue de redes, previsiones de volumen de tráfico y de clientes, incompatible entre competidores, que permitía a ambas empresas obtener información estratégica de un competidor directo. Ahora bien, este intercambio de información, aunque no fuera sancionado de manera directa o autónoma, sirvió para explicar y confirmar la ilegalidad de las cláusulas.

UNDÉCIMO.- En el punto tercero de la resolución impugnada se sanciona el acuerdo de itinerancia nacional de fecha 31 de julio de 2013, que permite a TELEFÓNICA el acceso a la red 4G de XFERA MÓVILES, S.A.U. En virtud de este acuerdo, YOIGO prestaba a TELEFÓNICA un servicio de itinerancia nacional sobre la red LTE de YOIGO. Durante tres años, prorrogables automáticamente por años adicionales, YOIGO daría servicio de acceso a datos 4G a TELEFÓNICA en las zonas urbanas donde YOIGO haya desplegado su red 4G.

En principio, estamos ante otro acuerdo de itinerancia como el anterior, donde en este caso es YOIGO la que permite a TELEFÓNICA el acceso a su red urbana de 4G. En virtud de este acuerdo, al margen de los aspectos técnicos, (i) YOIGO se comprometía a informar a TELEFÓNICA de la evolución del despliegue de su red hasta completar la fase III mediante informes detallados semanales de la topología de su red (cláusula quinta). (ii) El punto de entrega de tráfico de datos desde YOIGO hacia TELEFÓNICA se producía en cada una de los nodos LTE de YOIGO, en lugar de en un único punto, lo que da a TELEFÓNICA un mayor control sobre las condiciones y la calidad del servicio (cláusula quinta). (iii) TELEFÓNICA se comprometía a proporcionar a YOIGO información detallada relativa al uso de sus clientes de la red LTE de YOIGO a partir de la que se producirá la facturación del servicio de itinerancia nacional. (iv) TELEFÓNICA se comprometía a no revender, alquilar o facilitar que operadores terceros puedan hacer uso del acceso contemplado en el acuerdo sin autorización de YOIGO.

Fueron varias las razones, a juicio de la CNMC, a considerar en este acuerdo de itinerancia contrario a las normas de competencia. Consideró que limitaba la independencia en cobertura y calidad en tre YOIGO y TELEFÓNICA, en relación con una tecnología a la que únicamente pueden acceder los operadores de red, por lo que el acuerdo entre dos de ellos supone una disminución de la presión competitiva en relación con el uso de las redes 4G y los servicios que derivan de las mismas. Circunstancia que se ve agravada porque TELEFÓNICA es el principal operador de comunicaciones móviles en España.

Teniendo capacidad TELEFÓNICA de desplegar su propia red de 4G en estos ámbitos urbanos, como de hecho hizo, YOIGO habría sacrificado la ventaja comercial que hubiese adquirido al poder realizar una oferta comercial de servicios 4G anticipada a la de su competidor. Con ello se elimina la posibilidad de diferenciación de YOIGO respecto a la cobertura 4G de TELEFÓNICA, y además se reduce la ambición en los planes de despliegue que inicialmente tenía previstos YOIGO.

Afirma que era evidente que TELEFÓNICA tenía capacidad para desplegar su propia red 4G sin necesidad de firmar este acuerdo de itinerancia nacional con YOIGO. Negó que existieran razones objetivas que pueden justificar el acuerdo entre competidores alcanzado, si tenemos en cuenta la posición de TELEFÓNICA en el mercado de comunicaciones móviles y su capacidad de despliegue de redes 4G de forma independiente. A diferencia de lo que sucedía en el acuerdo de itinerancia nacional de YOIGO, la desventaja de TELEFÓNICA no es estructural sino que deriva exclusivamente de una errónea decisión estratégica de la operadora con capacidad sobrada para responder a posteriori a las acciones de sus competidores en un plazo breve de tiempo.

No parece razonable el elevado desembolso económico que hizo TELEFÓNICA por este acuerdo de itinerancia si el único objetivo hubiese sido asegurarse que los pocos usuarios urbanos de TELEFÓNICA, que dispusieran a fecha 1 de agosto de 2013 de terminales adaptados para operar en la banda 1.800 MHz, pudieran tener acceso a servicios 4G. Hubieran bastado unos dos meses para poder disfrutar de ese servicio a través de la red propia de TELEFÓNICA, como demuestra el hecho de que TELEFÓNICA hizo un despliegue significativo de su red 4G en ese plazo.

Considera que lo que perseguía TELEFÓNICA con el acuerdo era anular la ventaja comercial de VODAFONE, ORANGE y YOIGO que pretendían, en el primer semestre de 2013, emprender la decisión estratégica de iniciar el despliegue de sus redes 4G sobre la banda de 1.800 MHz, para lanzar comercialmente el servicio 4G en verano de 2013. Con ello se consiguió reducir la ventaja comercial con respecto a sus competidores directos, lo que creó un precedente que podía desincentivar a que, en un futuro, VODAFONE, ORANGE y YOIGO intentasen diferenciarse temporalmente en términos de tecnologías o cobertura de TELEFÓNICA.

TELEFÓNICA consiguió mejorar su cobertura de red y/o su capacidad de transmisión en algunas de las principales ciudades de España, donde más intensivamente se utiliza el servicio 4G y donde pueden sufrir problemas de saturación, sin realizar las mismas inversiones que sus competidores para coberturas equivalentes. Además, el acuerdo supuso el intercambio de datos estratégicos que puede dar lugar a efectos restrictivos de la competencia ya que reduce la independencia de las partes para tomar decisiones disminuyendo sus incentivos para competir.

La información estratégica puede referirse a precios (es decir, precios reales, descuentos, aumentos, reducciones o rebajas), listas de clientes, costes de producción, cantidades, volúmenes de negocios, ventas, capacidades, calidades, planes de comercialización, riesgos, inversiones, tecnologías y programas de I+D y los resultados de estos.

A pesar de que, en principio, un acuerdo de itinerancia no tiene porque ser restrictivo de la competencia, la respuesta de la Sala frente a este contrato no puede ser la misma que en el caso de la cesión por parte de TELEFÓNICA de su red a YOIGO. En primer lugar, TELEFÓNICA ocupaba una clara posición de dominio como referente en el mercado de las telecomunicaciones como primer operador; luego con este acuerdo no se habilitaba el acceso al mercado de un incipiente operador menor. En segundo lugar, las razones técnicas por las que se firmó el acuerdo no han sido suficientemente justificadas por TELEFÓNICA. A la firma del convenio

esta empresa sí disponía de las condiciones técnicas para realizar el despliegue de la red 4G en zonas urbanas, como efectivamente así ocurrió al poco tiempo de la firma del acuerdo.

Una de las razones invocadas por la demanda es que el precio pagado por el uso de la red, que ascendía a 25.000.000 de euros en los primeros meses de vigencia del acuerdo, luego se compensaría con los pagos futuros que debiera hacer TELEFÓNICA por consumir estos servicios de itinerancia nacional o por los servicios de terminación en la red de YOIGO. Era un precio de mercado y no es cierto que con ello se pretendiera financiar la red 4G de YOIGO. Frente a esta afirmación, al margen de que fuera excesivo como afirma la CNMC o que fuera un valor de mercado como sostiene la actora, lo que no aparece suficientemente justificado a la luz del potencial técnico y comercial de TELEFÓNICA era la necesidad del propio acuerdo de itinerancia, salvo que las solapadas razones fueran las detectadas por la Administración.

Se pregunta la demanda porque la CNMC no le permite a TELEFÓNICA suscribir un acuerdo de itinerancia para reducir la ventaja competitiva de sus competidores, pero sí se lo permite a YOIGO. Y que en todo caso lo que se estaría sancionando es el abuso de posición de dominio de los artículos 2 de la LDC y 102 del TFUE, y no una práctica restrictiva de la competencia. La duda que expresa la actora parte de una premisa falsa. Nadie le ha reconocido a YOIGO la posibilidad de suscribir un acuerdo de itinerancia cuya finalidad sea la de reducir ventaja competitiva a otros sino todo lo contrario. La bondad de un contrato de itinerancia se justifica, siendo un pacto horizontal, en que precisamente facilita o permite la incorporación al mercado de otro competidor, no restringir o limitar la competencia de los que ya existen. Además, no se está proscribiendo el abuso de posición de dominio. Lo que hace la resolución es valorar, como dijo el TPI, las concretas condiciones objetivas, subjetivas y del mercado que tienen lugar en cada caso concreto para hacer una correcta interpretación del acuerdo.

Por lo que se refiere al intercambio de información, sostiene la demanda que era necesaria para la gestión y funcionamiento del acuerdo. Sin embargo, rechazada la bondad del acuerdo, también debe reputarse contrario a la competencia toda la información que ello conlleva.

DÉCIMO SEGUNDO.- Quedan por resolver apartados del acuerdo de agencia de 31 de julio de 2013, en virtud del cual YOIGO podía distribuir los servicios de comunicaciones electrónicas fijos de TELEFÓNICA.

El acuerdo tenía por objeto que YOIGO promoviera la contratación, a través de sus habituales canales de venta y en nombre y por cuenta de TELEFÓNICA, ciertos servicios fijos prestados por TELEFÓNICA (llamadas y ADSL). Con este contrato, YOIGO accedía a la posibilidad de prestar servicios convergentes de telecomunicaciones. En la práctica, YOIGO distribuía los servicios fijos de TELEFÓNICA junto con sus propios servicios móviles, en una oferta convergente fijo- móvil donde la parte móvil le correspondía a YOIGO.

Se consideraron contrarias a la competencia (1) la cláusula tercera, que permitía cada 6 meses a TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U. dejar sin efecto el acuerdo de agencia. A juicio de la CNMC podía ser utilizado por TELEFÓNICA como instrumento de retorsión para disciplinar el comportamiento competitivo de YOIGO en los mercados afectados en España; (2) la limitación contenida en el manual operativo acordado por TELEFÓNICA y YOIGO el 12 de agosto de 2013 «Oferta base: operativa de atención y tramitación», a la capacidad de YOIGO de captar a los clientes de banda ancha fija preexistentes de TELEFÓNICA en el marco de este acuerdo de agencia; y (3) la limitación en la comercialización autónoma de estos productos de comunicaciones fijas por parte de TELEFÓNICA, que le permitiría modificar las condiciones económicas unilateralmente.

En síntesis, sobre este particular el escrito de demanda afirma que YOIGO nunca, hasta ese momento, había operado en el ámbito de la telefonía fija ni como operador independiente ni como distribuidor o agente de los productos de terceros, por lo que no eran competidores como afirma la CNMC. YOIGO no tenía capacidad para entrar en el mercado de la telefonía fija, dado que su situación económica en ese momento lo hacía inviable.

El contrato de agencia permitía a YOIGO formular ofertas convergentes de manera inmediata sin tener que desplegar su propia red de comunicaciones fijas. Esto ni incentivaba ni desincentivaba la entrada en el mercado de la telefonía fija por parte de YOIGO, todo dependía de que decidiera afrontar una inversión o la percibiera como rentable. No se ha probado la relación causa efecto entre la falta de entrada de YOIGO en el mercado de telefonía fija y el contrato de agencia. Niega que la cláusula que regula la duración del Contrato de Agencia tenga efectos restrictivos. Considera incoherente atribuir efectos anticompetitivos a una cláusula de limitación temporal. Aporta el documento en el anexo 4, donde queda acreditado que, una vez terminado el contrato de agencia el 31 de enero de 2016, la posición de YOIGO en el mercado se había consolidado de manera evidente. Tampoco la limitación de la capacidad de YOIGO de captar clientes de Telefónica tiene efectos restrictivos, solo impide a YOIGO la venta de tales productos a aquellos clientes de TELEFÓNICA que tienen contratado el servicio sobre fibra óptica, no a los demás clientes.

La posibilidad de que TELEFÓNICA modifique los precios aplicables a los servicios objeto del contrato de agencia no tiene efectos restrictivos. TELEFÓNICA no tiene obligación alguna de facilitar a YOIGO la capacidad

de competir en el Mercado valiéndose de la propia red de TELEFÓNICA. La regulación ex ante aplicable al Mercado 15 no obliga a TELEFÓNICA a conceder a YOIGO acceso a su red propia para que YOIGO preste servicios mayoristas a otros operadores, por lo que la cláusula de reventa contenida en el acuerdo de itinerancia sobre la red de TELEFÓNICA es conforme con la regulación ex ante aplicable a dicho mercado. Se le está imponiendo una obligación de acceso que va mucho más allá de lo exigido por la Resolución del Consejo de la CMT de 2 de febrero de 2006. Ha constituido una nueva obligación de conceder acceso a YOIGO a la red TELEFÓNICA, no solo para que YOIGO preste servicios a sus clientes finales (acceso minorista) sino también para que preste servicios a otros operadores (acceso mayorista).

Para dar respuesta a esta alegación, recordemos que el manual operativo explicitaba que (i) en la oferta base sobre cobre solo se podrían contratar por clientes nuevos, clientes solo voz, portabilidades, traspasos y clientes que ya tuvieran un producto base sobre cobre. (ii) En los productos base sobre fibra solo se podían contratar por clientes nuevos, clientes solo voz, portabilidades, traspasos, clientes que ya tuvieran un producto base sobre cobre o fibra, clientes que tenga BAF fija sobre cobre.

Esta previsión impedía que un cliente que ya tuviera BAF con Movistar sobre fibra pudiera contratar ningún paquete de la oferta Base. Si tenía BAF sobre cobre sí podía podrá contratar un producto Base sobre fibra pero no sobre cobre. No se permitirán posventas de fibra Base a cobre Base. También sobre estos apartados compartimos las razones que puso de relieve la resolución impugnada para sancionarlas.

Pese a la inicial apariencia de estar ante un pacto pro competitivo, las condiciones que se implementan de facto impiden a YOIGO competir por la captación, a través de su oferta comercial convergente, sobre una parte significativa de los clientes fijos de TELEFÓNICA, lo que limita significativamente la presión competitiva que pudiera llevar a cabo sobre TELEFÓNICA en el mercado minorista de comunicaciones móviles.

Del mismo modo que se impide que YOIGO acceda a clientes ya fidelizados por TELEFÓNICA, esta si se beneficia del acuerdo y está en disposición de acaparar mayores clientes a través del contrato firmado con YOIGO. Es decir, incrementa su potencial de venta gracias a la intervención de un competidor, que tiene limitadas sus capacidades de competir frente a un determinado cliente del mercado.

Esta desigualdad en contrato de agencia genera un desequilibrio a la hora de la comercialización por YOIGO de los productos de TELEFÓNICA y constituye una restricción desproporcionada y no justificada de la competencia, que podría plantear YOIGO con sus ofertas convergentes de servicios fijos-móviles en el mercado minorista de comunicaciones móviles. Siendo en principio un acuerdo que podría ampliar el marco de actuación de otro competidor, esta restricción comercial no resulta conforme a las previsiones del artículo 1 de LDC. Tampoco lo es la restricción o limitación temporal del acuerdo y, en concreto, la posibilidad de que TELEFÓNICA pueda rescindirlo cada seis meses, impide por un lado que YOIGO pueda llegar a consolidarse como un oferente efectivo de productos convergentes fijo-móvil, y por otro, concede a TELEFÓNICA un instrumento de presión para disciplinar el comportamiento competitivo de YOIGO en los mercados afectados en España. No existe ninguna justificación que explique, razonablemente esta limitación del contrato de agencia en manos de una operadora.

Estas circunstancias bastan, por sí solas, para justificar la restricción y sanción en los términos contemplados por el acuerdo. A pesar de que esta Sala no considera suficientemente explicada la posible restricción que hace la CNMC sobre la posibilidad de modificar unilateralmente los precios del componente fijo de la oferta convergente de YOIGO, a través de la modificación llevada a cabo en la página de ofertas de TELEFÓNICA, la medida de que a pesar de su estrategia comercial de colocar sus productos más caros con la oferta de Movistar, el paquete BASE de YOIGO podría resultar siempre más barato. Esta estrategia no derivaría directamente del Contrato de Agencia, sino de la propia dinámica de márketing de TELEFÓNICA.

En definitiva, no se amparan las cláusulas en los artículos 1.3 de la LDC y 101.3 del TFUE, puesto que constituyen una limitación significativa y no justificada de la presión competitiva de YOIGO sobre TELEFÓNICA en el mercado minorista de comunicaciones móviles, por lo que no estarían cubiertos por la exención prevista.

DÉCIMO TERCERO.- Considera la actora que la resolución es constitutiva de desviación de poder en el ejercicio de la potestad sancionadora, en la medida en que se dicta con la finalidad de modificar la regulación ex ante aplicable al mercado 15 y situar a YOIGO como cuarto operador en dicho mercado.

No podemos compartir esta afirmación, no ya por la regulación del mercado, sino porque de quien parten los acuerdos son de las operadoras y lo que hizo la CNMC es analizarlos desde la previsión de los artículos 1 de la LDC y 101 de la TFUE. No se trata de una iniciativa de la Administración sino de una reacción a las decisiones de dos operadores, que bajo la cobertura de los acuerdos de roaming, que como dijimos en principio puedan tener carácter pro competitivos, algunas de sus previsiones no superaron el test de competencia.

DÉCIMO CUARTO.- En octavo lugar, (i) cuestiona la motivación de la multa impuesta.

(ii) Considera infringido el artículo 63 de la LDC, en relación con la jurisprudencia y la propia práctica decisonal de la CNMC que lo interpreta, que exige seguir un método de cálculo lógico para el cálculo de la multa, al fijar una cuantía a tanto alzado que no se basa en el cálculo de un porcentaje de sanción racionalmente vinculado a la gravedad de los hechos y a las circunstancias de la participación de cada una de las empresas, y posteriormente aplicado al dato de volumen de negocios relevante para garantizar la capacidad de pago de cada una de las empresas. (iii) La infracción del derecho a la igualdad de trato, en la medida en que sanciona con mayor intensidad a TELEFÓNICA de manera injustificada. La CNMC considera que TELEFÓNICA debe ser multada con mayor intensidad por tener una posición en el mercado prevalente. Tal posición prevalente de TELEFÓNICA en abstracto, no es una circunstancia que justifique que a TELEFÓNICA se le deba atribuir una responsabilidad mayor por los ilícitos declarados en la Resolución.

Sobre este motivo, hay que tener en cuenta que la sanción se impuso siguiendo los criterios establecidos por la sentencia de 29 de enero de 2015, recurso 2872/2013, que se reitera en la de 30 de enero de 2015, recurso 2793/2013. La infracción se calificó como muy grave, conforme al artículo 62.4 de la LDC, lo que llevaba aparejada una multa de hasta el 10% del volumen de negocios total de los infractores en el ejercicio inmediatamente anterior al de imposición de las sanciones, (año 2014), fija el artículo 63.1.c) de la LDC, constituye, como dijo el Tribunal Supremo, en un límite máximo para esta infracción.

No se justifican las quejas en torno a la supuesta vulneración de la igualdad de trato y falta de motivación cuando la sanción impuesta para ambas empresas era significativamente inferior al 1% del volumen de negocio total de cada una.

La sanción se movió dentro de los márgenes y criterios marcados por la jurisprudencia del Tribunal Supremo, sin que existan razones fundadas en las que podamos apreciar arbitrariedad o falta de motivación de la sanción impuesta.

DÉCIMO QUINTO.- De los anteriores razonamientos se desprende que el presente recurso debe ser parcialmente estimado, con anulación en parte de la resolución impugnada, en la medida que deben reputarse contrarias a los artículo 1 de la LDC y 101 del TFUE las cláusulas a las que se refiere la parte dispositiva del acuerdo, a excepción de las identificadas en los apartados b) y c) de punto segundo.

DÉCIMO SEXTO.- De conformidad con lo establecido en el artículo 139.1 de la LJCA no procede hacer especial pronunciamiento en costas, debiendo soportar cada parte las causadas a su instancia.

FALLAMOS

Que debemos estimar en parte el recurso contencioso-administrativo interpuesto por **Telefónica de España, S.A.U. y Telefónica Móviles de España, S.A.U.** representadas por la procuradora doña Gloria Teresa Robledo Machuca contra la resolución de 16 de julio de 2015, S/0490/13 ACUERDOS TELEFÓNICA/YOIGO, del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia, y anulamos parcialmente el acuerdo sancionador en cuanto a la sanción que le fue impuesta en los términos expresado en el fundamento décimo quinto de esta sentencia; sin hacer expresa condena en costas.

La presente sentencia es susceptible de recurso de casación que deberá 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.

Lo que pronunciamos, mandamos y firmamos.