



Roj: **SAN 2551/2022 - ECLI:ES:AN:2022:2551**

Id Cendoj: **28079230082022100249**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **8**

Fecha: **13/05/2022**

Nº de Recurso: **1603/2019**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Procedimiento ordinario**

Ponente: **SANTIAGO PABLO SOLDEVILA FRAGOSO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA NACIONAL

Sala de lo Contencioso-Administrativo

SECCIÓN OCTAVA

Núm. de Recurso: 0001603 /2019

Tipo de Recurso: PROCEDIMIENTO ORDINARIO

Núm. Registro General: 11522/2019

Demandante: "Vodafone España, S.A.U. y de Vodafone Ono, S.A.U."

Procurador: D^a. ASCENSIÓN DE GRACIA LÓPEZ- ORCERA

Demandado: COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y LA COMPETENCIA

Codemandado: TELEFÓNICA DE ESPAÑA SAU

Abogado Del Estado

Ponente Ilmo. Sr.: D. SANTIAGO PABLO SOLDEVILA FRAGOSO

SENTENCIA N° :

Ilmo. Sr. Presidente:

D. FERNANDO LUIS RUIZ PIÑEIRO

Ilmos. Sres. Magistrados:

D^a. MERCEDES PEDRAZ CALVO

D. SANTIAGO PABLO SOLDEVILA FRAGOSO

Madrid, a trece de mayo de dos mil veintidós.

VISTO, en nombre de Su Majestad el Rey, por la Sección Octava de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, de la Audiencia Nacional, el recurso n° **1603/19**, seguido a instancia de las mercantiles "**Vodafone España, S.A.U. y de Vodafone Ono, S.A.U.**", representadas por la procuradora de los tribunales D^a. **Ascensión de Gracia López-Orcera**, con asistencia letrada, y como Administración demandada la General del Estado, actuando en su representación y defensa la Abogacía del Estado. Ha comparecido en calidad de **codemandada**, la mercantil **Telefónica de España SAU**, representada por la procuradora de los tribunales D^a. **Carmen Ortiz Cornago**. El recurso versó sobre impugnación de resolución de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia (CNMC), la cuantía se estimó indeterminada e intervino como ponente el Magistrado **Don Santiago Soldevila Fragoso**. La presente Sentencia se dicta con base en los siguientes:

ANTECEDENTES DE HECHO



PRIMERO: Para el correcto enjuiciamiento de la cuestión planteada es necesario el conocimiento de los siguientes hechos:

1. Mediante escrito presentado ante la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia (CNMC) el 10 de agosto de 2018, Vodafone denunció que una serie de promociones comercializadas por Telefónica durante el mes de agosto de 2018, incumplían la regulación sectorial de las resoluciones de la CNMC de 24 de febrero de 2016 y de 6 de marzo de 2018.

2. La primera de las resoluciones citadas, que denominaremos la resolución de los mercados de banda ancha, es la resolución de los mercados de banda ancha, por la que se aprueba la definición y análisis del mercado de acceso local al por mayor facilitado en una ubicación fija y los mercados de acceso de banda ancha al por mayor, la designación de operadores con poder significativo de mercado y la imposición de obligaciones específicas, y se acuerda su notificación a la Comisión Europea y al Organismo de Reguladores Europeos de Comunicaciones Electrónicas (ANME/DTSA/2154/14/Mercados 3a 3b 4).

3. La segunda es la resolución, que denominaremos resolución ERT, por la que se aprueba la metodología para la determinación del test de replicabilidad económica de los productos de banda ancha de Telefónica comercializados en el segmento residencial y se acuerda su notificación a la Comisión Europea y al Organismo de Reguladores Europeos de Comunicaciones Electrónicas (OFMIN/DTSA/004/16 Test de replicabilidad económica residencial).

4. En particular, Vodafone denunció las dos siguientes campañas promocionales:

a) Promociones consistentes en la gratuidad del componente audiovisual Premium de los paquetes Fusión de alto valor hasta diciembre de 2018.

b) Promociones consistentes en el descuento del 50% de la cuota mensual de los empaquetamientos Fusión Series 100Mb, Fusión Series 600Mb, Fusión+2 600Mb Ocio Total, Fusión +2 Fútbol Total, Fusión 600Mb, Premium y Fusión+4 600Mb Premium durante 364 días.

5. Vodafone subrayó en su denuncia que dichas prácticas comerciales se produjeron en el contexto de la denominada "guerra del fútbol" en el verano de 2018 en los términos que, según relata de Vodafone, se exponen a continuación:

-Vodafone decidió no adquirir los contenidos de la temporada 18/19 de los canales de fútbol de la Oferta Mayorista de Canales de Telefónica, para centrarse en los contenidos de cine y series.

-Vodafone subraya que, como consecuencia de ello y de la metodología legalmente establecida por la resolución de la CNMC de 22 de abril de 2015, el coste de adquisición para Telefónica de los contenidos de fútbol aumentaba.

-Vodafone denuncia que, como represalia, Telefónica implementó las mencionadas promociones en los meses de agosto y septiembre de 2018 para presionar y perjudicarle, mediante una discriminación abusiva en términos de precios incumpliendo, además, las obligaciones de comunicación de ofertas minoristas.

6. Vodafone señaló, en concreto, que la práctica antijurídica de Telefónica consistió en el ofrecimiento de un mismo producto (diversos paquetes Fusión+) a precios distintos en función de la procedencia del cliente al que iba dirigido.

7. Así, para los clientes de Vodafone, se ofrecía un descuento del 50% durante 12 meses, descuento superior al ofrecido a otros clientes, en concreto a los clientes procedentes de Orange, en las que el descuento era aplicado durante 6 meses.

8. Mediante resolución de 25 de julio de 2019 de la Sala de Supervisión Regulatoria, se acordó:

-"Archivar la denuncia formulada por Vodafone España, S.A.U. contra Telefónica de España, S.A.U. por la comercialización de determinadas promociones:

Al no haber quedado acreditado que las mismas supongan un incumplimiento de las obligaciones de comunicación de ofertas minoristas,

Impliquen la comercialización de una oferta minorista de carácter no indefinido de duración superior a doce meses, o

Supongan una discriminación abusiva de precios,

En los términos establecidos en la Resolución de 24 de febrero de 2016, por la cual se aprueba la definición y análisis del mercado de acceso local al por mayor facilitado en una ubicación fija y los mercados de acceso de banda ancha al por mayor, y

en la Resolución de 6 de marzo de 2018, por la que se aprueba la metodología para la determinación del test de replicabilidad económica de los productos de banda ancha de Telefónica comercializados en el segmento residencial.

-Desestimar la solicitud de Vodafone en relación a la modificación del tratamiento que reciben las ofertas minoristas de carácter no indefinido en el marco del test de replicabilidad económica establecido en la Resolución de 6 de marzo de 2018, por la que se aprueba la metodología para la determinación del test de replicabilidad económica de los productos de banda ancha de Telefónica comercializados en el segmento residencial".

SEGUNDO: Por la representación de la actora se interpuso recurso Contencioso-Administrativo contra la resolución precedente, formalizando demanda con la súplica de que se dictara sentencia declarando la nulidad del acto recurrido por no ser conforme a derecho. La fundamentación jurídica de la demanda se basó en las siguientes consideraciones:

I. *Carácter abusivo, por discriminación, de las promociones de verano de 2018 de Telefónica:*

Vodafone subraya que la práctica de Telefónica es particularmente grave porque establece un trasvase de posición dominante del mercado audiovisual en el que Telefónica tiene una cuota de mercado superior al 80%, al mercado de las telecomunicaciones y de la banda ancha fija en el que también supera el 50% del valor del mercado.

Vodafone parte de las tres afirmaciones básicas de la resolución impugnada para posteriormente impugnarlas:

1. Mediante la primera afirmación, la CNMC sostiene que la actuación de Telefónica, que admite que fue selectiva, se ha desarrollado en un momento temporal excepcional, caracterizado por la aparición de una amplia bolsa de clientes demandantes de contenidos premium (y en particular, contenidos de fútbol) con mayor disposición a cambiar de operador tras la reconfiguración de la oferta audiovisual de Vodafone.

La resolución de la CNMC reconoce que "el uso de promociones selectivas por parte de un operador con posición significativa de mercado (PSM), que es el caso de Telefónica, tiene el potencial de generar distorsiones en el desarrollo de la competencia y el correcto funcionamiento de los mercados", añadiendo que esto es "especialmente cierto en el caso de los mercados minoristas de banda ancha fija". Por esta razón, la resolución de mercados impuso a Telefónica, como obligación en materia de replicabilidad económica, la prohibición de desarrollar prácticas minoristas consistentes en discriminaciones abusivas en términos de precios.

Vodafone replica afirmando que:

-Esas circunstancias concurren en este caso, pues Telefónica, como Operador PSM, ofrece sustanciales descuentos de manera selectiva, siendo de mayor intensidad para clientes provenientes de operadores concretos, en especial Vodafone.

-El análisis de las circunstancias del mercado realizado por la CNMC es incompleto y sesgado, ya que se analiza la demanda como posible criterio, pero se obvia el análisis de la oferta de ese tipo de contenidos

-Al respecto, señala que el número de operadores que ofrecen productos convergentes con contenidos premium, fútbol incluido, estaba limitado en el momento concreto de las promociones denunciadas a Telefónica y Orange.

-Invoca el precedente, entre otros, de la resolución de 22 de abril de 2015 (expediente C/0612/14, en el que la CNMC impuso a Telefónica obligaciones específicas con ocasión de la adquisición de DTS Distribuidora de Televisión Digital, S.A. y destaca el incumplimiento de Telefónica constatado en la resolución de 4 de mayo de 2017 (Expte VCE/0612/14 Telefónica/DTS).

-Debe tenerse en cuenta además, que, cualquier otro operador como antes VODAFONE, adquiere parte de esos contenidos en el marco de la Oferta Mayorista de Canales (OMC) de la propia Telefónica.

-Vodafone destaca respecto de la importancia de los contenidos de fútbol en la comercialización de los paquetes de banda ancha, la resolución de la CNMC de 30 de junio de 2016 (OFMIN/DTSA/001/15), que es una de las resoluciones de revisión semestral de parámetros que la CNMC aprueba periódicamente como parte de la metodología para evitar que Telefónica incurra en estrechamiento de márgenes

-En este sentido, el apartado III.4.4.2 de la misma denominado "Implicaciones de la operación de concentración Telefónica/DTS en el análisis de ofertas promocionales", señala que:



"Los contenidos audiovisuales Premium tienen ciertas características que les permiten hacer de arrastre en la contratación de empaquetamientos con comunicaciones electrónicas, ya que estos contenidos son de alto atractivo para los usuarios.

Este hecho es relevante en los contenidos de fútbol nacional [...] Además, el atractivo de este tipo de contenidos puede ser más intenso en determinadas épocas del año (por ejemplo, el inicio de la temporada). Es posible que las estrategias promocionales de Telefónica basadas en la movilidad de clientes entre las diferentes modalidades del servicio de televisión de pago exploten este fenómeno."

-En esa resolución la CNMC concluía que, "Debido a la importancia que pueden tener los contenidos de fútbol nacional en la elección de la contratación o la permanencia en un paquete de comunicaciones electrónicas, resultaba preciso introducir una modificación en la metodología de análisis sobre las promociones de paquetes que incluyan canales con fútbol nacional. Todo ello con el objeto de evitar posibles prácticas abusivas o anticompetitivas por parte de TESAU en la formulación de promociones".

-Por otra parte, en el apartado III.4.4.3 de la referida resolución se reconocía que "la nueva configuración del mercado de televisión de pago y los compromisos derivados de la operación de concentración Telefónica/DTS han alterado significativamente la dinámica competitiva del mercado, los datos del mercado anteriores a la ejecución de la operación de concentración y la implementación de los remedios no son suficientemente sólidos para ser utilizados como una aproximación a la permanencia media en el componente de televisión de pago." En ese contexto, "el escenario competitivo actual,[...] la cuota de mercado conjunta de Telefónica y DTS es del 69,92% en términos de abonados y de 88,48% en términos de ingresos."

-Así las cosas, debe reconocerse la posición dominante de Telefónica, no solo en el mercado minorista de banda ancha fija, sino dentro de aquél en la comercialización de productos premium con contenidos específicos de fútbol.

-También debe reconocerse que, en el momento concreto de las promociones denunciadas, el mercado de este tipo de contenidos se caracterizaba por una oferta especialmente limitada.

-Por ello, Vodafone estima que las promociones de TESAU objeto de denuncia, dada la posición de dominio de aquella y la limitadísima oferta disponible, considerando asimismo el momento elegido (justo antes del inicio de la nueva temporada de competiciones futbolísticas), su duración e intensidad y el estar dirigidas especialmente a clientes procedentes de Vodafone, son particularmente abusivas en términos de precios y, por tanto, contrarias a la Resolución de la CNMC de 24 de febrero de 2016 de Mercados.

-A diferencia de lo que considera la resolución impugnada, el momento o circunstancias temporales del mercado no puede servir de excusa para considerar que las promociones no suponían discriminación abusiva en términos de precios. Si junto con el momento se considera la estructura de la oferta en el mercado afectado, la conclusión es radicalmente contraria.

-Vodafone aportó datos con portabilidades salientes de VODAFONE hacia TESAU u ORANGE y destaca que si se observan específicamente las portabilidades hacia las dos operadoras que ofertaban contenidos completos de fútbol (Telefónica y Orange), el grueso de portabilidades las absorbía Telefónica, al igual que ocurre con la evolución de cuotas de mercado contenida en la propia resolución impugnada.

-La combinación de estas dos circunstancias pone de manifiesto que las promociones de TESAU estaban claramente dirigidas a captar a los clientes procedentes de Vodafone y no a los de Orange, que sí es competidor directo de Telefónica en contenidos de fútbol y, de hecho, su única alternativa.

-En esta situación creada por la decisión de Vodafone, lo normal habría sido que Telefónica y Orange compitieran entre sí para captar los clientes de fútbol en el mercado.

-Sin embargo, Telefónica, abusando de su posición como Operador PSM, optó por crecer a costa de Vodafone, mediante promociones de carácter discriminatorio y de una gran intensidad, que permiten calificarlas de abusivas en términos de precios, ya que su finalidad no era competir con Orange, sino aprovechar la debilidad coyuntural de Vodafone para expulsarle del mercado, en represalia por no haber adquirido los contenidos de fútbol de la oferta mayorista.

-La decisión de la CNMC de examinar las circunstancias que caracterizaban el mercado en el momento de las promociones exclusivamente desde la óptica de la demanda y obviando la oferta sin ofrecer justificación alguna de tal descarte, excede de la discrecionalidad técnica que asiste a la CNMC en su análisis en este ámbito y, en consecuencia, no supera el juicio de racionalidad que le es exigible.

2. Mediante la segunda afirmación la CNMC sostiene que la actuación de Telefónica no supuso una discriminación abusiva contra Vodafone, ni una represalia, dado que los meses de agosto y septiembre se

caracterizaron por un fuerte aumento de la actividad promocional por parte de todos los operadores de comunicaciones electrónicas y no únicamente de Telefónica".

A esto añade que se "se trata únicamente de una nueva reiteración de la estrategia seguida desde hace varios años por Telefónica y otros operadores", por lo que esta práctica carece de un carácter novedoso.

En cuanto al primer argumento, Vodafone señala que:

-Tal circunstancia, que no está avalada por datos, no puede ser determinante para que las promociones concretas de Telefónica denunciadas no puedan considerarse como represalias, ni supongan discriminación abusiva en términos de precios.

-Admite Vodafone que las promociones dirigidas a potenciales clientes de contenidos premium son frecuentes y pueden responder a un criterio de lógica comercial, pero no puede obviarse la responsabilidad de Telefónica en el mercado y el impacto de su actuación en el mismo.

-En definitiva, lo que para unos operadores puede suponer la única forma de competir en el mercado, para Telefónica puede ser un medio de "sacar" a un competidor del mercado dada su condición de agente con poder significativo de mercado en el mercado de acceso mayorista a la banda ancha fija y de operador con posición de dominio en el mercado de la televisión de pago.

En cuanto al segundo argumento, Vodafone señala que:

-La resolución impugnada incluye referencias a algunos supuestos de promociones con empaquetamientos convergentes que considera similares, lo que niega Vodafone.

-En concreto se refiere la CNMC a la resolución de 30 de junio de 2016 (OFMIN/DTSA/001/15), respecto de la promoción realizada por Telefónica entre los años 2015 y 2017, consistente en la degustación del módulo audiovisual premium Extra a un precio reducido -llegando incluso a la gratuidad- durante un período de tiempo inferior a cinco meses.

-Dicha campaña fue denunciada por Vodafone y otros operadores, siendo la denuncia archivada por la CNMC, al considerar que dicha promoción era compatible con la metodología de análisis ex ante de las ofertas, exigible en aquél momento, considerando que cumplían el ratio de VAN exigible tomando en consideración los criterios y parámetros que habían sido revisados en julio de ese año.

-Sin embargo, ese análisis no se ha hecho respecto de las promociones denunciadas, pues tras la Resolución ERT ya no es necesario realizar el análisis ex ante, ni tampoco se ha hecho a posteriori ya que no se incluye en la Resolución impugnada o en el Informe de 15 de mayo de 2019.

-En todo caso, se trata de hechos diferentes, pues la resolución de 2016 analiza cuatro cuestiones de fondo: actualización de los parámetros utilizados en el análisis de las ofertas comerciales de TESAU, control semestral de promociones, actualización de la promoción acumulada aplicable en el periodo de referencia y modificación de criterios como el VAN o la compatibilidad de promociones para el análisis de las mismas, sin que ninguno de los razonamientos expuestos sean directamente aplicables al caso de autos.

-La segunda de las promociones denunciadas se justifica por la CNMC, sobre la base de considerar que "los descuentos del 50% sobre la cuota mensual durante un año no representan novedad alguna en el mercado", y que "Tampoco supone un fenómeno novedoso la aplicación de unos descuentos más intensos o prolongados en el tiempo en función del operador del que procedía el cliente", señalando que existió una promoción similar de Vodafone en el año 2017.

-Vodafone replica indicando que la mera referencia al carácter no novedoso de las promociones no es un criterio válido para descartar una práctica de discriminación abusiva en términos de precios.

-Además, al referirse a promociones similares llevadas a cabo en el pasado por Vodafone, la CNMC olvida que Vodafone no es operador PSM ni sujeto del conjunto de obligaciones impuestas a TESAU en la resolución de mercados y demás decisiones del regulador, pues son las prácticas de Telefónica en abuso de su posición dominante en el mercado, las que pueden producir una distorsión anticompetitiva en el mercado.

-A mayor abundamiento, Vodafone señala que las promociones anteriores invocadas por la CNMC en su resolución no son en absoluto homologables, sin más, a las promociones de Telefónica objeto de recurso.

-En efecto, el hecho diferencial denunciado por Vodafone es que las promociones de Telefónica no dependen de los contenidos incluidos en las mismas, sino del operador del que procede el cliente, extremo no analizado en ninguna de las resoluciones invocadas por la resolución impugnada.

-En síntesis, la discriminación abusiva de las promociones radica en lo siguiente:



Telefónica es un operador con poder significativo en el mercado de la banda ancha y en el mercado conexo de los contenidos audiovisuales, en el que ejerce la discriminación.

La promoción, es decir, la cuantía de los descuentos aplicados, depende del operador del que procede el cliente, y no del producto convergente en sí mismo.

El producto convergente promocionado es idéntico en todas sus componentes, incluidos los contenidos audiovisuales, y específicamente, los contenidos de fútbol, y, sin embargo, su precio es distinto si el cliente procede de Orange o si procede de Vodafone.

3. Mediante la tercera afirmación, la CNMC sostiene que la actuación de Telefónica no distorsionó la dinámica competitiva del mercado minorista de banda ancha fija.

La CNMC atribuye el elevado número de portabilidades en el periodo señalado a la reconfiguración del catálogo comercial de Vodafone, restando relevancia de impacto en el mercado al carácter agresivo de las promociones, dado que el examen de las cuotas anteriores a las mismas se caracterizaban por "la lenta y constante pérdida del peso relativo de Telefónica, Vodafone y Orange y el rápido crecimiento de MásMóvil".

La resolución impugnada reconoce que esa tendencia se alteró en los meses de agosto y septiembre de 2018 "probablemente atribuible a los esfuerzos promocionales iniciados en verano, en el que aumenta la cuota de mercado de Telefónica y cae en más de dos décimas la cuota de mercado de Vodafone", pero añade que seguidamente la evolución de cuotas de mercado retomó su senda anterior, y que el aumento de Telefónica se compensa con las bajas que sufrió entre octubre y noviembre.

Vodafone replica con los siguientes argumentos:

-Califica de contradictorio el análisis de la CNMC, pues, lo cierto es que considerando las cuotas de mercado fijadas en la resolución, la cuota de mercado de Telefónica en julio de 2018, es decir, antes de las promociones, era del 40,84%, y en octubre (cuando cesaron las promociones) del 40,88%, es decir, una cuota más alta que la que tenía Telefónica antes de las promociones, incluso considerando la caída de Telefónica en octubre.

-Telefónica ha ido aumentando su cuota de mercado desde la liberalización del sector de las telecomunicaciones, mientras que las de Vodafone fueron del 22,48 y 21,84% respectivamente.

-A esto añade que los efectos también son notables en la cuota de mercado por ingresos de los operadores, pues la cuota de Telefónica repuntó un 5% durante el periodo de las promociones, con el correlativo descenso del resto de competidores y en especial de Vodafone, destinatario principal de las promociones denunciadas.

-El análisis de la CNMC resulta incompleto y sesgado, pues se circunscribe al análisis de las cuotas de mercado como indicadores de la coyuntura del mercado minorista de banda ancha fija, tomando como referencia un mercado o segmento demasiado amplio.

-Vodafone defiende que el análisis de la CNMC sobre las promociones denunciadas debería haber sido más preciso y haber tomado en consideración el mercado minorista de productos de banda ancha fija que incluyen contenidos audiovisuales premium.

-Frente a esto, la CNMC señala que "los indicadores utilizados para analizar el impacto de las promociones denunciadas son suficientes", ya que "Las cuotas de mercado y sus variaciones son, por definición, reflejos de la situación y la dinámica competitiva de un mercado" y que, en este sentido, "Cualquier distorsión o cambio significativo en el desarrollo de la competencia en el mercado minorista de banda ancha fija derivado de una supuesta discriminación abusiva en términos de precios se podrá apreciar en el comportamiento de estos indicadores en los períodos siguientes a la práctica." A esto añade que su enfoque de análisis está basado en los mercados de comunicaciones electrónicas, mientras que la propuesta de Vodafone se traduce en una reducción del alcance del análisis, limitado al componente audiovisual premium y no sobre el componente de comunicaciones electrónicas.

-Vodafone replica señalando que la CNMC en su resolución de 30 de junio de 2016 estableció una metodología revisada de análisis ex ante de las promociones que incluyen contenidos premium de fútbol de las competiciones nacionales, dado su potencial de producir efectos anticompetitivos y descartó extender la metodología revisada al resto de promociones de contenidos premium distintos al fútbol por su potencial impacto inferior, lo que difícilmente casa con pretender analizar el impacto de promociones dirigidas a ese segmento considerando el impacto en un mercado más amplio.

-Vodafone afirma que los clientes que contratan contenidos premium (incluyendo el fútbol) siempre los contratan junto con la banda ancha fija, por lo que el análisis no pivotaría sobre el contenido premium en exclusiva como dice la CNMC en su resolución.



Además, destaca el elevado precio de esos paquetes, por lo que son un grupo limitado dentro del mercado minorista de banda ancha fija, de modo que cualquier tipo de promoción en dicho segmento difícilmente podría tener un impacto notable en ese mercado, globalmente considerado.

-Sin embargo, la CNMC realiza su análisis sobre portabilidades salientes del servicio de banda ancha fija, lo que incluye las portabilidades de todos los servicios que incluyen banda ancha fija, tanto si son convergentes como si no lo son, tanto si incluyen televisión como si no lo hacen.

-De esta manera, la CNMC relativiza el impacto de las promociones agresivas sobre contenidos premium que Telefónica pueda lanzar al mercado.

-Lo que Vodafone pretende, es que se lleve a cabo un verdadero análisis de las promociones denunciadas bajo las obligaciones de la resolución de mercados, en el segmento o subconjunto de clientes con canales premium. con el objeto de determinar si las mismas introdujeron una distorsión en el mercado a través de una discriminación abusiva en términos de precios o no.

-Vodafone critica la actuación errática de la CNMC pues en la resolución de 22 de octubre de 2019 (Expte. SNC/D TSA/121/18), impuso a Telefónica una multa de 6 millones de euros por infracción de la resolución de mercados en relación con la obligación de no discriminación, desglosando el mercado afectado, lo que no hace en este caso sin que se justifique esa conducta.

-En todo caso los datos de cuota de mercado considerados por la resolución impugnada acreditan el efecto de las promociones de Telefónica, invirtiendo la tendencia del mercado y si las alteraciones porcentuales son limitadas, ello se debe a que se consideran las cuotas en el conjunto del mercado minorista de banda ancha fija de forma global y no en atención al grupo de clientes contratantes de contenidos premium.

-Finalmente, invoca la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, respecto del carácter abusivo de prácticas comerciales en relación con su potencialidad para producirlos.

4. Por otra parte la CNMC obvia que las promociones de Telefónica no se centraban exclusivamente en los clientes demandantes de fútbol:

-Telefónica aplicó la misma discriminación sobre otros paquetes Fusión+ (en concreto, Fusión+ Series, Fusión + Ocio) que incluyen contenidos que se solapan con la política comercial de Vodafone frente a la campaña del fútbol.

-En particular, destaca que, debido a la estrategia de Telefónica frente a Vodafone por no haber adquirido los canales de fútbol de su OMC, se detectó un 42% de portabilidades fijas y un 48% de portabilidades móviles, de clientes sin fútbol de Vodafone en favor de Telefónica.

-Ello es posible porque Telefónica se apalanca en su posición de dominio en el mercado de TV de pago en el que tiene una cuota mercado en términos de ingresos superior al 80%, para reforzar su dominancia en los mercados de comunicaciones electrónicas en banda ancha fija en los que su cuota también supera el 40%.

-Sin embargo, la resolución impugnada obvia esta cuestión y justifica las promociones considerando la circunstancia "excepcional" y "sin precedentes" consistente la aparición de una bolsa de clientes que "habiendo sido clientes de contenidos audiovisuales de fútbol nacional, no podrían acceder a éstos a través de su actual proveedor de servicios de comunicaciones electrónicas y, por tanto, tendrían una mayor disposición a cambiar de proveedor".

-Por ello, califica el análisis de la CNMC de ha sido sesgado y parcial, pues si bien las promociones se produjeron en torno a las retransmisiones de fútbol, no se centraban únicamente en ese tipo de producto y cliente.

-En este contexto destaca que la cuota del otro operador con contenidos premium de fútbol, Orange, pasó del 27,10% en julio al 27,03% en agosto, lo que supone una ligera pero evidente disminución, que fue progresiva mes a mes, también en agosto y septiembre.

5. Sobre el carácter antijurídico de las promociones de Telefónica, por incurrir en discriminación abusiva.

-La CNMC justifica la inexistencia de una discriminación abusiva en términos de precios, por las circunstancias particulares del momento en el que se lanzaron las promociones, sin perjuicio de la valoración que sobre este tipo de prácticas se pueda efectuar en el futuro, si las mismas se vuelven a repetir.

-La resolución la CNMC no lleva a cabo un verdadero análisis acerca de si las promociones fueron abusivas en términos de precios o no, sino que sustituye el análisis pertinente por un análisis incompleto y sesgado de los efectos en el mercado y sobre Vodafone de tal actuación.



-Además, en la resolución de 26 de julio de 2007, por la que se aprueba la metodología para el análisis ex ante de las ofertas comerciales de Telefónica, (MTZ 2006/1486), la extinta CMT estableció que la discriminación de precios (derivada de la aplicación de descuentos) podría ser analizada en el ámbito del estrechamiento de márgenes con carácter general, reconociendo que era difícil su sistematización en una metodología.

-En diferentes resoluciones, la CMT estableció expresamente que una práctica comercial deliberada consistente en dirigir una oferta en mayor proporción a clientes de un operador que a otros, puede ser un comportamiento anticompetitivo y apreció su competencia para analizar esos descuentos anticompetitivos discriminatorios cuando su comercialización se constata como discriminatoria a la luz de la prohibición de la resolución de 26 de julio de 2007 (de metodología de análisis ex ante).

-Invoca las sentencias del TJUE de 17 de febrero de 2011, en el asunto TeliaSonera Sverige AB (C-52/2009), la del 6 de octubre de 2015 en el asunto C-23/14 Post Danmark AS, la de 19 de abril de 2018 en el asunto C-525/16, MEO - Serviços de Comunicações e Multimédia SA, concluyendo que una discriminación tarifaria como la descrita es "per se" una conducta anticompetitiva.

-Invoca la recomendación de la Comisión Europea de 11 de septiembre de 2013, relativa a la coherencia en las obligaciones de no discriminación y en las metodologías de costes para promover la competencia y potenciar el entorno de la inversión en banda ancha (2013/466/UE), cuyo considerando 21, en referencia a los análisis de replicabilidad técnica de las nuevas ofertas minoristas de operadores con PSM, que es el caso de Telefónica, señala que los reguladores nacionales "también deben tener en cuenta el riesgo de monopolización del mercado", en el contexto de los mercados descendientes cuando el operador PSM también lo es en el mercado ascendente.

-En definitiva, en el presente caso ha quedado acreditado que Telefónica ofreció descuentos privados, no publicitados para el público en general en las plataformas habituales de comercialización, selectivos, en función del operador de origen del cliente, de tal manera que a un mismo producto le aplica precios distintos en función de la procedencia del cliente al que se quiere captar.

-En términos generales TESAU ofrecía todas sus ofertas de Fusión a mitad de precio (50%) durante 12 meses para los clientes procedentes de Vodafone y resto de operadores que no han adquirido los derechos de fútbol, mientras que ese 50% solo se ofrecía por 6 meses a los clientes de Orange, que sí ha adquirido dichos derechos.

-Además, Telefónica también ofrecía, con carácter general y público, una promoción especialmente agresiva en sus productos Fusión+, mediante la promoción gratuita hasta el 31 de diciembre de 2018 de la mayor parte de sus contenidos premium, destacando los contenidos futbolísticos. Cuando los potenciales clientes llamasen a Telefónica para informarse sobre esta promoción general, se encontrarían con que además, por ser de Vodafone disponían de la oferta reseñada.

II. *Procedencia de que la Sala resuelva sobre el fondo del asunto, declarando la ilegalidad de las promociones de Telefónica denunciadas:*

La consecuencia de la anulación de la resolución impugnada no debe ser la retrotracción de las actuaciones para someter las promociones al test de replicabilidad eludido por la resolución impugnada, sino resolver en este momento sobre las cuestiones de fondo planteadas por Vodafone en sus múltiples escritos dirigidos a la Administración, siendo esta la tesis avalada por la jurisprudencia.

TERCERO: La Administración demandada contestó a la demanda oponiéndose a ella con la súplica de que se dicte sentencia desestimando el recurso y declarando ajustada a derecho la resolución recurrida por sus propios fundamentos.

CUARTO: La representación de Telefónica se opuso a la demanda con los siguientes argumentos:

1. El objeto del presente procedimiento judicial no es abordar el estudio de la metodología ERT, ni la modificación de esta metodología, o de cualquier otro análisis acerca de que pasaría si se analizaran los hechos respecto desde otras perspectivas regulatorias:

-Vodafone intenta cuestionar las promociones de Telefónica enjuiciadas de acuerdo con alguna resolución de la revisión semestral de parámetros del test de Replicabilidad (ERT), prescindiendo de las obligaciones específicamente impuestas a Telefónica en el mercado de referencia asumidas en el marco del expediente de vigilancia tras la adquisición de DTS (Expdte. VC/612/14 Telefónica/DTS), lo que resulta contrario al principio de seguridad jurídica.

-Tampoco es objeto de este procedimiento determinar si la resolución ERT debería incluir o desarrollar todas o parte de las obligaciones en relación con la comercialización de servicios minoristas que fueron impuestas a



Telefónica en la resolución de mercados, o si debería incluir una modificación en la metodología para analizar promociones que ofrezcan contenidos de fútbol.

-El análisis de la replicabilidad de promociones como las que son objeto de denuncia debe en principio realizarse en los procedimientos de actualización periódica de los parámetros de la metodología, y no caso por caso, como señaló la CNMC en la resolución impugnada.

2. Las promociones de Telefónica ni son abusivas ni son discriminatorias:

-Las promociones cuestionadas no se trataban de un solo producto empaquetado, ya que cada tipo de producto Fusión presentaba distintas características, lo cual se reflejaba también en el precio que variaba para cada paquete o producto empaquetado.

-Telefónica cumplió con sus obligaciones de comunicar las denunciadas promociones (ofertas) minoristas de carácter no indefinido impuestas por las Resoluciones de los mercados de banda ancha y del ERT consistentes en informar de las ofertas minoristas de banda ancha fija dirigidas al segmento residencial con antelación a su aplicación o comercialización efectiva.

-No es cierto que las promociones de Telefónica recogieran ofertas minoristas de carácter no indefinido con duración igual o superior a 12 meses y así lo indicó al CNMC.

-El comportamiento de Telefónica no fue, ni discriminatorio, ni abusivo, pues ofreció al consumidor final un precio reducido (promocionado) por un servicio o necesidad que demandaba, sin imponerle penalización o permanencia alguna, lo que maximiza su beneficio además de generar eficiencia y una mayor competencia en el mercado de referencia.

-Niega la existencia de la represalia que Vodafone alega, pues Telefónica también ofrecía descuentos y promociones a los clientes de Orange y de otras compañías, que habían aceptado la Oferta Mayorista de la temporada 2018/2019 para adquirir los contenidos premium del fútbol.

-Y, asimismo, la reconfiguración de la oferta comercial para no contemplar contenidos de fútbol, implicó que más de 300.000 clientes estuvieran dispuestos a cambiar de operador.

-El artículo 14 de la Ley General de Telecomunicaciones habilita a la CNMC para establecer mecanismos que eviten la discriminación, esto es, que se garantice que el operador con poder significativo de mercado "aplique condiciones equivalentes en circunstancias semejantes a otros operadores que presten servicios equivalentes", lo que ha ocurrido en este caso.

-En este caso, se aplicaron las mismas promociones (denunciadas por Vodafone) a los clientes cuyos operadores les ofrecían ofertas con características similares carentes de contenidos de fútbol, hecho que no puede, por sí solo, indicar la presencia de una práctica de exclusión abusiva.

- Las promociones denunciadas eran destinadas a consumidores que se daban de alta por primera vez con Telefónica y para clientes de operadores que no ofrecían el contenido del fútbol, entre los cuales no se encontraba solamente Vodafone, sino que además existían una cantidad de operadores de televisión e internet nacional, regional y local: MasMóvil, Euskatel, R Cable, etc.

- La oferta de Telefónica ampliada a series y cine tampoco es abusiva

- Todos los productos empaquetados "Fusión" que ofrecen diferentes contenidos desde deportes, hasta cines y series, pasando por todo tipo de canales de televisión, buscan llegar por lo general a los hogares y a un público residencial que se compone de familias en los que sus miembros consumen todo tipo de contenido de televisión, pues los contenidos de ficción y de fútbol en muchas ocasiones actúan como sustitutos.

- Es razonable concluir que un cliente que valore los contenidos de fútbol premium, aunque en un determinado momento no los tenga contratados ni los vaya a contratar a corto plazo, preferirá ser cliente del operador que disponga de los mismos.

3. Las promociones de Telefónica responden a prácticas comerciales habituales al comienzo de la temporada de fútbol y final del verano en el mercado minorista de banda ancha:

- La actividad denunciada no es exclusiva de Telefónica, sino de todos los operadores ante el fenómeno del fútbol y de igual modo tampoco puede ser considerada novedosa, pues la propia Vodafone en el año anterior (2017) lanzó una campaña promocional que presentaba ambas características denunciadas: descuento sobre la cuota y una duración de la promoción en función del operador de procedencia.

- Vodafone confunde con su denuncia lo que sería un (inexistente) estrechamiento de márgenes en el que Telefónica coordinaría los precios mayoristas y minoristas, con las características de una promoción

específica para un grupo de clientes que se van a beneficiar de un precio promocionado inferior durante un tiempo.

- De esta manera, Vodafone le atribuye una falsa posición de dominio a Telefónica en el mercado minorista de banda ancha fija, y desde ahí quiere denunciar un supuesto caso de abuso de posición dominante, a pesar de que Telefónica es otro competidor más del mercado, y no ostenta, ni tiene reconocida, ninguna posición de dominio en el mercado de Banda Ancha Fija.

- Vodafone insiste erróneamente en vincular las promociones de Telefónica en el mercado minorista de banda ancha fija, con la oferta mayorista de canales del mercado mayorista de contenidos audiovisuales.

- Sin embargo, el objeto de este procedimiento es examinar si la conducta de Telefónica en el mercado minorista de banda ancha fija (sus ofertas comerciales) eran selectivas y discriminatorias conforme la normativa regulatoria (ex ante), lo que no puede confundirse con la oferta de canales mayoristas de contenido premium.

- Vodafone plantea su denuncia, como un reproche de la supuesta compatibilidad de las promociones de Telefónica con la normativa de la resolución ERT y resolución de mercados, lo que nada tiene que ver con el escenario de análisis de las conductas de un operador con posición de dominio y las posibles conductas ilícitas que este pudiera llevar a cabo, entre ellas la discriminación abusiva de precios.

4. En la resolución se demuestra que la conducta denunciada no tuvo efectos perjudiciales para la competencia en el mercado y es Vodafone quien se auto-excluye de un segmento de mercado determinado, esto es, los clientes de alto valor que aprecian los contenidos de fútbol, los tuviesen contratados en ese momento o no:

- Vodafone ignora que fueron sus propios clientes quienes optaron por una propuesta que cubría mejor sus necesidades.

- Vodafone tomó la decisión libre y legítima de no adquirir los derechos de fútbol y reconfigurar su oferta, pero no se puede achacar las consecuencias de esa decisión a Telefónica, que sólo trató de captar, también de forma legítima y ajustada a derecho, y como hicieron otros operadores del mercado, parte de la bolsa de clientes que de repente no tenían sus necesidades cubiertas.

- No hay un resultado visible en el mercado de banda ancha fija minorista que demuestre perjuicio o efecto alguno de las conductas denunciadas, y así lo demuestra la resolución impugnada. Además, si las promociones del verano 2018 hubieran tenido un carácter abusivo por discriminatorio, Telefónica hubiera obtenido unos resultados trimestrales significativamente muy superiores respecto de los años anteriores.

- La diferencia entre el número de abonados entre el trimestre en el que tuvieron lugar las promociones (tercer trimestre de 2018) y el último trimestre del año 2018 es de apenas 54.000 abonados, de un mercado con 6.780.268 abonados.

- Por otra parte, Vodafone aumentó su número de abonados de TV de pago en el trimestre donde tuvieron lugar las promociones y en el trimestre siguiente, pues pasó de tener un número de 1.284.124 abonados a 1.292.992 abonados, lo que le supuso un incremento de 8.868 abonados.

- La CNMC no se limitó a analizar los resultados en este segmento de los servicios audiovisuales, sino que analizó las campañas comerciales de Movistar denunciadas, según su incidencia en el mercado minorista de banda ancha.

- Dichos análisis, demostraron que las portabilidades salientes de Vodafone se mantuvieron con la misma tendencia incluso después del cese de las promociones (octubre de 2018), lo que tendría relación con la reconfiguración del catálogo comercial de Vodafone.

- Asimismo, la CNMC subrayó que el número de clientes de Telefónica decreció una vez finalizado el periodo de las promociones, evidenciando así la falta de especial relevancia en la coyuntura de aquel mercado de referencia desarrollándose normalmente.

5. La resolución impugnada es conforme a derecho.

- La CNMC afirma que "...la introducción del ERT supone un cambio de enfoque en la política de la CNMC respecto a la Metodología de 2007 que busca concentrar sus actuaciones en los mercados mayoristas y limitar sus intervenciones en el minorista a los casos más graves y excepcionales".

- A pesar de esa premisa de mínima intervención, la CNMC realizó un análisis pormenorizado acerca del contexto del mercado en el momento al que se refiere la denuncia, y de cómo eran las ofertas, las relaciones entre operadores, y el impacto de estas, sin obtener pruebas que avalasen las tesis de Vodafone.



- La CNMC tomó como referencia para analizar el impacto de las promociones denunciadas, por un lado, las portabilidades netas para medir el impacto diferencial del cambio de estrategia comercial por parte de Vodafone, y por otro lado, las cuotas de mercado para medir distorsiones en la dinámica competitiva del mercado minorista de banda ancha fija.
- La conclusión a la que llega es que, por un lado, las portabilidades salientes desde Vodafone traen causa de la reconfiguración de su oferta comercial, y por otro, el ligero crecimiento en la cuota de mercado de Telefónica se contrarresta a final de año cuando acaban las promociones.
- Además de lo anterior, la CNMC demostró como las campañas comerciales de Telefónica tuvieron repercusión en las actuaciones de los demás operadores del mercado minorista de banda ancha fija, los cuales a su vez también ofrecieron promociones significativas a los clientes de sus rivales.
- También sostiene correctamente la CNMC que, las campañas promocionales denunciadas no han supuesto una innovación en cuanto a los conceptos objeto de promoción, sino que están en línea con las campañas observadas en años anteriores.

QUINTO: Practicada la prueba declarada pertinente, se acordó en sustitución de la vista el trámite de conclusiones que fue evacuado por las partes.

SEXTO: Se señaló el día 2 de febrero de 2022 para la deliberación, votación y fallo en la referida reunión se acordó posponer dichas actuaciones al día 4 de mayo siguiente, fecha esta última en la que efectivamente se procedió a realizar las referidas actuaciones.

SÉPTIMA: Aparecen observadas las formalidades de tramitación, que son las del procedimiento ordinario.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO: La cuestión que se plantea en el presente proceso es la relativa a determinar el ajuste legal de la resolución de resolución de 25 de julio de 2019 de la Sala de Supervisión Regulatoria, por la que se acordó:

- "Archivar la denuncia formulada por Vodafone España, S.A.U. contra Telefónica de España, S.A.U. por la comercialización de determinadas promociones, al no haber quedado acreditado que las mismas supongan un incumplimiento de las obligaciones de comunicación de ofertas minoristas, impliquen la comercialización de una oferta minorista de carácter no indefinido de duración superior a doce meses, o supongan una discriminación abusiva de precios en los términos establecidos en la Resolución de 24 de febrero de 2016, por la cual se aprueba la definición y análisis del mercado de acceso local al por mayor facilitado en una ubicación fija y los mercados de acceso de banda ancha al por mayor, y en la Resolución de 6 de marzo de 2018, por la que se aprueba la metodología para la determinación del test de replicabilidad económica de los productos de banda ancha de Telefónica comercializados en el segmento residencial.

- "Desestimar la solicitud de Vodafone en relación a la modificación del tratamiento que reciben las ofertas minoristas de carácter no indefinido en el marco del test de replicabilidad económica establecido en la Resolución de 6 de marzo de 2018, por la que se aprueba la metodología para la determinación del test de replicabilidad económica de los productos de banda ancha de Telefónica comercializados en el segmento residencial".

SEGUNDO: En primer lugar, procede responder a la cuestión relativa al denunciado carácter abusivo por discriminación, de las siguientes promociones efectuadas por Telefónica de España SAU (Telefónica), en el verano de 2018 consistentes en:

a) Promociones consistentes en la gratuidad del componente audiovisual Premium de los paquetes Fusión de alto valor hasta diciembre de 2018.

b) Promociones consistentes en el descuento del 50% de la cuota mensual de los empaquetamientos Fusión Series 100Mb, Fusión Series 600Mb, Fusión+2 600Mb Ocio Total, Fusión +2 Fútbol Total, Fusión 600Mb, Premium y Fusión+4 600Mb Premium durante 364 días.

El planteamiento de Vodafone España, S.A.U. y de Vodafone Ono, S.A.U.(Vodafone), no puede ser acogido por las siguientes razones, esencialmente coincidentes con los alegatos de la defensa del Estado y

1. No cabe duda de que el carácter selectivo de una promoción debe ser cuidadosamente analizado, pero de esta afirmación no puede extraerse la consecuencia de que inexorablemente ese tipo de promociones tiene carácter abusivo.



2. El examen del contexto en el que se produce y las circunstancias comerciales de los distintos operadores implicados constituye un dato de particular relevancia que no solo no puede ser ignorado, sino que puede ser determinante de la resolución que se adopte en relación con el mercado de banda ancha fija.

3. En el verano de 2018 se constata la existencia de una demanda de consumos televisivos en la que los paquetes que contienen retransmisiones deportivas y singularmente el fútbol, tienen especial relevancia singularmente cuando en esa época se celebra un campeonato mundial de ese deporte y está en fase de preparación el inicio de la nueva competición anual nacional.

4. Vodafone, en el legítimo ejercicio de su estrategia comercial decidió prescindir de los contenidos de fútbol en su programación, opción que deriva de su exclusiva voluntad. Ahora bien, dicha decisión, ante la indudable demanda de contenidos vinculados a retransmisiones de partidos de fútbol por parte de los consumidores, tiene sus consecuencias comerciales que lógicamente deben ser asumidas por Vodafone.

5. Si bien es cierto que los clientes de Vodafone fueron destinatarios directos de las promociones de Telefónica en circunstancias distintas a las ofrecidas a otros operadores, también lo es que la situación comercial de Vodafone y su potencial competidor y capacidad de respuesta es diferente al de los otros operadores.

6. Por otra parte, las promociones denunciadas eran destinadas a consumidores que se daban de alta por primera vez con Telefónica y para clientes de operadores que no ofrecían el contenido del fútbol, entre los cuales no se encontraba solamente Vodafone, sino que además existían una cantidad de operadores de televisión e internet nacional, regional y local como MasMóvil, Euskatel, o R Cable.

7. Por ello, no cabe afirmar que existió una cierta represalia contra Vodafone, más allá de la existencia de una estrategia comercial, sin duda más agresiva, para atraer la clientela del único operador que había renunciado a las retransmisiones de fútbol.

8. Esta forma de proceder es común entre los demás operadores, incluido Vodafone, y con características en relación al rango de los descuentos que pueden calificarse de similares.

9. Por otra parte, desde un punto de vista formal, Telefónica cumplió con sus obligaciones de comunicar las denunciadas promociones (ofertas) minoristas de carácter no indefinido, impuestas por las resoluciones de los mercados de banda ancha y del ERT consistentes en informar de las ofertas minoristas de banda ancha fija dirigidas al segmento residencial con antelación a su aplicación o comercialización efectiva.

10. Además, las promociones cuestionadas no se limitaban a un solo producto empaquetado, pues cada producto Fusión presentaba distintas características y contenidos, condicionante que se reflejaba también en su precio que, lógicamente, variaba para cada paquete o producto empaquetado.

11. Vodafone centra la esencia de su alegato en un doble presupuesto no demostrado vinculado al análisis de la oferta.

Por un lado, una supuesta posición de dominio de Telefónica en el mercado de banda ancha y el abuso de la misma y por otro, que Telefónica, partiendo de su reconocida por la CNMC posición de dominio en el mercado mayorista, la ha proyectado en el mercado minorista mediante el mecanismo de estrechamiento de márgenes.

12. No existe evidencia alguna de que Telefónica tenga una posición de dominio en el mercado minorista de banda ancha fija, pues, ni eso se desprende de la resolución de la CNMC de 24 de febrero de 2016, ni la recurrente ha acreditado tal circunstancia.

13. De conformidad con el artículo 14 de la Ley General de Telecomunicaciones, la CNMC puede establecer mecanismos que eviten la discriminación, esto es, que se garantice que el operador con poder significativo de mercado "aplique condiciones equivalentes en circunstancias semejantes a otros operadores que presten servicios equivalentes", lo que ha ocurrido en este caso, pues las promociones aplicadas a los distintos operadores, aunque no hayan sido idénticas sí son similares, lo que excluye la calificación de dicha práctica como de exclusión abusiva.

14. Por otra parte, la referencia al mercado mayorista es inoperante pues la práctica denunciada no consiste en el estrechamiento de márgenes de Vodafone impuestos desde la posición de dominio de Telefónica en el mercado mayorista, sino, como se ha expuesto, el objeto de este procedimiento consiste en analizar las ofertas comerciales de Telefónica en el mercado minorista de banda ancha fija, desde la óptica de la selectividad y discriminación, en contraste con la normativa regulatoria, lo que es sustancialmente distinto de la oferta de canales mayoristas de contenido premium.

TERCERO: En segundo lugar, debemos responder a la cuestión relativa al denunciado impacto de la campaña denunciada en los mercados, para determinar si verdaderamente existió una alteración de los mismos.



1. De acuerdo con lo expuesto hasta este momento, el mercado de referencia en nuestro análisis es el mercado minorista de banda ancha fija y no, como pretende la recurrente, un mercado limitado a productos determinados excluyendo otro tipo de productos como los empaquetados convergentes sin televisión de pago y a los operadores que los comercializan, o incluso a otros operadores que ofrecen productos de pago.

2. La resolución impugnada realiza un detallado análisis de la evolución del mercado referenciado en el verano de 2018 sin que la recurrente haya desvirtuado la racionalidad de dicho análisis y eso a pesar de que la introducción del ERT implica una nueva política de la CNMC respecto de la metodología anterior ya que se concentra en los mercados mayoristas, limitando sus intervenciones en el minorista a supuestos excepcionales.

3. En efecto, la diferencia entre el número de abonados entre el trimestre en el que tuvieron lugar las promociones (tercer trimestre de 2018) y el último trimestre del año 2018 es de apenas 54.000 abonados, de un mercado con 6.780.268 abonados.

4. Pero es que Vodafone aumentó su número de abonados de TV de pago en el trimestre donde tuvieron lugar las promociones y en el trimestre siguiente, pues pasó de tener un número de 1.284.124 abonados a 1.292.992 abonados, lo que le supuso un incremento de 8.868 abonados.

5. Además, el incremento de abonados a Telefónica en ese período resulta irrelevante a los efectos pretendidos, pues su cuota de mercado pasó de un 40,33% a un 40,74% y en el mes de septiembre se redujo al 40,33% manteniendo la tendencia la baja en los años sucesivos.

6. Finalmente cabe reiterar que las campañas promocionales denunciadas no han supuesto una innovación en cuanto a los conceptos objeto de promoción, sino que están en línea con las campañas observadas en años anteriores.

CUARTO: De conformidad con lo dispuesto en el artículo 139 de la LJCA procede imponer las costas limitadas por todos los conceptos a 3000 euros, a la recurrente, parte vencida en este proceso, sin que se aprecien por la Sala la existencia de serias dudas que justifiquen un especial pronunciamiento sobre esta materia.

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

FALLAMOS

Desestimamos el recurso interpuesto y en consecuencia confirmamos el acto impugnado. Se imponen las costas limitadas por todos los conceptos a un máximo de 3000 euros. Así por ésta nuestra sentencia, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

"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."