

## **RESOLUCIÓN**

**Expte. SNC/DC/102/19 TELEFÓNICA/CMG**

### **CONSEJO. SALA DE COMPETENCIA**

#### **Presidente**

D. José María Marín Quemada

#### **Consejeros**

D<sup>a</sup>. María Ortiz Aguilar

D. Josep María Guinart Solà

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

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

#### **Secretario del Consejo**

D. Joaquim Hortalà i Vallvé

En Madrid, a 10 de octubre de 2019

La Sala de Competencia de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, con la composición expresada, ha dictado la siguiente resolución en el marco del expediente sancionador SNC/DC/102/19 TELEFÓNICA CMG, incoado por la Dirección de Competencia contra TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U. por incumplimiento de lo dispuesto en los compromisos establecidos en el anexo 1, apartado 1.1.a) de la resolución del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia de 22 de abril de 2015 recaída en el expediente C/0612/14 TELEFÓNICA/DTS.

### **I. ANTECEDENTES**

1. Mediante resolución de 22 de abril de 2015, el Pleno del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) autorizó la operación de concentración económica TELEFÓNICA/DTS (expediente C/0612/14 TELEFÓNICA/DTS), subordinada al cumplimiento de los compromisos presentados por TELEFÓNICA DE CONTENIDOS, S.A.U.<sup>1</sup> el 14 de abril de

---

<sup>1</sup> La operación de concentración económica analizada en el expediente C/0612/14 TELEFÓNICA/DTS fue la adquisición del control exclusivo de DTS, DISTRIBUIDORA DE TELEVISIÓN DIGITAL, S.A. (DTS) por parte de TELEFÓNICA DE CONTENIDOS, S.A.U. Los compromisos presentados por

2015, que obligan a esta empresa y a cualquiera de las empresas del grupo (en adelante, conjuntamente referidas como TELEFÓNICA).

2. En virtud de lo establecido en el artículo 41 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC) y con objeto de garantizar el cumplimiento de los compromisos presentados por TELEFÓNICA y recogidos en la citada resolución de 22 de abril de 2015, la Dirección de Competencia (DC) abrió el expediente de vigilancia VC/0612/14 TELEFÓNICA/DTS.
3. En el marco del expediente de vigilancia de la resolución de 22 de abril de 2015, VC/0612/14 TELEFÓNICA/DTS, la DC, entre el 4 de mayo de 2017 y el 23 de abril de 2018, realizó sucesivos requerimientos de información a TELEFÓNICA. Las contestaciones a los requerimientos realizados se recibieron entre los días 26 de mayo de 2017 y 9 de mayo de 2018.
4. Con fecha 19 de junio de 2018, la DC elevó a la Sala de Competencia su Informe Parcial de Vigilancia sobre la revisión del Coste Mínimo Garantizado (CMG) aplicado por Telefónica a los operadores que han adquirido los canales de televisión de pago de fútbol y motor de su segunda oferta mayorista.
5. Con fecha 7 de septiembre de 2018 se realizó un nuevo requerimiento de información a TELEFÓNICA al objeto de poder comprobar si los abonados a su producto Fusión Contigo con acceso IPTV (con descodificador) habían sido tenidos en cuenta por TELEFÓNICA en los datos reportados previamente para su contabilización en la cuota de abonados recurrentes a la televisión de pago (bajo criterio de reparto del 75%) de acuerdo al anexo 1 de los compromisos (folios 53892 a 53894 expte. VC/0612/14).
6. Con fecha 10 de septiembre de 2018, TELEFÓNICA en su escrito de contestación confirmó que, por error, los abonados a Fusión Contigo con acceso IPTV no habían sido incluidos en la información remitida con anterioridad (el 26 de mayo de 2017) en relación al número de abonados a la televisión de pago a fecha 1 de mayo de 2016. En la misma respuesta, TELEFÓNICA confirmó que, sin embargo, a fecha de referencia de 1 de noviembre de 2016, los abonados a Fusión Contigo con acceso IPTV sí fueron correctamente incluidos en la información remitida previamente. Asimismo, confirmaba que iba a proceder a llevar a cabo las regularizaciones oportunas a los operadores afectados por el reparto para corregir dicho error (folios 53925 a 53927 expte. VC/0612/14).

---

TELEFÓNICA DE CONTENIDOS, S.A.U. el 14 de abril de 2015, a los que quedó sometida la aprobación de la operación, obligan a dicha empresa y a cualquiera de las empresas del grupo TELEFÓNICA. En 2017 el grupo Telefónica decidió traspasar la propiedad de DISTRIBUIDORA DE TELEVISIÓN DIGITAL, S.A. (DTS) de TELEFÓNICA DE CONTENIDOS, S.A.U. a TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U.

7. Con fecha 12 de septiembre de 2018, la Sala de Competencia del Consejo de la CNMC acordó la devolución a la DC del informe parcial de vigilancia elevado el 19 de junio de 2018, a fin de completar la instrucción (folio 53951 expte VC/0612/14).
8. Con fecha 25 de septiembre de 2018, TELEFÓNICA tuvo acceso al expediente VC/0612/14 (folio 54096 expte VC/0612/14).
9. Con fecha 26 de septiembre de 2018, la DC remitió a TELEFÓNICA un nuevo requerimiento (folios 54098 a 54101 expte VC/0612/14) al objeto de recabar información detallada. El 27 de septiembre de 2018, TELEFÓNICA notificó a la CNMC que había emitido facturas de abono a los tres operadores afectados a esos efectos (Vodafone, Orange y Telecable) tras corregir el error en el número de abonados de TELEFÓNICA a la televisión de pago a 1 de mayo de 2016, regularizando el reparto del CMG que realizó en julio de 2016 para el canal "Partidazo" en la temporada 2016/2017.
10. Con fecha 18 de marzo de 2019, la DC remitió al Consejo de la CNMC informe parcial de vigilancia sobre el cumplimiento por parte de TELEFÓNICA de un punto específico de los compromisos recogidos en la precitada resolución de 22 de abril de 2015, relacionado con la oferta mayorista de canales Premium propios de TELEFÓNICA para otros operadores de televisión de pago, prevista en el punto 2.9 de dichos compromisos. En particular, el informe parcial de vigilancia se refería a la revisión del CMG asignado a cada operador por la adquisición de canales de televisión de pago de fútbol y de motor de la segunda oferta mayorista de canales de TELEFÓNICA de julio de 2016.
11. Con fecha 11 de junio de 2019, la Sala de Competencia de la CNMC resolvió, en el marco del expediente VC/0612/14, declarar *"la existencia de indicios de incumplimiento del Anexo 1, apartado 1.1.a) de los compromisos por parte de TELEFÓNICA y, en consecuencia, interesar de la Dirección de Competencia la incoación de expediente sancionador por incumplimiento de la Resolución del Pleno del Consejo de la CNMC de 22 de abril de 2015 recaída en el expediente C/0612/14 TELEFÓNICA/DTS"*.
12. Con fecha 12 de julio de 2019, de conformidad con lo establecido en los artículos 70.2 de la LDC y 64 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPAC), la DC acordó la incoación de expediente sancionador contra TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U.(en adelante, TELEFÓNICA) por posible incumplimiento de lo dispuesto en los compromisos establecidos en el anexo 1, apartado 1.1.a) de la resolución del Consejo de la CNMC de 22 de abril de 2015 recaída en el expediente C/0612/14 TELEFÓNICA/DTS (folios 1 a 5), otorgando un plazo de quince días para aportar alegaciones y, en su caso, proponer prueba.
13. El acuerdo de incoación fue notificado a TELEFÓNICA el 15 de julio de 2019

(folios 6 a 11), acusando recibo de tal notificación el 16 de julio.

El acuerdo de incoación indica expresamente que, de acuerdo con lo establecido en el artículo 64.2.d) de la LPAC, el presunto responsable tiene la posibilidad de reconocer voluntariamente su responsabilidad con los efectos previstos en el artículo 85 de la LPAC, aplicándose al infractor, de concurrir los requisitos para ello, las correspondientes reducciones en las sanciones pecuniarias contempladas en el citado precepto por reconocimiento de responsabilidad y por pago voluntario, que serán acordadas sobre el importe de la sanción propuesta por el órgano competente para resolver el presente procedimiento.

14. Con fecha 25 de julio de 2019, tuvo entrada en la CNMC escrito de la representación de Vodafone Ono, S.A.U. y Vodafone España, S.A.U. (en adelante, conjuntamente, VODAFONE), solicitando su admisión como partes interesadas en el expediente sancionador de referencia, del que tuvieron conocimiento mediante la publicidad realizada por la CNMC según lo establecido en el artículo 37 de la Ley 3/2013, de 4 de junio de creación de la CNMC. Dicha solicitud fue denegada por la Directora de Competencia con fecha 6 de septiembre de 2019, notificándose tal acuerdo a las solicitantes y a la interesada en el expediente.
15. Con fecha 2 de agosto de 2019, tuvo entrada en el registro de la CNMC escrito de alegaciones de TELEFÓNICA al acuerdo de incoación, adjuntando versión no confidencial (folios 81 a 105) así como anexos documentales (folios 106 a 200).
16. Con fecha 12 de septiembre de 2019 la DC notificó a TELEFÓNICA la propuesta de resolución (folio 248). Con fecha 4 de octubre de 2019, TELEFÓNICA remitió a la CNMC escrito de alegaciones (folios 265 a 326).
17. Con fecha 4 de octubre de 2019, la DC elevó al Consejo la propuesta de resolución del procedimiento, junto al resto del expediente administrativo, en la que se propone sancionar a TELEFÓNICA por infracción muy grave conforme a lo previsto en el artículo 62.4.c) de la LDC.
18. La Sala de Supervisión Regulatoria del Consejo de la CNMC emitió informe al amparo del artículo 21 de la Ley 3/2013, de 4 de junio.
19. La Sala de Competencia del Consejo aprobó esta resolución en su sesión del día 10 de octubre de 2019.
20. Es interesado TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U.

## **II. HECHOS ACREDITADOS**

Según se recoge en la propuesta de resolución elevada por la DC, los hechos acreditados en el expediente son los siguientes:

- (1) Como ya se ha señalado en los antecedentes de esta resolución, con fecha 22 de abril de 2015, el Pleno del Consejo de la CNMC autorizó la operación de concentración económica TELEFÓNICA/DTS (expediente C/0612/14 TELEFÓNICA/DTS), subordinada al cumplimiento de los compromisos presentados por TELEFÓNICA el 14 de abril de 2015, que obligaban a esta empresa y a cualquiera de las empresas del grupo.
- (2) En el anexo 1 de los citados compromisos, se especifican los principios y términos de la oferta de servicio mayorista de canales de televisión de pago. Para la determinación preliminar de los precios mayoristas aplicables a los canales de Fútbol, Fórmula 1 y Moto GP se emplea un modelo en el que el precio del canal tendrá un coste fijo o CMG y, en su caso, un precio variable aplicable una vez completado el número máximo de cuotas por cliente residencial incluidas en el CMG. Este coste fijo se repartirá entre Telefónica y los operadores de televisión de pago que adquieren dicho canal.

El apartado 1.1.a) del anexo 1 de los compromisos establece los criterios de reparto de este coste fijo entre TELEFÓNICA y los operadores. El 75% de dicho coste se determina sobre la base del porcentaje de abonados de televisión de pago que dicho operador de televisión de pago tenga en el primer día del último mes de la temporada anterior al comienzo de la temporada de los eventos deportivos incluidos en dicho canal, en relación con el conjunto de abonados de televisión de pago que Telefónica y los operadores de televisión de pago que adquieran el canal tengan en ese mismo día (1 de mayo para Fútbol).

Concretamente el contenido del anexo 1.1 a) es el siguiente:

*“1.1. Modelo aplicable a Fútbol, Fórmula 1 y Moto GP*

*a) Coste Mínimo Garantizado*

*Con el fin de compartir el riesgo que asume la entidad resultante en la adquisición de derechos de emisión exclusiva en España de contenidos audiovisuales de terceros de Fútbol, Fórmula 1 o Moto GP del canal ofertado a nivel mayorista, y a la vez evitar generar una exclusión de facto en el acceso al canal por parte de los operadores de televisión de pago más pequeños o nuevos entrantes, la parte fija (independiente del número de abonados finales que contraten el canal) del coste de adquisición de derechos de emisión exclusiva en España de los contenidos audiovisuales de terceros de Fútbol, Fórmula 1 o Moto GP que se incluyen en el canal ofertado, como los costes de producción comunes a la oferta mayorista y minorista que se devenguen en cada temporada de los eventos deportivos incluidos en dicho canal, se repercutirá a los operadores de televisión de pago que adquieran dicho canal.*

*Este coste fijo se repartirá entre Telefónica y los operadores de televisión de pago que adquieren dicho canal en función de los siguientes criterios:*

- *Cuota de abonados recurrentes de televisión de pago: El 75% de este coste fijo se repartirá en base al porcentaje de abonados de televisión de pago que dicho operador de televisión de pago tenga en el primer día del último mes de la temporada anterior al comienzo de la temporada de los eventos deportivos incluidos en dicho canal, en relación con el conjunto de abonados de televisión de pago que Telefónica y que los operadores de televisión de pago que adquieran el canal tengan en ese mismo día.*
- *Cuota de accesos de banda ancha fija comercializados aptos para servicios de televisión de pago: El 20% de este coste fijo se repartirá en base al porcentaje de accesos de banda ancha fija que dicho operador de televisión de pago tenga en servicio y sean aptos para ofrecer servicios de televisión de pago (velocidad mínima garantizada de seis (6) Mbps) en el primer día del último mes de la temporada anterior al comienzo de la temporada de los eventos deportivos incluidos en dicho canal, en relación con el conjunto de accesos de banda ancha fija que Telefónica y que los operadores de televisión de pago que adquieran el canal tengan en servicio y sean aptos para ofrecer servicios de televisión de pago (velocidad mínima garantizada de seis (6) Mbps) ese mismo día.*
- *Cuota de accesos de televisión de pago potenciales: El 5% de este coste fijo se repartirá en base al mercado potencialmente accesible en España que dicho operador de televisión de pago pueda disfrutar en función de la modalidad tecnológica de prestación de servicios de televisión de pago por la que haya optado en relación con el total de hogares de España.*
  - *Para Telefónica, para cualquier operador por satélite y para cualquier operador que explote el canal a través de la Televisión Digital Terrestre, se considerará el total de hogares de España, conforme a la última información publicada por el Instituto Nacional de Estadística en el primer día del último mes de la temporada anterior al comienzo de la temporada de los eventos deportivos incluidos en dicho canal.*
  - *Para el resto de operadores, se considerará el número total de accesos de banda ancha fija residenciales en servicio en España aptos para ofrecer servicios de televisión de pago (velocidad mínima garantizada de seis (6) Mbps) en el primer día del último mes de la temporada anterior al comienzo de la temporada de los eventos deportivos incluidos en dicho canal.*

*En el supuesto de que dos o más operadores ofreciesen conjuntamente servicios de comunicaciones electrónicas y/o televisión de pago que incluyesen canales de*

*Fútbol, Fórmula 1 o Moto GP de esta oferta mayorista, el cálculo del Coste Mínimo Garantizado será el que resulte de aplicar los siguientes criterios de reparto del coste fijo:*

- *A la cuota de abonados recurrentes de televisión de pago: la suma de la cuota de los operadores.*
- *A la cuota de accesos de banda ancha fija comercializados aptos para servicios de televisión de pago: la suma de la cuota de los operadores.*
- *A la cuota de accesos de televisión de pago potenciales: la suma de la cuota de los operadores.*

*Si el canal se contrata por algún operador de televisión de pago una vez comenzada la temporada de los eventos deportivos incluidos en dicho canal, el Coste Mínimo Garantizado a pagar por ese operador se reducirá proporcionalmente para adaptarlo a los eventos deportivos restantes de dicha temporada para los que el operador de televisión de pago va a disponer efectivamente del canal. Asimismo, el Coste Mínimo Garantizado a pagar por el resto de operadores de televisión de pago se ajustará para tener en cuenta la existencia de un nuevo adquirente al que se repercute parte del coste fijo a repartir.*

*El Coste Mínimo Garantizado deberá abonarse conforme al calendario de pagos que se recoja en las Condiciones Tipo. En la determinación del calendario de pago se tendrán en cuenta las condiciones de pago establecidas en los contratos en virtud de los cuales a los derechos adquiridos por la entidad resultante adquiere los derechos correspondientes”.*

- (3) Según la respuesta ofrecida por TELEFÓNICA a los sucesivos requerimientos de información realizados por la DC en el expediente VC/0612/14, detallados en los antecedentes de hecho 3 y 5 de la presente resolución, TELEFÓNICA no computó debidamente el número de abonados propios a fecha 1 de mayo de 2016, a los efectos del cálculo del reparto inicial del CMG del canal Movistar Partidazo. Concretamente, TELEFÓNICA no tuvo en cuenta en el reparto inicial del CMG a [...] abonados residenciales a Fusión Contigo con acceso IPTV (con descodificador). Tales abonados tampoco fueron incluidos en la información remitida a la CNMC en fecha 26 mayo de 2017 en respuesta a un primer requerimiento de la CNMC de 4 de mayo de 2017 (folios 36715 a 36758 del expte. VC/0612/14).
- (4) Tal diferencia en el número de abonados residenciales de TELEFÓNICA a la televisión de pago computables para el reparto del CMG del canal “Partidazo”, suponía que estos pasaban de los [...] considerados previamente a los [...] que debían haber sido computados, una vez agregados los [...] abonados provenientes de Fusión Contigo con acceso IPTV.

- (5) La discrepancia entre el número de abonados a la televisión de pago de TELEFÓNICA utilizada para el reparto inicial del CMG y la cifra correcta que debía haber sido tomada en consideración, incluyendo a los abonados al producto Fusión Contigo IPTV (con descodificador), no fue detectada por la propia TELEFÓNICA, sino por la CNMC durante el proceso de verificación final de los datos tenidos en cuenta para la elaboración de la propuesta de informe parcial de vigilancia.

La DC, en el proceso de revisión del reparto del coste mínimo garantizado aplicado por Telefónica a los operadores que adquirieron los canales de televisión de pago de fútbol y motor de su segunda oferta mayorista de julio de 2016, comprobó que obraban en poder de la CNMC datos a 30 de abril de 2016, aportados por la propia Telefónica, según los cuales en dicha fecha dispondría de una planta de [...] abonados a Fusión Contigo con acceso IPTV (a través de descodificador).

- (6) Respecto de la duración de la conducta analizada, el 27 de septiembre de 2018 TELEFÓNICA notificó a la CNMC que había emitido facturas de abono a los tres operadores afectados a esos efectos (Vodafone, Orange y Telecable) tras corregir el error en el número de abonados de TELEFÓNICA a la televisión de pago a 1 de mayo de 2016, regularizando el reparto del CMG que realizó en julio de 2016 para el Canal "Partidazo" en la temporada 2016/2017.
- (7) En relación al exceso de costes repartido al resto de operadores y la consiguiente minoración de coste que supuso para TELEFÓNICA, la copia de las facturas aportadas por esta el 27 de septiembre de 2018 refleja los siguientes importes devueltos: [...]€ a Vodafone, [...]€ a Orange y [...]€ a Telecable.

### **III. FUNDAMENTOS DE DERECHO**

#### **PRIMERO. - HABILITACIÓN COMPETENCIAL Y PROCEDIMIENTO APLICABLE**

De conformidad con el artículo 70.2 de la LDC, el artículo 29.2 de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia y el artículo 14.1.a) de su Estatuto Orgánico, aprobado por Real Decreto 657/2013, de 30 de agosto, corresponde resolver el presente expediente sancionador a la Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, previo informe de la Sala de Supervisión Regulatoria de la CNMC de acuerdo con el artículo 14.2.a) del Estatuto Orgánico de la CNMC.

Por lo que respecta a la normativa aplicable a la infracción, se trata de prácticas realizadas durante la vigencia de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC), por lo que resulta la Ley aplicable al presente expediente. No obstante, a efectos procedimentales, este expediente sancionador deberá regirse por lo dispuesto en la LPAC, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 70.1 de la LDC.

## **SEGUNDO. - OBJETO DEL EXPEDIENTE Y PROPUESTA DEL ÓRGANO INSTRUCTOR**

Constituye el objeto de la presente resolución resolver si, analizados los hechos y teniendo en cuenta las alegaciones de TELEFÓNICA, se ha incumplido lo establecido en el anexo 1, apartado 1.1.a) de los compromisos, y si el incumplimiento de este compromiso constituye una infracción de lo establecido en la resolución de 22 de abril de 2015 (expediente C/0612/14 TELEFÓNICA/DTS), conducta tipificada como muy grave en el artículo 62.4.c) de la LDC y de la que sería responsable TELEFÓNICA.

El artículo 62.4.c) de la LDC establece que son infracciones muy graves “*incumplir o contravenir lo establecido en una resolución, acuerdo o compromiso adoptado en aplicación de la presente Ley, tanto en materia de conductas restrictivas como de control de concentraciones*”.

Finalizada la instrucción del expediente sancionador incoado con fecha 12 de julio de 2019, tras la resolución de la Sala de Competencia de 11 de junio de 2019, la Dirección de Competencia ha propuesto al Consejo que sancione a TELEFÓNICA por una infracción muy grave del artículo 62.4.c) de la LDC, consistente en el incumplimiento de los compromisos recogidos en la resolución de 14 de abril de 2015, en particular en relación a lo previsto en el anexo 1, apartado 1.1.a), en desarrollo del compromiso 2.9.j).

En síntesis, el incumplimiento consiste en haber tomado en consideración, para el reparto inicial del coste mínimo garantizado del canal Movistar Partidazo realizado en julio de 2016, un número de abonados inferior al que debería haberle correspondido, provocando de esta forma un reparto que implicó costes superiores para otros operadores contratantes de dicho canal y unos costes inferiores para TELEFÓNICA.

Los abonados a Fusión Contigo IPTV debían haber sido oportunamente contabilizados con base en el apartado 3.2 de las Condiciones Tipo de la oferta mayorista de canales de julio de 2016, para los abonados computables a 1 de mayo de 2016, como así se hizo por la misma TELEFÓNICA para los abonados a 1 de noviembre de 2016 para el cálculo de los canales Movistar Fórmula 1 y Movistar Moto GP; este error de TELEFÓNICA supuso una discriminación a su favor, frente a sus competidores.

## **TERCERO. - VALORACIÓN DE LA SALA DE COMPETENCIA DEL CONSEJO**

### **3.1.- Antijuridicidad de la conducta**

Como ya se ha señalado a lo largo de esta resolución, con fecha 22 de abril de 2015, el Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia resolvió autorizar la operación de concentración económica TELEFÓNICA/DTS (expediente C/0612/14 TELEFÓNICA/DTS), subordinada al cumplimiento de los compromisos presentados por TELEFÓNICA DE CONTENIDOS, S.A.U. el 14 de abril de 2015, que

obligaban a esta empresa y a cualquiera de las empresas del grupo.

Dicha operación de concentración dio lugar a la apertura de un expediente para la vigilancia del cumplimiento de los compromisos a los que se condicionó la mencionada autorización de la operación de concentración (expte VC/0612/14). En el marco de dichas actuaciones de vigilancia, esta Comisión ha tenido ocasión de dictar varias resoluciones sobre aspectos parciales del cumplimiento de los compromisos<sup>2</sup>. En lo que a este expediente interesa, cabe destacar el hecho de que esta Sala, en su resolución de 11 de junio de 2019 acordó declarar la *“existencia de indicios de incumplimiento del Anexo 1, apartado 1.1.a) de los compromisos por parte de TELEFÓNICA y, en consecuencia, interesar de la Dirección de Competencia la incoación de expediente sancionador por incumplimiento de la Resolución del Pleno del Consejo de la CNMC de 22 de abril de 2015 recaída en el expediente C/0612/14 TELEFÓNICA/DTS”*.

Una vez incoado el procedimiento y tras la instrucción realizada por la DC, se ha acreditado que TELEFÓNICA no computó debidamente el número de abonados propios a la televisión de pago a fecha 1 de mayo de 2016 a los efectos del cálculo del reparto inicial del CMG del canal de fútbol “Partidazo”. Concretamente, TELEFÓNICA no tuvo en cuenta, en el reparto inicial del CMG, [...] abonados residenciales a Fusión Contigo con acceso IPTV (con descodificador). Tales abonados tampoco fueron incluidos en la información remitida a la CNMC en fecha 26 mayo de 2017 en respuesta a un primer requerimiento de la CNMC de 4 de mayo de 2017 (folios 36715 a 36758 del expte. VC/0612/14).

En ese proceso de reparto inicial del CMG, la consideración de una cifra de abonados de TELEFÓNICA menor a la real tuvo como efecto un reparto del CMG indebidamente incrementado para otros operadores, los cuales debían decidir, a la vista de las cifras que TELEFÓNICA les asignaría como resultado del potencial reparto, si finalmente contrataban el canal “Partidazo”, teniendo en cuenta la inminencia del comienzo de la temporada de fútbol 2016/2017.

Tal error generó un encarecimiento de los costes a repartir entre el conjunto del resto de los operadores contratantes del canal “Partidazo” (Vodafone, Orange y Telecable), y una reducción de los costes correspondientes para TELEFÓNICA, con la consiguiente discriminación a su favor. Este encarecimiento y correspondiente merma económica era susceptible de tener efectos desincentivadores a la hora de contratar el repetido canal y suponer una desventaja competitiva para tales operadores en la comercialización de productos con dicho canal, al haber tenido que asumir en aquel momento unos costes superiores a los debidos. Por otro lado, TELEFÓNICA se benefició de unos costes inferiores a los que verdaderamente le correspondían por el peso relativo del criterio del 75%. Asimismo, debe tenerse en cuenta que una estimación al alza del CMG a asumir por el resto de operadores presenta como efecto

---

<sup>2</sup> Resoluciones de 4 de mayo de 2017, 22 de mayo de 2018 y 11 de junio de 2019, todas ellas en el marco del expediente VC/0612/14.

potencial una posición injustificadamente desventajosa en la definición de los precios minoristas y otras políticas comerciales para dichos competidores en el período relevante, evidentemente no susceptibles de ser subsanados por la posterior regularización.

En sus sucesivos escritos de alegaciones al presente expediente TELEFÓNICA discute la tipicidad de la conducta que se le imputa y la antijuridicidad de la misma. En concreto TELEFÓNICA expone dos consideraciones que impiden determinar que la conducta que se le imputa cumple con el principio de tipicidad exigido para la posible sanción de la misma:

- En primer lugar, TELEFÓNICA expone la existencia de dudas respecto a la interpretación de la definición de abonado de televisión de pago que impiden la predictibilidad del incumplimiento reprochado en su conducta.
- En segundo lugar, TELEFÓNICA sostiene que los criterios y los productos implicados en la definición de abonado de televisión de pago han ido evolucionando como consecuencia de los movimientos del mercado y de las sucesivas resoluciones a lo largo del expediente de vigilancia.

Aunque se trata de alegaciones sustancialmente relacionadas, a continuación, se procede a examinarlas por separado.

#### **a) Existencia de dudas respecto a la interpretación de la definición de abonado de televisión de pago**

Así, en relación con la **tipicidad de la conducta**, en su escrito de alegaciones a la propuesta de resolución, presentado el 4 de octubre de 2019, TELEFÓNICA reitera las alegaciones realizadas el 2 de agosto de 2019 al acuerdo de incoación, en relación a que existen serias dudas sobre si los abonados controvertidos (clientes del producto Fusión Contigo que disponían de decodificador) deben o no computar a los efectos del reparto del CMG.

Según TELEFÓNICA el principio de tipicidad que rige el derecho sancionador exige la predictibilidad, como elemento de seguridad jurídica, de la conducta reprobable, de forma que, en este caso, habría debido de ser capaz de anticipar que está incurriendo en una infracción.

Según TELEFÓNICA, para que se pudiera entender como típica su conducta, tendría que demostrarse que contravino, al no incluir a esa planta de clientes, la definición que de abonado de televisión de pago se incluyó en aquella segunda oferta mayorista de canales (condición tipo 3.2). La existencia de tales dudas respecto a este hecho esencial impediría calificar como típica la conducta de TELEFÓNICA porque el incumplimiento no puede ser interpretable, sino claro y ausente de dudas razonables.

En sus alegaciones de 4 de octubre de 2018 a la PR, TELEFÓNICA especifica que *“estos clientes Fusión Contigo IPTV aunque disponían del decodificador, y por tanto no requerían actuación en casa del cliente, NO podían contratar de forma INMEDIATA los canales de la oferta mayorista, requiriendo en TODO caso la migración a otro producto de más valor para poder contratar ya sea a la carta o empaquetado cualquier canal de la oferta mayorista”*. Cita TELEFÓNICA en su favor la sentencia de la Audiencia Nacional de 10 de mayo de 2010 en relación a que no cabe aplicar en derecho sancionador la analogía, incluyendo una conducta en una previsión típica similar o semejante pero no legislada para el caso concreto que se pretende sancionar.

No puede compartirse la argumentación de TELEFÓNICA respecto de la falta de tipicidad de su conducta y de la existencia de dudas respecto de la definición de abonado de televisión de pago. Tampoco puede compartirse su interpretación, en el contexto de este expediente sancionador, de la expresión “contratar [los canales de la oferta mayorista] de forma inmediata” respecto de la definición de abonados de televisión de pago estipulada en las Condiciones Tipo.

TELEFÓNICA afirma que la DC ha querido “sesgar” y “descontextualizar e interpretar” lo dicho en las respuestas de TELEFÓNICA a requerimientos de información y, en particular, en la referencia hecha al punto 3.2 de las Condiciones Tipo y al concepto de “inmediatez”.

Frente a lo señalado por TELEFÓNICA, corresponde precisar una serie de elementos. En la resolución de la CNMC de 4 de mayo de 2017 (revisión del CMG de los canales de fútbol de la primera oferta mayorista), en relación con los abonados de Telecable que disfrutaban de ciertos contenidos de televisión de pago, pero carecían de decodificador, se argumentó lo siguiente:

*“Para la Dirección de Competencia sólo los clientes de Telecable que, a 1 de mayo de 2015, no dispusieran de decodificador quedarían excluidos de los abonados a la televisión de pago que deben ser computados a los efectos del ‘criterio del 75%’. Por consiguiente, solo los abonados que hayan contratado la televisión de pago con Telecable y requieran de un decodificador para su visualización deberán ser tenidos en cuenta a estos efectos.*

*La Dirección de Competencia basa esta decisión en que los titulares de los contenidos de tipo Premium de fútbol exigen el empleo de sistemas de acceso condicional en la comercialización de estos contenidos como forma de minimizar la piratería. Este acceso condicional puede realizarse mediante un decodificador o mediante cualquier otra aplicación o sistema software que proteja el contenido frente al intento de acceso no permitido por clientes que no hayan suscrito específicamente el servicio.*

*Estas exigencias se reflejan en el punto 21 de las condiciones tipo de la oferta mayorista de canales de TELEFÓNICA (seguridad y piratería) y en su correspondiente anexo técnico, en el que se establecen las condiciones para la*

*transmisión del contenido encriptado y de los dispositivos de recepción de la señal contratada al objeto de asegurar que cumplen con los requerimientos precisos de seguridad y reglas de uso establecidos por los proveedores de los contenidos al objeto de evitar un acceso fraudulento. En el apartado 1.2 del anexo técnico se clasifican los dispositivos de acceso según que el operador disponga (a) de una red propia o gestionada, para lo que empleará un elemento 'set top box' (STB) o descodificador hardware diferenciado, o (b) sea un operador OTT cuyos clientes deberán disponer de conectividad a Internet y capacidad de reproducir vídeo mediante DRM (digital rights management).*

*Lo anterior implica que los abonados de Telecable que no cuentan con descodificador no pueden disfrutar de forma inmediata del acceso a los canales de fútbol de la oferta mayorista, pues previamente deben contratar e instalar en su domicilio un descodificador. De esta manera, la Dirección de Competencia estima que estos clientes de Telecable son asimilables a clientes de banda ancha fija sin servicios de televisión de pago, de cara a la contratación de los canales de fútbol de la oferta mayorista de TELEFÓNICA.” [énfasis añadidos].*

También se indica en la Resolución de 4 de mayo de 2017:

*“... a juicio de la Dirección de Competencia, la clave de cara a incluir o no a estos abonados en el cómputo está en la previsión y ejecución de algún sistema de acceso condicional en la plataforma de televisión, que permita o no dar acceso de forma inmediata a los canales de fútbol de la oferta mayorista a los clientes que estén interesados en los mismos.” [énfasis añadido].*

Por consiguiente, de la resolución de la CNMC de 4 de mayo de 2017 se constata que los clientes de TELEFÓNICA que disponen de un descodificador para el acceso a contenidos de televisión de pago de Telefónica, aunque no hayan contratado ningún producto con canales de la oferta mayorista, disponen de la capacidad necesaria para poder hacerlo en cualquier momento.

Así, en la respuesta de TELEFÓNICA de 10 de septiembre de 2018 (al requerimiento formulado por la Dirección el 7 de septiembre de 2018), TELEFÓNICA afirma que “*confirmamos que, por error, no incluía a los abonados de Fusión Contigo con acceso IPTV, siendo estos [...], ...*”. Es evidente de esta respuesta que TELEFÓNICA reconoce haber omitido incluir en su momento a los [...] clientes de Fusión Contigo IPTV porque, evidentemente, podían llegar a contratar productos con canales de la oferta de una forma inmediata al disponer ya de un descodificador.

De igual manera, en la respuesta de TELEFÓNICA de 9 octubre de 2018 (al requerimiento formulado por la Dirección de Competencia de 26 septiembre de 2018), al referirse al apartado 3.2, último párrafo, de las condiciones tipo de la segunda oferta mayorista, TELEFÓNICA diferencia a los abonados a Fusión Contigo IPTV (con descodificador) del resto de abonados a Fusión Contigo OTT (sin descodificador), al objeto de justificar que solo los primeros deben ser tenidos en cuenta en el cómputo del CMG:

*“Así, quedan fuera de esta definición, estos clientes del producto Fusión Contigo OTT que, si bien están registrados y activos, en ningún momento han podido contratar ninguno de los canales de la Oferta Mayorista sin que hubiera una previa actuación por parte de Telefónica para instalarle un descodificador en el domicilio del cliente, con la consiguiente migración a un producto de IPTV.*

*De forma que cualquier cliente que quisiera contratar alguno de los canales de contenido premium estaría obligado a migrarse del Fusión Contigo a otro producto del catálogo con descodificador y que soportara su servicio en IPTV.*

*Esta práctica es plenamente consistente con lo dispuesto en la Resolución del Primer Informe de Vigilancia en el apartado relativo a los abonados de televisión de pago que debían ser computados de Telecable.” (Subrayado añadido).*

Resulta indubitado, por tanto, que TELEFÓNICA reconoce la capacidad de los clientes de Fusión Contigo IPTV a contratar de forma inmediata productos con canales de la oferta mayorista, al disponer ya de descodificador y de acceso IPTV (sobre banda ancha fija).

Consta en el expediente VC/612/TELEFÓNICA/DTS la respuesta de TELEFÓNICA de 7 marzo de 2019 (en relación con el requerimiento de información de 25 febrero de 2019), sobre el detalle de los abonados a la TV de pago de Telefónica a 1 de mayo de 2017 para el reparto del CMG del canal de fútbol Partidazo en la temporada 2017/2018. En dicha respuesta, TELEFÓNICA reporta que consideró para el reparto inicial del CMG referido en julio de 2017 (con los operadores Vodafone, Orange y Mediapro), un total de [...] abonados residenciales a la TV de pago, incluyendo a [...] abonados con descodificador de productos Movistar+ Contigo IPTV, para los que TELEFÓNICA no plantea ninguna duda sobre su cómputo, a la vez que sí excluye [...] abonados de Movistar TV con Acceso OTT (sin descodificador).

Frente a las consideraciones de TELEFÓNICA en sus alegaciones de 4 octubre 2019 sobre el supuesto sesgo, descontextualización y mala interpretación por parte de la Dirección de Competencia respecto a la inclusión de los abonados a Fusión Contigo IPTV, ha quedado acreditado que (i) la propia Telefónica ha reconocido su error, (ii) ha abonado la diferencia cobrada en exceso posteriormente a los operadores afectados y (iii) sigue computando como abonados a la TV de pago a los de características similares en los sucesivos repartos de CMG.

#### **b) Evolución de los criterios y los productos implicados en la definición de abonado de televisión de pago.**

También en sus alegaciones de 4 de octubre de 2019, TELEFÓNICA defiende la ausencia de tipicidad de su conducta, dado que los criterios y los productos a los que se ha aplicado han ido evolucionando como consecuencia de los movimientos del mercado y de las sucesivas resoluciones a lo largo del periodo de vigilancia de los compromisos, sin que se pueda reprochar ningún incumplimiento claro de ningún criterio asentado.

TELEFÓNICA argumenta que no es hasta mayo de 2016, cuando por primera vez se hubiera podido plantear el debate sobre la potencialidad de estos clientes de Fusión Contigo respecto de la Condición 3.2. Y no es hasta la resolución de 11 de junio de 2019, que el Consejo de la CNMC por primera vez se manifiesta y resuelve respecto de esta categoría de clientes. Entiende TELEFÓNICA que no había, en la fecha en la que se calcula el Coste Mínimo Garantizado del Partidazo (julio 2016), ningún precedente, ni ningún pronunciamiento de la CNMC, que hubiera podido vulnerar TELEFÓNICA no incluyendo a los clientes de Fusión Contigo, como requiere el principio de tipicidad.

Además de lo ya indicado en los hechos acreditados sobre cómo TELEFÓNICA había aportado ya la información relevante a la CNMC en el marco de otras obligaciones regulatorias en mayo de 2016, incluyendo correctamente dichos abonados a Fusión Contigo IPTV, reconoce la propia TELEFÓNICA que, en noviembre de 2016, sí se computaron como abonados de TV de pago los clientes de Fusión Contigo IPTV para el cálculo de los canales de motor.

La tipicidad como derivación del principio de legalidad exige una adecuación estricta entre la conducta prohibida descrita en el tipo y el hecho cometido o conducta realizada que se analiza. En este caso la infracción consiste en contravenir el Anexo 1, apartado 1.1.a) de los compromisos presentados por TELEFÓNICA y a los que se subordinó la concentración C/0612/14 TELEFÓNICA/DTS, en lo tocante al cómputo debido de los abonados de televisión de pago para el reparto inicial del CMG, en este caso del canal Partidazo. La evolución argumental de TELEFÓNICA desde su conceptualización como, primero “error”, posteriormente “incoherencia, inconsistencia o divergencia en el tratamiento” y, finalmente, “serias dudas”, no cuestiona la tipificación de la conducta sancionable. Los elementos definidores de los abonados a la televisión de pago a los efectos del cálculo inicial del CMG para el canal Partidazo eran perfectamente conocidos y factibles para TELEFÓNICA en virtud de los elementos disponibles en julio de 2016, permitiéndola prever, con la seguridad jurídica exigible, tanto el alcance de su obligación al realizar ese cómputo como las consecuencias de no realizarlo de la forma debida, incumpliendo los compromisos presentados por TELEFÓNICA en abril de 2015.

En conclusión, las alegaciones de TELEFÓNICA respecto de la falta de tipicidad de la conducta no pueden ser acogidas, lo que lleva a esta Sala a considerar que la conducta de TELEFÓNICA analizada constituye una infracción muy grave del artículo 62.4.c) de la LDC, consistente en el incumplimiento de la resolución de 22 de abril de 2015 (C/0612/14), al haber incumplido el anexo I, apartado 1.1.a) presentado por TELEFÓNICA y aprobado por la CNMC, en desarrollo del compromiso 2.9 j).

### **3.2.- Responsabilidad de TELEFÓNICA.**

Habiendo quedado acreditadas y calificadas las conductas contrarias a la LDC, el artículo 63.1 de la LDC condiciona el ejercicio de la potestad sancionadora en materia

de multas por parte de la Autoridad de Competencia a la concurrencia en el sujeto infractor de dolo o negligencia en la realización de la conducta imputada.

El artículo 28.1 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (LRJSP), establece que sólo podrán ser sancionadas por hechos constitutivos de infracción administrativa las personas físicas y jurídicas, así como, cuando una Ley les reconozca capacidad de obrar, los grupos de afectados, las uniones y entidades sin personalidad jurídica y los patrimonios independientes o autónomos, que resulten responsables de los mismos a título de dolo o culpa.

De la infracción indicada en los hechos probados es responsable TELEFÓNICA, conforme al artículo 62.4 de la LDC, que establece que *“son infracciones muy graves incumplir o contravenir lo establecido en una resolución, acuerdo o compromiso adoptado en aplicación de la presente Ley, tanto en materia de conductas restrictivas como de control de concentraciones”* y el artículo 61.1 que indica que serán sujetos infractoras las personas físicas que realicen las acciones tipificadas como infracciones en la LDC.

En relación con la culpabilidad, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y Tribunal Supremo viene afirmando que los principios del Derecho Penal son de aplicación, con matizaciones, al Derecho Administrativo Sancionador.

Es criterio jurisprudencial que *“la conducta debe ser reprochable, al menos, a título de negligencia, lo que excluye que necesariamente deba concurrir como elemento subjetivo de lo injusto el dolo (en cualquiera de sus grados); sino que basta con que se presencie la falta de una debida y básica diligencia”* (sentencia del TS de 20 de diciembre de 1996).

En todo caso, el elemento subjetivo que la culpabilidad supone se refiere a la acción en que la infracción consiste y no a la vulneración de la norma, tal y como ha declarado reiteradamente la jurisprudencia. Así, la sentencia del Tribunal Supremo de 30 de enero de 1991 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 7ª), en su Fundamento de Derecho 4, indica:

*“Por último, en cuanto a la alegada ausencia de intencionalidad de incumplir las disposiciones legales, referidas en la resolución sancionadora, y a la necesidad del dolo o culpa como elemento de la infracción administrativa, debe señalarse que, sin negar este elemento, no puede afirmarse que el dolo o la culpa deban entenderse como acto de voluntad directamente referido a la vulneración de la norma que define el tipo de falta, sino que con lo que debe relacionarse dicha voluntad, como elemento del dolo o culpa, es con la conducta y el resultado de ella que dicha norma contempla como supuesto del tipo de falta.*

*No es que se quiera vulnerar la norma, sino que se quiera realizar el acto que la norma prohíbe”.*

Se considera que una actuación mínimamente diligente de TELEFÓNICA en relación con los compromisos derivados de la resolución de 22 de abril de 2015, le habría permitido tomar en consideración una cifra de abonados de TELEFÓNICA correcta y

no menor a la real a los efectos del reparto inicial del CMG y habría evitado los efectos mencionados.

En este sentido, TELEFÓNICA disponía de los datos y los medios precisos para que tal error de cómputo no se produjera, como así sucedió en el caso de la contabilización de abonados de TV de pago para el cálculo de los canales de motor.

TELEFÓNICA es una empresa con un alto grado de sofisticación, que ha sido parte en diversos expedientes de la LDC en los últimos años, tanto en procedimientos sancionadores como de control y vigilancia de concentraciones, que le hacen perfectamente conocedora de la normativa de competencia y de las consecuencias de su incumplimiento.

En relación a la culpabilidad de la conducta, TELEFÓNICA expone en sus alegaciones de 4 de octubre de 2019 la ausencia de la misma en cualquier grado, dado que el *iter* de los hechos acredita que no existía voluntad de ocultar para los cálculos del CMG a los clientes controvertidos, habiendo actuado con absoluta diligencia para el cumplimiento de los compromisos. Cita TELEFÓNICA, en apoyo de su argumento, la sentencia del Tribunal Supremo de 19 de diciembre de 2013 en la cual, en materia de sanciones administrativas, se indica que un error interpretativo no debe ser objeto de sanción en el ejercicio de la potestad administrativa sancionadora, si existe una duda razonable sobre la interpretación de la norma, en ausencia de ocultación de información o datos.

La sentencia del Tribunal Supremo de 19 de diciembre de 2013 (rec. 2924/2012), que TELEFÓNICA cita, recayó en un ámbito del derecho administrativo sancionador diferente (obligaciones tributarias) en relación a la interpretación, por parte del obligado tributario al impuesto de la renta de las personas físicas, sobre la dimensión y alcance de los conceptos de obras incluidos en la rehabilitación de una edificación. No puede considerarse que la posición de TELEFÓNICA sobre la conceptualización de los abonados que deben ser computados para el cálculo del CMG, conforme a las previsiones de los compromisos presentados en el marco de la operación de concentración C/612/15 y de sus Condiciones Tipo, pueda ser análoga a la de las circunstancias que concurrían en el caso de la sentencia citada (persona física que declara incorrectamente su actividad económica bajo el epígrafe de albañilería en lugar de construcción completa). Tampoco se considera que, en el supuesto de hecho que aquí se analiza, se den las circunstancias de error disculpable exonerador de la culpabilidad que se imputa a TELEFÓNICA a título al menos de negligencia no excusable.

Indica TELEFÓNICA en sus alegaciones que “se observa en esta Propuesta una evolución en la propia DC, que relaja su valoración de los hechos admitiendo quizás el carácter dudoso de la cuestión” por comparación con lo indicado en el acuerdo de incoación.

Lo cierto es que no se aprecia tal relajación en la valoración de los hechos o admisión del carácter dudoso de la cuestión por la Dirección de Competencia, la cual señala de forma taxativa en su propuesta de Resolución que esa cuestión no resulta dudosa en

sentido conceptual y que tampoco arrojaba dudas a la propia TELEFÓNICA, señalando la Dirección, a título de ejemplo, entre otros pasajes igualmente contundentes en su valoración, que *“frente a lo ahora señalado por TELEFÓNICA en sus alegaciones, sobre las “serias dudas” respecto de la potencialidad de la planta de los clientes que disponían del servicio comercializado con el nombre Fusión Contigo IPTV existente en mayo de 2016 [...] abonados) para catalogarlos como abonados de televisión de pago conforme a los compromisos y a la correspondiente Condición Tipo de la segunda oferta mayorista, mantiene esta Dirección de Competencia, tras analizar las alegaciones de TELEFÓNICA, que los abonados de Fusión Contigo IPTV fueron incorrectamente no incluidos en el cálculo del reparto inicial del CMG del canal Partidazo en su debido momento.”* También señala la Dirección que *“la consideración de una cifra de abonados de TELEFÓNICA menor a la real tenía como efecto un reparto del CMG indebidamente incrementado para tales operadores, los cuales debían decidir, a la vista de las cifras que TELEFÓNICA les asignaría como resultado del potencial reparto, si finalmente contrataban el canal “Partidazo”, teniendo en cuenta la inminencia del comienzo de la temporada de fútbol 2016/2017”, o que “considera que una actuación mínimamente diligente de TELEFÓNICA en relación con los compromisos derivados de la Resolución de 22 de abril de 2015 le habría permitido tomar en consideración una cifra de abonados de TELEFÓNICA correcta y no menor a la real a los efectos del reparto inicial del CMG y habría evitado los efectos mencionados.”*

En la presente resolución se considera, con base en la jurisprudencia citada, que la responsabilidad de la infracción existe tanto en el caso de que exista una acción con intención demostrada de infringir una norma como cuando, por omisión, no se observa el grado de diligencia necesario.

Esta responsabilidad se concreta, por tanto, en que TELEFÓNICA, en julio de 2016, fecha en la que los distintos operadores interesados mostraron su potencial interés en contratar el canal Movistar Partidazo, no actuó con la diligencia debida y exigible, al no realizar las comprobaciones necesarias relativas al número propio de abonados a la televisión de pago a fecha 1 de mayo de 2016, tomando en consideración una cifra errónea e inferior en [...] abonados.

#### **CUARTO. – OTRAS ALEGACIONES DE TELEFÓNICA.**

A continuación, se examinan otras alegaciones presentadas por TELEFÓNICA, tanto en su escrito de alegaciones al acuerdo de incoación, como en la incluidas en su escrito de alegaciones a la propuesta de resolución, presentado con fecha 4 de octubre de 2019.

##### **4.1.- Sobre la vulneración del procedimiento de vigilancia por la omisión del preceptivo trámite de alegaciones previo a la resolución de la CNMC de 11 de junio de 2019 que insta la incoación del expediente sancionador.**

En sus sucesivas alegaciones al presente expediente sancionador, TELEFÓNICA sostiene que durante la tramitación del expediente de vigilancia VC/0612/14

TELEFÓNICA/DTS se produjo una clara lesión de sus derechos de defensa reconocidos en el artículo 24 de la Constitución Española que no resulta en modo alguno subsanable en este expediente SNC/DC/102/19 TELEFÓNICA CMG.

Según TELEFÓNICA durante la tramitación del expediente VC/0612/14, la Dirección de Competencia incumplió lo previsto en el artículo 42.3 del Reglamento de Defensa de la Competencia, aprobado Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero (RDC), al elevar un informe de vigilancia a la Sala de Competencia del Consejo informando de un posible incumplimiento de TELEFÓNICA sin notificarlo ni permitirle formular alegaciones. De este modo, según TELEFÓNICA, la Dirección de Competencia puso en conocimiento del Consejo, sin permitirle manifestar lo que en su derecho tuviera por conveniente, unos hechos y unas valoraciones no sometidas a contradicción, obligando al Consejo a pronunciarse respecto de meras valoraciones de parte, predisponiéndole en contra del administrado.

TELEFÓNICA recuerda que el 24 de enero de 2018 se le notificó una propuesta de informe parcial de vigilancia (IPV) que *“no apreciaba ningún indicio de incumplimiento de la resolución de Compromisos”*. La Dirección de Competencia elevó su informe parcial de vigilancia a la Sala de Competencia el 19 de junio de 2018 y el 12 de septiembre de 2018 la Sala de Competencia acordó la devolución de las actuaciones a la DC a fin de completar la instrucción.

Sin embargo, el 18 de marzo de 2019, la DC elevó un nuevo IPV a la Sala de Competencia en el que se presentaban hechos nuevos y nuevas valoraciones y una propuesta distinta a la notificada en enero de 2018 a TELEFÓNICA, sin concederla nuevo trámite de alegaciones. Subraya TELEFÓNICA que, en aplicación del artículo 42.3 del RDC, una vez apreciados por la Dirección de Competencia aparentes indicios de incumplimiento, debería haberse notificado el nuevo informe de vigilancia para que hiciera las oportunas alegaciones, antes de elevarlo al Consejo. Según TELEFÓNICA, esta *“irregular tramitación”* ha tenido un efecto sobre el resuelve segundo de la resolución del Consejo de 11 de junio de 2019, que declara la existencia de indicios de incumplimiento e interesa a la Dirección de Competencia la incoación de este expediente sancionador, sin que TELEFÓNICA hubiera podido hacer con carácter previo alegaciones en su defensa.

En sus alegaciones de 4 de octubre de 2019 a la propuesta de resolución, TELEFÓNICA reitera las consideraciones anteriores y señala que las actuaciones desarrolladas por la DC como órgano de vigilancia durante la tramitación del expediente VC/0612/14 no pueden subsanar en ningún caso su incumplimiento del artículo 42.3 del RDC. Por ello, los tres requerimientos de información que se le formularon en dicho procedimiento no son equivalentes a la notificación del informe de vigilancia al que se refiere el artículo 42.3 del RDC.

Indica igualmente TELEFÓNICA que no comparte la consideración de la DC respecto a la falta de novedad de los hechos incluidos en el IPV elevado con fecha 18 de marzo de 2019. Para TELEFÓNICA se trata de hechos que no se contenían en el anterior IPV que le fue notificado en enero de 2018, y en tal medida eran nuevos. Igualmente, señala que, en el punto 7 de la segunda propuesta de IPV (párrafos 266 a 275), se valora ampliamente y de una manera absolutamente novedosa estos hechos nuevos

calificándolos como de un incumplimiento, sin haberle dado la oportunidad de alegar nada en su defensa.

Según TELEFÓNICA el uso del término “error” en sus comunicaciones con la Dirección de Competencia sobre la cuestión del número de abonados a computar a los efectos del cálculo del CMG del Partidazo ha sido inadecuadamente interpretado por la Dirección como una admisión por su parte de que la planta de Fusión Contigo IPTV debía de haber computado en dicho cálculo cuando el error al que se referían era simplemente la *“inconsistencia entre los datos usados para el cómputo de abonados a TV de Pago respecto del canal Partidazo y respecto de los canales de Motor”*. Insiste TELEFÓNICA en que la inconsistencia en el tratamiento de los datos fue reparada procediendo a las devoluciones, pero *“sin admitir que esa planta de clientes fuera claramente computable conforme a la definición que al efecto hay en las Condiciones Tipo de la Oferta Mayorista de Canales”*.

Concluye TELEFÓNICA su alegación sobre esta cuestión señalando que, si la DC hubiera cumplido con el procedimiento previsto en el artículo 42.3 del RDC, dando trámite de alegaciones al informe propuesta antes de elevárselo al Consejo, TELEFÓNICA habría podido adelantar todas estas explicaciones y evitar que el Consejo diera por buenas las valoraciones que, inaudita parte, consideró la DC, resolviendo declarar la existencia de indicios de incumplimiento. Finaliza TELEFÓNICA su exposición señalando que *“en contra de lo sostenido por la DC, este procedimiento sancionador no es el trámite adecuado para la defensa de Telefónica y que, como consecuencia de esta irregular tramitación, habría que proceder directamente a su archivo”*.

La Sala no puede aceptar las alegaciones de indefensión expuestas ya que no contemplan las diferencias existentes entre el procedimiento de vigilancia regulado en el artículo 41 de la LDC y el procedimiento sancionador por incumplimiento de lo establecido en una resolución adoptada en aplicación de la LDC previsto en el artículo 62.4.c) de dicha Ley.

Como señala la DC lo que resolvió el Consejo en su resolución de 11 de junio de 2019 es la existencia de *indicios* de incumplimiento del anexo 1, apartado 1.1.a) de los compromisos por parte de TELEFÓNICA y, en consecuencia, interesa la incoación del presente expediente sancionador, donde TELEFÓNICA ha tenido la facultad de alegar o proponer los medios de prueba que mejor convenga a su defensa en relación al posible incumplimiento de los compromisos derivados de la resolución de 22 de abril de 2015 en relación al cálculo del reparto inicial del CMG aplicado a los operadores y, en particular, al cómputo debido de abonados propios de televisión de pago.

La pretendida irregularidad motivada por la señalada falta de notificación se produjo en el expediente de vigilancia VC/0612/14 TELEFÓNICA/DTS de distinta naturaleza jurídica y con un objeto diferente al presente expediente sancionador incoado el 12 de julio de 2019. Durante el mismo TELEFÓNICA ha podido presentar alegaciones en distintos momentos procesales, pudiendo ejercer su derecho de defensa con total

libertad y amplitud sobre cualquier documento o pormenor del presente expediente o del anterior expediente de vigilancia VC/0612/14 TELEFÓNICA/DTS, incluido el mencionado IPV de 18 de marzo de 2018.

En concreto, además de las repetidas alegaciones respecto a este pretendido defecto procesal del expediente VC/0612/14, presentes en todas las alegaciones remitidas, TELEFÓNICA cita expresamente varias veces el contenido del mencionado IPV de 18 de marzo de 2018 para discutir, entre otras cuestiones, la interpretación ofrecida por la Dirección de Competencia del significado de la palabra “error” en sus comunicaciones.

De este modo se constata el perfecto conocimiento por parte de TELEFONICA del mencionado informe sin que la ausencia de notificación del mismo en el expediente VC/0612/14 haya menoscabado su derecho de defensa. La diferencia esencial entre la naturaleza del expediente sancionador frente a otros expedientes de la autoridad de competencia, y la posibilidad de utilizar en toda su extensión el derecho de defensa por parte de los imputados frente a cualquier constatación anterior, fue señalada por la Audiencia Nacional en su sentencia de 28 de septiembre de 2012 (recurso 0566/2010): *“Ahora bien el recurrente sí que puede discutir en este procedimiento todos los elementos del tipo sancionador teniendo en cuenta las particularidades del procedimiento sancionador que no son las mismas que en un procedimiento de concentración”*.

Esta clara diferencia entre los procedimientos de vigilancia y sancionador y sus efectos jurídicos fue puesta de manifiesto por el Tribunal Supremo en su sentencia de 8 de mayo de 2018 (recurso casación nº 527/2016):

*“De los preceptos transcritos se deduce que el procedimiento de vigilancia no tiene carácter sancionador ni las resoluciones que se adopten como consecuencia del mismo pueden condicionar en forma alguna un eventual posterior procedimiento sancionador.*

*En efecto, el procedimiento de vigilancia tiene por objeto constatar el estado de cumplimiento de una obligación impuesta por el órgano regulador y, en su caso, instar al cumplimiento de la obligación sometida a vigilancia mediante la imposición de multas coercitivas (art. 42.5 del Reglamento). Y aunque verse sobre los mismos hechos que un eventual posterior procedimiento sancionador, en ningún caso puede considerarse que tenga por objeto la determinación de si se ha incurrido en la infracción grave contemplada en el artículo 62.4.c) de la Ley de Defensa de la Competencia.*

*En el marco de su limitado alcance (verificar el estado de cumplimiento de una obligación) el procedimiento de vigilancia puede lógicamente concluir con una declaración de cumplimiento o de incumplimiento, parcial o completo en uno u otro caso, y circunscrita al momento en que se ha desarrollado el procedimiento. Pero su objeto no es, conviene insistir, constatar si se ha incurrido en un incumplimiento que incurra en la referida infracción muy grave, sino constatar el estado de la cuestión para, en su caso, incentivar el cumplimiento de la obligación mediante la previsión de multas coercitivas o*

*incoar un expediente sancionador. Por consiguiente, es perfectamente admisible que constatada una situación de incumplimiento (parcial o completo y en el momento en que se realiza la vigilancia) que pudiera ser constitutivo de la referida infracción, se acuerde como consecuencia del procedimiento de vigilancia, como ha sucedido en el caso de autos, la incoación de un procedimiento sancionador” (subrayado añadido).*

Y añade a continuación:

*“a resultas del estado de cumplimiento constatado se puede instar la incoación de un procedimiento sancionador, el cual sí que tiene por objeto precisamente valorar si el incumplimiento detectado constituye una infracción ex artículo 62.4.c) de la Ley de Defensa de la Competencia.*

*Desde la perspectiva de un hipotético procedimiento sancionador, los resultados del procedimiento de vigilancia (en especial, la declaración de incumplimiento), es una apreciación circunscrita al momento en que se dicta y que no implica necesariamente que tal incumplimiento suponga la comisión de la infracción ex 62.4.c)”.*

Según ha señalado el Tribunal Supremo todo lo evaluado y decidido en el procedimiento de vigilancia no puede condicionar en forma alguna la valoración de los hechos probados y de las alegaciones presentadas en el expediente sancionador.

Dicha evaluación ha sido completa y pormenorizada, respondiendo a todas y cada una de las alegaciones presentadas por TELEFÓNICA en su defensa, derecho que la empresa incoada ha podido ejercer en toda su extensión y sin ninguna limitación.

En definitiva, no se constata omisión o actuación lesiva del derecho de defensa de TELEFÓNICA.

#### **4.2.- Sobre la ausencia de efectos en el mercado**

En sus sucesivas alegaciones TELEFÓNICA señala que la conducta que se le imputa no ha tenido efectos negativos, ni siquiera potenciales, en la capacidad competitiva de los competidores ni le ha reportado ninguna ventaja o beneficio.

TELEFÓNICA señala que los efectos expuestos por la DC son meramente teóricos sin que ninguno de ellos haya llegado a materializarse ni haya podido afectar en ningún modo al mercado, ni respecto a las decisiones tomadas en la compra del canal, ni respecto a la distribución y comercialización de éste para ninguno de los agentes participantes.

Argumenta la operadora que el impacto relativo de la diferencia de precio pagado para cada uno de los operadores (Vodafone, Orange y Telecable) alcanza porcentajes inferiores al [...] % en todos los casos. Alega también TELEFÓNICA que a los tres operadores que confirmaron su interés en la contratación en la tercera ronda, el precio no les disuadió, mientras que en el caso de Euskaltel, R Cable y Procono desistieron de la contratación en cuanto conocieron el primer precio, más bajo que el que les hubiera correspondido finalmente de haber avanzado en las rondas, por lo que la falta

de cómputo de los clientes de Fusión Contigo controvertidos no tuvo efecto en su potencial contratación del canal “Partidazo”. Obwan, el cuarto operador en contratar el canal, declaró no tener abonados de televisión de pago en mayo de 2016, por lo que esa diferencia en el cómputo de clientes de TV de pago señala TELEFÓNICA que tampoco tuvo impacto para ese operador. Alega incluso TELEFÓNICA que los operadores habrían resultado finalmente beneficiados, al haber adquirido unas franquicias de cuotas de abono por un precio, haber dispuesto de ellas comercialmente sin superar el número de cuotas por abonados y haber recibido posteriormente la regularización correspondiente en septiembre de 2018, sin que ello haya supuesto una reducción de cuotas.

En sus alegaciones de 4 de octubre de 2018, TELEFÓNICA reitera que los efectos del no cómputo de abonados residenciales a Fusión Contigo con acceso IPTV que señala la Dirección de Competencia en su propuesta de resolución son meramente teóricos. Considera TELEFÓNICA que tales efectos no se han materializado y no han afectado al mercado ni a las decisiones de los competidores en la compra del canal ni a la comercialización de tal canal por parte de los operadores participantes. Señala además TELEFÓNICA que sus alegaciones sobre la falta de efectos de la conducta no son debidamente respondidas en la propuesta de resolución de la Dirección de Competencia. Concluye TELEFÓNICA, como hacía en las alegaciones al acuerdo de incoación, que la estimación al alza de los CMG no tuvo ni pudo tener efectos, ni siquiera potenciales, que no resultaran absolutamente neutralizados por la regularización posterior, que incluso supuso una ventaja para los operadores contratantes (y un doble perjuicio para Telefónica), los cuales habrían disfrutado de más cuotas de las que realmente abonaron.

Las alegaciones de TELEFÓNICA sobre la ausencia de efectos no pueden atenderse.

Tal y como ya se ha señalado, los abonados a Fusión Contigo IPTV debían haber sido oportunamente contabilizados en base al apartado 3.2 de las Condiciones Tipo de la oferta mayorista de canales de julio de 2016, para los abonados computables a 1 de mayo de 2016, como así se hizo por la misma TELEFÓNICA para los abonados a 1 de noviembre de 2016 para el cálculo de los canales Movistar Formula 1 y Movistar MotoGP, el error de TELEFÓNICA supuso una discriminación a su favor, frente a sus competidores.

En ese proceso de reparto inicial del CMG, la consideración de una cifra de abonados de TELEFÓNICA menor a la real tenía como efecto un reparto del CMG indebidamente incrementado para tales operadores, los cuales debían decidir, a la vista de las cifras que TELEFÓNICA les asignaría como resultado del potencial reparto, si finalmente contrataban el canal “Partidazo”, teniendo en cuenta la inminencia del comienzo de la temporada de fútbol 2016/2017.

Dicho error generó un encarecimiento de los costes a repartir entre el conjunto del resto de los operadores contratantes del canal “Partidazo” (Vodafone, Orange y Telecable), y una reducción de los costes correspondientes para TELEFÓNICA. Este

encarecimiento y correspondiente merma económica podría haber tenido efectos desincentivadores a la hora de contratar el repetido canal y suponer una desventaja competitiva para tales operadores en la comercialización de productos con dicho canal, al haber tenido que asumir en aquel momento unos costes superiores a los debidos, mientras que TELEFÓNICA se benefició de unos costes inferiores a los que verdaderamente le correspondían por el peso relativo del criterio del 75%. Asimismo, debe tenerse en cuenta que una estimación al alza del CMG a asumir por el resto de operadores presenta como efecto potencial una posición injustificadamente desventajosa en la definición de los precios minoristas y otras políticas comerciales para dichos competidores en el período relevante evidentemente no susceptibles de ser subsanados por la posterior regularización.

Las propias alegaciones de TELEFÓNICA reconocen la existencia real de los efectos que pretende negar, aunque traten de minimizarlos al máximo señalando el escaso porcentaje de encarecimiento o abaratamiento que el error detectado suponen respecto de los presupuestos de compra de las distintas operadoras implicadas. No obstante, la resolución de la CNMC de 19 de junio de 2019 ya señaló que el *“efecto para los distintos operadores no fue despreciable, pues el impacto real encareció el que debería haber sido el reparto inicial por Telefónica de los costes por CMG (según sus cálculos) en un [...] % para Vodafone, un [...] % para Orange y un [...] % para Telecable, mientras que derivó en un ahorro del [...] % para Telefónica”*.

Como señala la propuesta de resolución de 12 de septiembre de 2019, una estimación al alza del CMG a asumir por el resto de operadores puede provocar un impacto en la definición de los precios minoristas y otras políticas comerciales para dichos competidores en el período relevante y, por tanto, en su capacidad de competir.

Se trata, por tanto, de efectos reales que no pueden desconocerse y cuya magnitud podrá ser tomada en consideración en la determinación de la sanción, pero no para determinar la inexistencia de la conducta, como pretende TELEFÓNICA en sus alegaciones, que deben desestimarse.

#### **4.3.- Sobre el carácter desproporcionado de la tramitación del presente procedimiento sancionador**

Vinculado a la anterior alegación sobre la falta de efectos de la conducta, TELEFÓNICA argumenta el carácter desproporcionado de la tramitación del presente procedimiento sancionador, citando como elemento de contraste que otros operadores han cometido errores reconocidos por la CNMC, no siempre regularizados y que han perjudicado a TELEFÓNICA. En relación a esta cuestión del perjuicio soportado por TELEFÓNICA, aporta la sentencia del Juzgado de Primera Instancia nº 28 de Barcelona, de 21 de junio de 2019 (procedimiento ordinario 228/2018 -C1), que desestima la demanda judicial interpuesta por TELEFÓNICA contra Mediapro, en el contexto del desistimiento unilateral por parte de ese operador en la primera oferta mayorista respecto de la contratación de los canales de fútbol (anexo III a las alegaciones, incorporado al expediente).

Respecto a lo anterior, esta Sala debe remitirse a la naturaleza de los compromisos presentados por la propia TELEFÓNICA en el marco de la concentración C/0612/14, anexos a la resolución de la CNMC de abril de 2015, y cuyo cumplimiento corresponde a TELEFÓNICA, constituyendo el incumplimiento de los mismos una infracción muy grave. La vigilancia de tal resolución corresponde a la Dirección de Competencia y la incoación y tramitación del presente procedimiento sancionador es una consecuencia debida de la existencia de indicios de incumplimiento de tal resolución, no pudiendo por tanto considerarse ni calificarse como desproporcionado, máxime cuando, como se ha indicado, el incumplimiento está anudado a un tipo infractor que tiene la calificación legal de muy grave.

#### **QUINTO. - DETERMINACIÓN DE LA SANCIÓN**

El artículo 62.4.c) de la LDC establece que son infracciones muy graves las conductas que consistan en incumplir o contravenir lo establecido en una resolución, acuerdo o compromiso adoptado en aplicación de la presente Ley, tanto en materia de conductas restrictivas como de control de concentraciones.

Conforme al artículo 63.1.c) de la LDC, en el caso de infracciones muy graves, la sanción a imponer será una multa de hasta el 10% del volumen de negocios total de la empresa infractora en el ejercicio inmediatamente anterior al de la imposición de la multa. Para la determinación del importe de la sanción ha de seguirse lo dispuesto en el artículo 64 de la LDC, que establece los criterios de graduación de las sanciones, poniéndolo en relación con el artículo 29 de la LRJSP, que regula el principio de proporcionalidad dentro de los principios de la potestad sancionadora, en cuyo apartado 3 se establece la observancia de la debida idoneidad y necesidad de la sanción a imponer y su adecuación a la gravedad del hecho constitutivo de la infracción.

La Sala coincide con la consideración que realiza la DC en su propuesta de resolución, en que no ha quedado acreditado que haya habido dolo, si bien la conducta se produce a título de culpa, como consecuencia de la inobservancia del deber de TELEFÓNICA de computar correctamente la cifra de abonados de TV de pago relevante a los efectos del reparto inicial del CMG y por la omisión de la debida diligencia exigible a este operador en el cumplimiento de sus obligaciones derivadas de los compromisos presentados por TELEFÓNICA el 14 de abril de 2015, en el marco de la operación de concentración económica TELEFÓNICA/DTS.

Pese a que TELEFÓNICA procedió a regularizar la situación a los efectos del reparto del coste mínimo garantizado, no cabe entender que lo hiciera en puridad a iniciativa propia, al contrario de lo indicado en sus alegaciones, sino que la discrepancia de datos se puso de manifiesto tras un específico requerimiento de información formulado por la Dirección de Competencia el 7 de septiembre de 2018. Sin embargo, la regularización se realizó por TELEFÓNICA inmediatamente después de reconocerse la discrepancia, y en tal medida debe ser considerado un elemento atenuante a la hora de fijar el importe de la sanción.

Igualmente, no se comparte el argumento de TELEFÓNICA de que no se produjo repercusión económica como consecuencia de la conducta infractora ni se causó un perjuicio a los operadores afectados o al mercado, dado que el cálculo del CMG se realizó sobre unas bases incorrectas en julio de 2016 y los operadores recibieron de TELEFÓNICA la compensación correspondiente una vez que la discrepancia de datos fue reconocida por la operadora tras el requerimiento de información formulado por la Dirección de Competencia en septiembre de 2018, más de un año después de que la temporada de fútbol 2016/2017 hubiese finalizado.

Un aspecto relevante a considerar en la determinación del importe de la sanción que corresponde imponer es el ahorro que la conducta infractora le supuso a TELEFÓNICA inicialmente en julio de 2016 (y cuyos efectos sobre la competencia no pudieron ser subsanados, pues la devolución de TELEFÓNICA se produjo una vez este efecto ya no podía ser corregido). La cantidad, tomando como referencia el importe regularizado por TELEFÓNICA a los operadores (Vodafone, Orange y Telecable), alcanza [...] de euros, por lo que la sanción debería ser acorde con esta referencia. No obstante, hay que tener también en consideración que un ahorro para TELEFÓNICA de ese importe desde la perspectiva competencial no es simétrico, sino que resulta inferior al impacto que en los otros operadores considerados pueda tener el correspondiente encarecimiento. Tal como señala la resolución de la CNMC de 19 de junio de 2019: *“El efecto para los distintos operadores no fue despreciable, pues el impacto real encareció el que debería haber sido el reparto inicial por Telefónica de los costes por CMG (según sus cálculos) en un [...] % para Vodafone, un [...] % para Orange y un [...] % para Telecable, mientras que derivó en un ahorro del [...] % para Telefónica”*. Adicionalmente, una estimación al alza del CMG a asumir por el resto de operadores es susceptible de provocar un impacto en la definición de los precios minoristas y otras políticas comerciales para dichos competidores en el período relevante y, por tanto, en su capacidad de competir.

Por otra parte, en relación a la posición del responsable de la infracción y la dimensión y características del mercado afectado, TELEFÓNICA tenía el 78,79% de cuota por ingresos del mercado de TV de pago en 2017 y el 57,76% por cuota por abonados. TELEFÓNICA ingresó 1.679,25 millones de euros por TV de pago, de un total de ingresos del mercado de la TV de pago en España de 2.154,15 millones de euros en 2017 (CNMC Data).

No obstante, con el fin de garantizar el máximo respeto al principio de proporcionalidad, la Sala conforme a lo expuesto por la DC en su propuesta de resolución, valora el carácter negligente de la infracción, así como la debida regularización realizada, en septiembre de 2018, por TELEFÓNICA, considerando suficientemente proporcionado y disuasorio imponer una multa de 1.500.000 euros, importe que supone un porcentaje evidentemente muy inferior al 10% del volumen total de negocios de TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A. UNIPERSONAL en el año 2018 que el artículo 63.1.c) de la LDC establece como máximo para el caso de infracciones tipificadas como muy graves.

En relación al importe de la multa propuesta, TELEFÓNICA considera que adolece de la necesaria motivación y es desproporcionada. Señala TELEFÓNICA su indefensión

ante la falta de método en la cuantificación de la sanción, de forma directa y a tanto alzado, sin que poder valorar cómo se ha realizado el cálculo.

Adicionalmente, TELEFÓNICA solicita que se valore la que considera falta de efectos de los hechos en el mercado y en los operadores, para que se considere una rebaja de la sanción.

También alega TELEFÓNICA que el argumento de la Dirección de Competencia de falta de simetría entre el ahorro de TELEFÓNICA y el sobrecoste para los demás operadores no está probado ni es correcto, puesto que la cantidad del sobrecoste pagado por cada operador está directamente indexada a su propia cuota de mercado.

Finalmente señala TELEFÓNICA que, para valorar la proporcionalidad de la sanción, la Dirección de Competencia debió valorar las distintas correcciones que la CNMC ha obligado a hacer a TELEFÓNICA y al resto de operadores, en base a sus informes de vigilancia y el tiempo que ha necesitado para evaluarlas. Además de remitirse a las alegaciones hechas al respecto en respuesta al acuerdo de incoación TELEFÓNICA añade como argumento y aporta como prueba documental (anexo I, folios 325-326) el escrito de Orange de 18 de septiembre 2018 notificado a la CNMC, también referido a sus abonados de televisión de pago, por el que vino a subsanar los errores que identificó respecto de su anterior reporte de julio 2018.

La propia TELEFÓNICA menciona cinco elementos argumentativos que expone la Dirección de Competencia a la hora de valorar la cuantificación de la propuesta de sanción, esto es, (i) la referencia a la cantidad ahorrada inicialmente por TELEFÓNICA; (ii) que el ahorro mencionado puede resultar inferior al impacto que en los otros operadores puede tener el correspondiente encarecimiento, por la falta de simetría entre los operadores; (iii) que el importe propuesto es muy inferior al importe máximo previsto para las infracciones muy graves, en cuanto al 10% del volumen total de negocios de TELEFÓNICA; (iv) que la devolución fuera un año más tarde de haberse terminado la temporada de fútbol correspondiente; (v) que la regularización realizada debe ser considerada como atenuante, si bien no se realizó a iniciativa propia de TELEFÓNICA sino tras la constatación de la no inclusión de tales abonados a raíz de un requerimiento de información formulado por la Dirección de Competencia. A ello hay que añadir un sexto elemento relativo a la posición de TELEFÓNICA y a la dimensión y características del mercado afectado, que se explicitan en la PR (78,79% de cuota por ingresos del mercado de TV de pago en 2017 y el 57,76% por cuota por abonados. TELEFÓNICA ingresó 1.679,25 millones de € por TV de pago, de un total de ingresos del mercado de la TV de pago en España de 2.154,15 millones de euros en 2017 (CNMC Data).

Por otra parte, la prueba documental aportada por TELEFÓNICA como anexo a sus alegaciones de 4 de octubre de 2019 se refiere a una corrección de errores material realizada por Orange, a iniciativa propia, sin mediar requerimiento alguno, dos meses después de su escrito original (de 9 de julio de 2018), en el que en una tabla en la que indicaba el número de abonados recurrentes a la TV de pago indicaba en una columna

en su primer escrito y en su segundo escrito, unas cifras desagregadas de abonados idénticas en ambos casos pero con un error el sumatorio de las mismas el primer escrito que suponía [...] abonados menos de los debidos ([...] frente a los [...] que resultaban de la suma correcta). La propia exposición del contenido del error de que se trata y la diferencia en términos cuantitativos, así como de detección por su propia iniciativa por el operador en un breve lapso de tiempo impiden utilizar como elemento para variar la valoración de la conducta enjuiciada el ejemplo expuesto por TELEFÓNICA.

TELEFÓNICA concluye señalando que una sanción de un importe semejante a la cantidad total ya devuelta a los operadores supondría una duplicación inmotivada del perjuicio a TELEFÓNICA que no valora los elementos de duda sobre la corrección del cómputo de abonados controvertidos, ausencia de negligencia y falta de afectación al mercado que entiende que concurren en este caso.

En su virtud, visto los artículos citados y los demás de general de aplicación, la Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia.

### **HA RESUELTO**

**PRIMERO.** - Declarar acreditado el incumplimiento del Resuelve primero de la resolución de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia de fecha 22 de abril de 2015, en el expediente C/0612/14 TELEFÓNICA/DTS, concretamente el incumplimiento del anexo I, apartado 1.1.a) de los compromisos, lo que constituye una infracción muy grave tipificada en el apartado 4.c) del artículo 62 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, de la que se considera responsable a TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U..

**SEGUNDO.** - Imponer a TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U. una sanción de un millón quinientos mil euros (1.500.000 €), de acuerdo con lo previsto en el apartado 1.c) del artículo 63 de LDC.

**TERCERO.** - Instar a la Dirección de Competencia para que vigile el cumplimiento de esta resolución y prosiga la vigilancia del expediente VC/0612/14 TELEFÓNICA/DTS.

Comuníquese esta resolución a la Dirección de Competencia de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia y notifíquese a la interesada haciéndole saber que contra la misma no cabe recurso alguno en vía administrativa, pudiendo interponer recurso contencioso-administrativo ante la Audiencia Nacional, en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente al de su notificación