

RESOLUCIÓN

TELEFÓNICA COMPROMISO 4

SNC/DC/093/22

CONSEJO. PLENO

Presidenta

D^a. Cani Fernández Vicién

Vicepresidente

D. Ángel Torres Torres

Consejeros

D^a. María Ortiz Aguilar

D. Mariano Bacigalupo Saggese

D^a María Pilar Canedo Arrillaga

D. Bernardo Lorenzo Almendros

D. Xabier Ormaetxea Garai

D^a. Pilar Sánchez Núñez

D. Carlos Aguilar Paredes

D. Josep Maria Salas Prat

Secretario del Consejo

D. Miguel Bordiu García-Ovies

En Madrid, a 12 de septiembre de 2022

El Pleno del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (**CNMC**) con la composición expresada, ha dictado la siguiente resolución en el expediente incoado por la Dirección de Competencia (**DC**) contra TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U., por posible incumplimiento de la Resolución del Consejo de la CNMC de 22 de abril de 2015 recaída en el expediente C/0612/14 TELEFÓNICA/DTS.

TABLA DE CONTENIDO

I. ANTECEDENTES.....	3
II. LAS PARTES	4
III. Hechos acreditados	5
III.1. Hechos en relación con el compromiso de aportar los cálculos detallados de la metodología	5
III.2. Hechos en relación con el compromiso de aportar la contabilidad de costes	6
III.3. Hechos en relación con el compromiso de aportar información completa sobre los test de replicabilidad, incluida la de clientes del segmento no residencial	7
III.4. Hechos relativos al compromiso de informar a la CNMC sobre la metodología aplicable a los test de replicabilidad.....	9
III.5. Hechos relativos a la obligación de aportar la información en formato verificable	12
IV. FUNDAMENTOS DE DERECHO	15
IV.1. [PRIMERO] Competencia para resolver	15
IV.2. [SEGUNDO] Normativa general aplicable	16
IV.3. [TERCERO] Propuesta de Resolución del órgano instructor.....	16
IV.4. [CUARTO] Valoración del Consejo.....	16
IV.4.A. Tipificación de las conductas	16
IV.4.A.a. Principios generales	16
IV.4.A.b. Las obligaciones de aportación de información previstas en los compromisos	18
IV.4.A.c. El incumplimiento de los compromisos por parte de TELEFÓNICA.....	20
(1). <i>Falta de presentación de los cálculos detallados</i>	<i>20</i>
(2). <i>Falta de presentación de información sobre la contabilidad de costes .</i>	<i>21</i>
(3). <i>Falta de información sobre clientes no residenciales</i>	<i>22</i>
(4). <i>Modificación unilateral de la metodología sin comunicarlo a la CNMC.</i>	<i>23</i>
(5). <i>Presentación reiterada de formatos que impiden la labor de verificación.....</i>	<i>24</i>
IV.4.A.d. Alegaciones de TELEFÓNICA	25
IV. 4. A. d. i. Sobre la naturaleza de la información que la DC solicita en el marco del procedimiento de vigilancia	25
IV. 4. A. d. ii. Sobre el cumplimiento de presentación de la información por parte de TELEFÓNICA	29
IV.4.A.e. Conclusión	32
IV.4.A.f. Duración de la infracción	32
IV.4.B. Antijuridicidad de la conducta	32
IV.4.C. Responsabilidad de TELEFÓNICA.....	34
IV.5. [SEXTO] Determinación de la sanción	35
IV.5.A. Criterios para la determinación de la sanción.....	35
IV.5.B. Sanción impuesta a TELEFÓNICA	37
IV.5.C. Alegaciones de TELEFÓNICA sobre la propuesta de sanción	37
V. RESUELVE.....	41
Voto particular.....	44

ANTECEDENTES

- (1) Mediante Resolución de 22 de abril de 2015, el 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. el 14 de abril de 2015, que obligan a esta empresa y a cualquiera de las empresas del grupo (en adelante, conjuntamente referidas como TELEFÓNICA).

La Resolución del Consejo de 9 de julio de 2020 acordó el mantenimiento de los compromisos por un período adicional de tres años.

- (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 DC abrió el expediente de vigilancia VC/0612/14 TELEFÓNICA/DTS.

- (3) Con fecha **1 de junio de 2021**, la DC remitió al Consejo de la CNMC el Informe Parcial de Vigilancia sobre el cumplimiento por parte de TELEFÓNICA de un punto específico de los compromisos relacionado con la oferta mayorista de canales premium propios de TELEFÓNICA prevista en el compromiso 2º apartado 9.j).

En particular, el Informe Parcial de Vigilancia evalúa la obligación de TELEFÓNICA de no incurrir en estrechamiento de márgenes y de permitir la replicabilidad efectiva de las ofertas comerciales minoristas de TELEFÓNICA que incluyen cada uno de estos canales mayoristas. En el mismo se detalla también el grado de cumplimiento por parte de TELEFÓNICA de sus obligaciones de remisión de información, íntimamente ligado al compromiso 2.9.j).

- (4) El Consejo de la CNMC resolvió en el apartado SÉPTIMO y NOVENO de la Resolución de **28 de julio de 2021** (expediente VC/0612/14), declarar la **existencia de indicios de incumplimiento de la obligación** de remitir información en los términos previstos en el Compromiso 4 e instar a la DC a la incoación de procedimiento sancionador por posible incumplimiento de la precitada Resolución del Pleno del Consejo de la CNMC de 22 de abril de 2015.

- (5) A la vista de todo lo anterior y de conformidad con lo establecido en los artículos 70.2 de la LDC y 64 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPAC), la DC acordó, con fecha de 15 de junio de 2022¹, la **incoación del expediente sancionador** contra TELEFÓNICA.

¹ Folios 1 – 5.

- (6) El 15 de junio de 2022 se notificó a TELEFÓNICA el **acuerdo de deducción de testimonio** de la misma fecha² por el que se incorporan una serie de documentos del expediente VC/612/14 al expediente de referencia³ por resultar de interés para la instrucción de éste.

El 23 de junio de 2022⁴ TELEFÓNICA remitió el escrito de alegaciones al acuerdo de deducción de testimonio de 15 de junio de 2022.

El 28 de junio de 2022⁵, la DC adoptó un segundo acuerdo de deducción de testimonio, a la vista de las alegaciones de TELEFÓNICA.

- (7) El 6 de julio de 2022 tuvo entrada en el registro de la CNMC el **escrito de alegaciones de TELEFÓNICA al acuerdo de incoación**⁶.

- (8) El 22 de julio de 2022 la DC remitió a TELEFÓNICA la Propuesta de Resolución⁷. TELEFÓNICA presentó alegaciones a la Propuesta de Resolución el día 16 de agosto de 2022⁸.

El 17 de agosto de 2022, la DC elevó la Propuesta de Resolución, junto con las alegaciones de TELEFÓNICA, al Consejo.

- (9) El Pleno del Consejo de la CNMC deliberó y falló el asunto en su reunión de 12 de septiembre de 2022.

I. LAS PARTES

- (10) Es parte interesada en este expediente la empresa TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U.

² Folios 13 – 22.

³ Folios 25 – 13.797.

⁴ Folios 13.831 – 13.841.

⁵ Folios 13.842 – 13.849.

⁶ Folios 16.089 – 16.126.

⁷ Folios 16.127 – 16.236.

⁸ Folios 16.254 – 16.451.

II. HECHOS ACREDITADOS

II.1. Hechos en relación con el compromiso de aportar los cálculos detallados de la metodología

- (11) La autorización de la operación de concentración TELEFÓNICA/DTS se supeditó al cumplimiento efectivo de los compromisos adquiridos por la entidad resultante. Entre ellos el compromiso de aportar la información necesaria para verificar la replicabilidad de las ofertas que contenía, entre otras, la obligación siguiente⁹

La metodología y los cálculos detallados de Telefónica para realizar estos análisis de replicabilidad se trasladarán a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia junto con la propuesta de condiciones tipo de cada canal y sus sucesivas modificaciones, con una periodicidad mínima anual

El 29 de mayo de 2015 TELEFÓNICA aporta al expediente de vigilancia la metodología para el análisis de la replicabilidad de sus canales y paquetes¹⁰.

Sin embargo, TELEFÓNICA no incluye en la citada información los “cálculos detallados” de estos análisis de replicabilidad sino una descripción de alto nivel de los principios básicos del análisis de replicabilidad a realizar.

El **22 de junio de 2015** la DC remite a TELEFÓNICA **un requerimiento en el que le recuerda la obligación de presentar los cálculos detallados**¹¹. En este requerimiento la DC ya advierte de que

Conforme a lo establecido en el punto 2) del Anexo 1 de los compromisos de 14 de abril de 2015, TELEFÓNICA tiene la obligación de realizar tres análisis de replicabilidad para cada canal y para cada una de las plataformas de televisión de pago de la entidad resultante.

Asimismo, en este punto se prevé que TELEFÓNICA remita la metodología y los cálculos detallados de estos análisis de replicabilidad junto con la propuesta de condiciones tipo de cada canal.

Sin embargo, TELEFÓNICA no ha remitido a la CNMC los 'cálculos detallados' de cada uno de estos análisis de replicabilidad de la primera oferta mayorista de canales.

Por ello, se requiere a TELEFÓNICA que remita los cálculos detallados para cada análisis de replicabilidad realizado, así como todos aquellos elementos que permitan a la CNMC valorar y replicar estos análisis.

En sus **respuestas de 1, 2 y 21 de julio de 2015**¹², TELEFÓNICA aporta los primeros test de replicabilidad con un detalle mayor. No obstante, los cálculos que aporta TELEFÓNICA siguen siendo deficientes en la medida en que incluyen información parcial sobre los mismos, sin concretar la información requerida por

⁹ Página 28 de la Resolución C/0612/14 TELEFÓNICA/DTS.

¹⁰ Folios 78 – 183.

¹¹ Folios 184 – 189.

¹² Folios 194 – 219, 10.308 – 10.315, 10.197 – 10.372.

la DC acerca de los distintos conceptos y elementos considerados para la realización de dichos cálculos.

El **29 de julio de 2015**¹³ se reitera el requerimiento de información, con exigencia de que se detallen los conceptos considerados en sus cálculos de replicabilidad.

El **11 de diciembre de 2015** se recibe la información completa con todos los cálculos detallados exigidos¹⁴.

II.2. Hechos en relación con el compromiso de aportar la contabilidad de costes

- (12) El **11 de enero de 2016**¹⁵ se requiere a TELEFÓNICA información contable de las empresas de su grupo en el ejercicio 2015 –obligación establecida literalmente en los compromisos (apartado 2.2. del Anexo 2) –, al objeto de poder verificar los costes para la comercialización minorista y los costes comunes, que son atribuibles a los servicios de televisión de pago y a los empaquetamientos que incluyen el servicio de televisión de pago.

El 18 de enero de 2016 TELEFÓNICA solicita una **ampliación de plazo** argumentando dificultades para aportar los datos requeridos tanto en plazo como en forma. El 1 de febrero de 2016, la **DC acuerda ampliar de forma indefinida** el plazo establecido para aportar la información solicitada, todo ello sin perjuicio de que TELEFÓNICA deba remitir sus mejores estimaciones de los datos requeridos a partir de su contabilidad financiera, tan pronto como disponga de las mismas, aunque posteriormente puedan quedar sujetas a correcciones. Se fija un plazo máximo de diez días desde la formulación de las cuentas anuales de las empresas del grupo afectadas, para que aporte las estimaciones de los datos requeridos o justifique detalladamente su no disponibilidad.

El **13 de abril de 2016**¹⁶ TELEFÓNICA da respuesta al requerimiento inicial e indica que ha sido necesario realizar ejercicios de estimación a partir de la contabilidad financiera y de los sistemas de gestión de sus sociedades. Sin embargo, TELEFÓNICA no especifica el origen de las informaciones contables empleadas, ni cuáles han sido los criterios de reparto aplicados, y tampoco indica en qué momento será remitida la información restante de acuerdo con el grado de segmentación requerido y los datos de la contabilidad analítica.

¹³ Folios 10.373 – 10.381.

¹⁴ Folios 10.783 – 11.030.

¹⁵ Folios 11.031 – 11.042.

¹⁶ Folios 11.087 – 11.111.

Son necesarias cuatro reiteraciones muy detalladas por parte de la DC, con fechas **6¹⁷ y 31¹⁸ de mayo, 20 de octubre¹⁹ y 24 de noviembre de 2016²⁰**, para obtener finalmente el **13 de diciembre de 2016²¹** toda la información contable imprescindible para verificar los costes minoristas y comunes y el número de clientes de televisión de pago.

II.3. Hechos en relación con el compromiso de aportar información completa sobre los test de replicabilidad, incluida la de clientes del segmento no residencial

- (13) El **29 de mayo de 2015**, como se ha descrito con anterioridad, TELEFÓNICA aporta información relativa a su primera oferta mayorista. Entre los análisis de replicabilidad aportados para la primera oferta mayorista no incluye los correspondientes a los productos en el segmento no-residencial (Colectividades). **El 29 de julio de 2015²² la DC, dentro del requerimiento general para obtener el detalle sobre los cálculos, requiere a TELEFÓNICA lo siguiente**

En el caso del segmento no residencial, los compromisos a los que la Resolución del Consejo de la CNMC de 22 de abril de 2015 subordinan la autorización de la concentración TELEFÓNICA/DTS establecen (apartado 1.1.b) que el CPA se calculará conforme al criterio de retail-minus sobre el precio minorista para el segmento no-residencial de Telefónica del canal correspondiente.

En relación con esta obligación, aporte (m) los cálculos detallados del retail-minus aplicado a las ofertas de clientes no residenciales para cada uno de los canales Premium de la oferta mayorista de TELEFÓNICA y para cada tipo de cliente (por grupo y subgrupo). En particular, deberá incluir para cada uno de los conceptos especificados anteriormente: (i) los precios de venta minorista, (ii) la descripción de cada uno de los costes tenidos en cuenta, (iii) la justificación de las estimaciones aplicadas y (iv) otros costes contemplados por TELEFÓNICA tales como labores de inspección para la identificación de Horecas irregulares recogidas en las condiciones tipo.

TELEFÓNICA remite el primer test para Colectividades (una parte del segmento no residencial) **el 26 de agosto de 2015²³ con deficiencias y sin incluir información** sobre promociones y tampoco ninguno de los test de Horecas²⁴ para Bares y Locales de Apuestas.

¹⁷ Folios 11.112 – 11.117.

¹⁸ Folios 11.138 – 11.141.

¹⁹ Folios 11.208 – 11.216.

²⁰ Folios 11.361 – 11.363.

²¹ Folios 11.371 – 11.432.

²² Folios 10.373 – 10.381.

²³ Folios 10.387 – 10.438.

²⁴ HORECA es un acrónimo de Hoteles, Restaurantes y Caterings, que se utiliza para referirse al sector de los servicios de comidas.

La DC reitera el **2 de octubre de 2015**²⁵ la debida remisión de los test Horecas. TELEFÓNICA remite la citada información el **día 23 de octubre de 2015**²⁶.

- (14) Con ocasión de la renovación del catálogo de productos y promociones, el **3 de febrero de 2016**²⁷ la DC requiere a TELEFÓNICA para que remita los test de replicabilidad, los nuevos costes de red de los servicios (simétricos) de banda ancha fija (BAF) y el ofrecimiento gratuito del canal beIN Sports para todos los clientes de Movistar Fusión+.

TELEFÓNICA responde el **28 de julio de 2016**²⁸ sin aportar los test Horecas, argumentando que está en negociaciones en ese momento la adquisición de los derechos de Horecas con la UTE Vodafone-Orange y, por tanto, no se conocen las características definitivas de la oferta de futbol ni de los costes atribuibles.

El **2 de septiembre de 2016**²⁹ la DC reitera la necesidad de aportación de la información relativa al segmento no residencial, y que se detalle y justifique cómo se ha calculado el precio efectivo para los empaquetamientos de clientes de cobre con promociones y cómo se tienen en cuenta los descuentos a los efectos del cálculo del precio efectivo.

El **22 de septiembre de 2016**³⁰ tiene entrada la respuesta de TELEFÓNICA remitiendo los test de replicabilidad. Sin embargo, se detecta la falta del análisis de replicabilidad correspondiente al conjunto de productos denominado “Fusión Bajo Valor” y a la plataforma “OTT” que, no obstante, sí había incluido en los test recibidos el 21 de julio de 2015 y cuyos productos o empaquetamientos eran aún comercializados y para lo cual TELEFÓNICA no ofrecía explicación alguna.

Esta información es requerida nuevamente el **20 de octubre de 2016**³¹. TELEFÓNICA responde el **14 de noviembre de 2016**.

- (15) El **4 de diciembre de 2018**³² se requieren a TELEFÓNICA los test de los compromisos de los productos y promociones desde finales de octubre de 2018. El **27 de diciembre de 2018**³³, en su respuesta al requerimiento TELEFÓNICA no incluye en su remisión los test correspondientes a los productos de Horecas.

²⁵ Folios 10.439 – 10.447.

²⁶ Folios 10.450 – 10.765.

²⁷ Folios 11.045 – 11.050.

²⁸ Folios 11.161 – 11.179.

²⁹ Folios 11.180 – 11.183.

³⁰ Folios 11.185 – 11.204.

³¹ Folios 11.208 – 11.216.

³² Folios 12.162 – 12.166.

³³ Folios 12.189 – 12.198.

Ello obliga a la CNMC a reiterar el requerimiento de información el **14 de enero de 2019**³⁴ con respuesta de TELEFÓNICA de **1 de febrero de 2019**³⁵.

- (16) El **20 de agosto de 2019** se requiere a TELEFÓNICA copia del acuerdo firmado con Mediapro para la difusión de los contenidos de fútbol en el segmento no residencial a partir de la temporada 2019/2020³⁶. Señala el requerimiento lo siguiente

Con fecha 17 de julio de 2019 se realizó un requerimiento de información a Telefónica en relación con los nuevos canales mayoristas y los productos (o sus revisiones) disponibles a partir de finales del mes de junio de 2019, solicitando los correspondientes análisis de replicabilidad de los compromisos. La respuesta de Telefónica a este requerimiento tuvo lugar el 12 de agosto de 2019.

En su respuesta, Telefónica indica que “En lo que concierne al segmento no residencial, mi representada no está en disposición de remitir información respecto a los costes correspondientes al nuevo portfolio vinculado a la nueva temporada de la liga española de fútbol. Esto se debe a que los términos del acuerdo con Mediapro están pendientes de cierre.” Telefónica, por otra parte, no hace ninguna referencia a cuándo esta información estará disponible y podrá completarse el requerimiento.

A la vista de las condiciones particulares del servicio Movistar Fusión desde el 5 de agosto de 2019 (remitidas por Telefónica con fecha 14 de agosto de 2019) y de informaciones publicadas en la prensa¹ y en la página web² de Telefónica, la información requerida para el segmento no residencial parecería estar ya disponible, pudiendo estar cerrados ya los términos del acuerdo con Mediaproducción S.L.U. (Mediapro) para la compra de los derechos de las competiciones de fútbol para Horecas.

Se reitera tal solicitud el **12 de septiembre**³⁷ y el **21 de noviembre de 2019**³⁸, en el que se le insta a remitir el acuerdo firmado o de no haberse formalizado éste aún, una copia del último borrador de acuerdo intercambiado entre las partes en relación con esa sublicencia.

El acuerdo con Mediapro se firma el 28 de octubre de 2019. Sin embargo, es necesario un nuevo requerimiento de **16 de diciembre de 2019** para que ese mismo día TELEFÓNICA remita el mismo a la DC³⁹.

II.4. Hechos relativos al compromiso de informar a la CNMC sobre la metodología aplicable a los test de replicabilidad

- (17) La DC tiene conocimiento de una nueva modificación de la oferta de TELEFÓNICA de sus productos con banda ancha y televisión de pago, en particular desde el 5

³⁴ Folios 12.229 – 12.233.

³⁵ Folios 12.242 – 12.433.

³⁶ Folios 12.925 – 12.927.

³⁷ Folios 12.949 – 12.951.

³⁸ Folios 12.955 – 12.962.

³⁹ Folios 63.589 – 63.644 del expediente de vigilancia relacionado VC/612/14.

de febrero de 2018 para los productos Fusión+, incluyendo subidas de precios a la vez que duplicación de velocidades simétricas de acceso a internet y mayores franquicias de datos móviles, entre otros. **Se requiere**⁴⁰ a TELEFÓNICA los test de los productos y promociones cuya comercialización había anunciado a finales de 2017 y que estaba prevista a partir del 5 de febrero de 2018.

Tras dos nuevos requerimientos, el último de **9 de mayo de 2018**⁴¹, TELEFÓNICA no aporta los test de replicabilidad requeridos y, en particular, los referidos a las nuevas configuraciones de productos a partir de mayo de 2018 argumentando que no puede aportarlos ya que desconoce los parámetros de la DTSA a pesar de que hasta ese momento venía aportando los test utilizando sus mejores estimaciones y sin conocer el resultado de los test ex ante de la DTSA para dicho catálogo.

Mediante requerimiento de **8 de junio de 2018**⁴² la DC reitera la petición realizada y señala motivadamente que TELEFÓNICA no puede cambiar la metodología sin informar previamente a la CNMC recordándole sus obligaciones según constan en el compromiso 2º.

Señala el requerimiento lo siguiente

A este respecto, es preciso indicar que los compromisos de 14 de abril de 2015 en ningún momento identifican en su Anexo 1, apartado 2 (Análisis de replicabilidad), que el primer análisis de replicabilidad (de los tres establecidos en los compromisos) dependa para su ejecución de los resultados de los análisis que sobre los productos de banda ancha se realicen ex ante por la DTSA.

En la metodología aportada por Telefónica el 29 de mayo de 2015 en virtud de las obligaciones derivadas de los compromisos, Telefónica dice emplear la misma metodología de 2007 utilizada (entonces) en los test ex ante para cada uno de los empaquetamientos individuales con canales de la oferta mayorista. En tal sentido, hasta la fecha no se tiene constancia de que Telefónica haya modificado dicha metodología. A este respecto, de acuerdo a los compromisos (Anexo 1, apartado 2):

“La metodología y los cálculos detallados de Telefónica para realizar estos análisis de replicabilidad se trasladarán a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia junto con la propuesta de condiciones tipo de cada canal y sus sucesivas modificaciones, con una periodicidad mínima anual.

La Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia podrá realizar todos los cambios en los análisis de replicabilidad de Telefónica que estime pertinentes, teniendo en cuenta los precedentes en el análisis de estrechamiento de márgenes de las autoridades de competencia nacionales y comunitarias.”

En su escrito de 3 de julio de 2017, Telefónica comunica las condiciones tipo de la tercera oferta, su anexo técnico, así como los anexos de condiciones particulares de los canales Partidazo, Series, Series Xtra y Estrenos. Sin embargo, Telefónica no incluye ningún documento que modifique la metodología de cálculo para los análisis de replicabilidad que aportó en la primera oferta.

⁴⁰ Folios 11.890 – 11.894.

⁴¹ Folios 11.986 – 11.989.

⁴² Folios 12.005 – 12.009.

La aplicación de cualquier cambio sobre la metodología de análisis de la replicabilidad de los compromisos debe ser comunicada previamente a la CNMC. No puede ser asumido por tanto, de acuerdo a los compromisos, que la metodología ex ante del nuevo TRE reemplace de forma automática a la metodología vigente (que se basa en la metodología ex ante de 2007), entre otras razones porque el nuevo TRE aborda, de entre el total de empaquetamientos con televisión de pago, algunas familias de empaquetamientos (productos BAU emblemáticos –de fibra- en cada momento), con un resultado conjunto ponderado por plantas de clientes, a diferencia del test sobre todos los empaquetamientos individuales que incluyan canales de la oferta, para las plataformas (IPTV, IPTV/DTH, DTH, y OTT) y accesos de fibra, cobre y satélite.

Además, los productos BAU emblemáticos utilizados por el nuevo TRE previsiblemente mezclan empaquetamientos que incluyen y no incluyen canales de la oferta mayorista. Asimismo, el nuevo TRE atiende a la replicabilidad en el contexto del mercado de banda ancha fija y no del mercado de la televisión de pago, que es al que deben ajustarse los compromisos.

Por otro lado, aunque en el momento del lanzamiento de nuevos catálogos de productos los valores de los parámetros empleados puedan estar basados en datos históricos (anteriores) y, por tanto, ser estimativos, en el análisis ex post que deberá realizarse en el marco de los compromisos, estos valores deberán ser actualizados en relación a los consumos, plantas y a otros valores reales que resulten aplicables en los periodos durante los cuales estuvieron comercializados los empaquetamientos y servicios con canales de la oferta mayorista correspondiente.

TELEFÓNICA responde el 29 de julio 2018 con una segunda versión de los test con la metodología original, pero es necesario un nuevo requerimiento el 11 de julio solicitando aclaraciones sobre las promociones cuya respuesta tuvo lugar el **31 de julio 2018**⁴³.

- (18) El **20 de agosto de 2018**⁴⁴ se requiere a TELEFÓNICA los test de replicabilidad correspondientes a los productos y promociones de la cuarta oferta de canales así como una revisión de los test anteriores desde 2015 sobre la base de datos ex post. Señala el requerimiento:

Para realizar la adecuada vigilancia del cumplimiento de los compromisos, la Dirección de Competencia debe efectuar necesariamente el análisis ex post, verificando que en la práctica y en condiciones reales se ha estado permitiendo la replicabilidad de los productos de Telefónica por otros operadores competidores en el mercado de la televisión de pago, durante los periodos de tiempo en que estuvieron vigentes a nivel comercial dichos productos de forma estable, esto es, en los periodos cubiertos e identificados por cada hito.

Es por ello preciso requerir a Telefónica que sobre la base de parámetros y consumos reales (de minutos de tráfico, consumos de datos móviles, etc.) y con las plantas de clientes existentes en cada periodo temporal analizado, recalcule y aporte los valores

⁴³ Folios 12.037 – 12.061.

⁴⁴ Folios 12.062 – 12.092.

revisados, ajustados al periodo concreto, para los parámetros empleados en los test de los compromisos.

En la respuesta de TELEFÓNICA de 14 de septiembre de 2018⁴⁵, TELEFÓNICA presenta los cálculos modificando de facto la metodología presentada para el test 1 de los compromisos, equiparando este primer análisis de replicabilidad al nuevo test *ex ante* de replicabilidad económica (TRE)⁴⁶ y empleando su ‘coste promocional’ en lugar del precio efectivo resultante de la promoción mayor, tal y como venía realizando hasta ahora. TELEFÓNICA responde el 16 noviembre 2018⁴⁷ utilizando un ‘coste promocional’ a futuro estimativo, pero no el descuento sobre el precio nominal del producto.

El **18 de diciembre de 2018** se reitera⁴⁸ a TELEFÓNICA el requerimiento de envío de los test de los compromisos de agosto 2018 de acuerdo con la interpretación que se había venido realizando en los test remitidos para periodos anteriores en cuanto al tratamiento de las promociones, esto es, calculando el precio efectivo del producto a partir del precio nominal y descontando la mayor promoción aplicable.

El **10 de enero de 2019**⁴⁹ TELEFÓNICA remite la versión de los test de agosto 2018, en línea con el referido criterio de precio efectivo.

II.5. Hechos relativos a la obligación de aportar la información en formato verificable

- (19) En relación con los primeros test de replicabilidad del año 2015, en respuesta al requerimiento de **2 de octubre de 2015**⁵⁰ TELEFÓNICA aporta una hoja Excel como anexo 4⁵¹, sin explicar en detalle los servicios incluidos en cada empaquetamiento (no hay desglose de los contenidos incluidos, ni de los ingresos y costes de los servicios que dan lugar a los márgenes aportados), o la plataforma sobre la que aplican (IPTV, DTH). En concreto, la hoja Excel no incluye fórmulas. El **23 de noviembre de 2015**⁵² la DC vuelve a requerir a TELEFÓNICA la información en formato procesable. Se señala expresamente lo siguiente

⁴⁵ Folios 53.955 – 53.960 del expediente de vigilancia relacionado VC/612/14.

⁴⁶ Resolución de 6 de marzo de 2018 (OFMIN/DTSA/004/16), 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.

⁴⁷ Folios 54.422 – 54.428 del expediente de vigilancia relacionado VC/612/14.

⁴⁸ Reiteración realizada mediante llamada telefónica, como consta en documento (Folio 54.904 del expediente de vigilancia relacionado VC/612/14).

⁴⁹ Folios 12.210 – 12.228.

⁵⁰ Folios 10.439 – 10.447.

⁵¹ Folio 10.471.

⁵² Folios 10.776 – 10.777.

En respuesta a la pregunta (d) del requerimiento de información de 2 de octubre de 2015, TELEFÓNICA aporta una hoja Excel como anexo 4, sin explicar en detalle los servicios incluidos en cada empaquetamiento (no hay desglose de los contenidos incluidos, ni de los ingresos y costes de los servicios que dan lugar a los márgenes aportados), o la plataforma sobre la que aplican (IPTV, DTH). En concreto, la hoja Excel no incluye fórmulas y la plataforma DTH no parece haberse incluido entre los paquetes de servicios reportados.

La información completa y verificable en hojas Excel procesables para tratar de comprender por parte de la DC cómo se calculan los márgenes, aplican costes minoristas, y se toman los costes de red y de equipos de cliente (HGU) no tiene entrada hasta el **11 de diciembre de 2015**⁵³, **más de cuatro meses desde el lanzamiento de la nueva oferta comercial.**

(20) El **3 de febrero de 2016**⁵⁴ la DC requiere a TELEFÓNICA para que remita los test de replicabilidad en relación con la renovación del catálogo de productos y promociones, los nuevos costes de red de los servicios (simétricos) de banda ancha fija (BAF) y el ofrecimiento gratuito del canal beIN Sports para todos los clientes de Movistar Fusión+.

Es necesario reiterar a TELEFÓNICA el **7 de julio de 2016**⁵⁵ la información solicitada en febrero. En ese mismo requerimiento también se solicitan los test relativos al nuevo cambio de catálogo previsto por TELEFÓNICA para agosto de 2016 (hito agosto 2016).

Se señala expresamente que *“en ambos casos se requiere que la información se acompañe de las correspondientes hojas Excel procesables”* (Énfasis añadido), tal y como ya se estableció a raíz de los primeros test de 2015.

En la respuesta de TELEFÓNICA de 28 de julio de 2016⁵⁶ se constata que las hojas Excel remitidas no son procesables y vienen sin fórmulas.

El **2 de septiembre de 2016**⁵⁷ la DC reitera la solicitud de los test en hojas procesables con fórmulas indicando que *“estas hojas Excel no contienen las fórmulas (solo valores numéricos) y por tanto no son procesables a objeto de poder realizar las necesarias verificaciones por esta Dirección de Competencia”*.

La respuesta de TELEFÓNICA tiene entrada el **22 de septiembre de 2016**⁵⁸.

Se detecta en los test remitidos la falta del análisis de replicabilidad correspondiente al conjunto de productos denominado “Fusión Bajo Valor” y a la plataforma “OTT” que, sin embargo, sí había incluido en los test recibidos el 21 de

⁵³ Folios 10.783 – 11.030.

⁵⁴ Folios 11.045 – 11.050.

⁵⁵ Folios 11.157 – 11.160.

⁵⁶ Folios 11.161 – 11.179.

⁵⁷ Folios 11.180 – 11.183.

⁵⁸ Folios 11.185 – 11.204.

julio de 2015 y cuyos productos o empaquetamientos eran aún comercializados y para lo cual TELEFÓNICA no ofrecía explicación alguna.

Esta información es requerida nuevamente el **20 de octubre de 2016**⁵⁹. TELEFÓNICA responde el **14 de noviembre de 2016**.

Posteriormente, mediante requerimiento de **24 de noviembre de 2016**⁶⁰, se exige a TELEFÓNICA que “*Remita la hoja de cálculo procesable original (con fórmulas) correspondiente al test retail-minus para colectividades que fue aportada en formato pdf como Anexo a la pregunta 19 del requerimiento de 20 de octubre de 2016*”. (Énfasis añadido).

(21) El **4 de diciembre de 2018**⁶¹ se requieren a TELEFÓNICA los test de los compromisos de los productos y promociones desde finales de octubre de 2018.

A pesar de solicitarse expresamente en el requerimiento, TELEFÓNICA no aporta toda la información que permita reproducir los cálculos realizados incluyendo la descripción de los criterios tenidos en cuenta. Ello obliga a la CNMC a reiterar el requerimiento de información el 14 de enero de 2019⁶² con respuesta de TELEFÓNICA de **1 de febrero de 2019**⁶³.

El **11 de febrero de 2019**⁶⁴ la DC requiere a TELEFÓNICA determinadas aclaraciones sobre los test de replicabilidad remitidos, así como nueva información a la que se refiere en la respuesta de 1 de febrero de 2019 que TELEFÓNICA no aportó, como el acuerdo de TELEFÓNICA con el propietario de los derechos de emisión de La Liga 123 para la temporada 2018/2019. En respuesta de 1 de marzo de 2019⁶⁵ TELEFÓNICA remite varios anexos con hojas de cálculo sin fórmulas y algunas importantes omisiones. Por esta razón, el **8 de marzo de 2019**⁶⁶ se reitera el debido envío de las hojas de cálculo en formato procesable (completas y con fórmulas).

(22) El **17 de febrero de 2020**⁶⁷ se notifica un nuevo requerimiento de información a TELEFÓNICA pidiendo la remisión de los tres test de replicabilidad para los productos y promociones a comercializar a partir del 5 de marzo de 2020. No obstante, son necesarios dos requerimientos para, finalmente, obtener la información completa el **5 de junio de 2020**⁶⁸.

⁵⁹ Folios 11.208 – 11.216.

⁶⁰ Folios 11.361 – 11.365.

⁶¹ Folios 12.162 – 12.166.

⁶² Folios 12.229 – 12.233.

⁶³ Folios 12.242 – 12.433.

⁶⁴ Folios 12.434 – 12.456.

⁶⁵ Folios 12.478 – 12.605.

⁶⁶ Folios 12.613 – 12.614.

⁶⁷ Folios 12.989 – 12.992.

⁶⁸ Folios 13.483 – 13.507.

En el requerimiento del **14 de abril de 2020**⁶⁹ se reitera a TELEFÓNICA la obligación de remitir en un formato adecuado toda la información sobre las promociones y se reitera la petición de los test desde 5 marzo 2020, incluyendo de forma correcta las promociones. Se señala en el citado requerimiento lo siguiente

En su respuesta de 6 de marzo de 2020, Telefónica aporta en el Anexo 2 el listado de las promociones como contestación a la pregunta (2), en hoja de cálculo “Anexo 2 - Listado de promociones hito 5 mar 2020” . Telefónica incluye en la hoja de cálculo un listado de promociones bajo el nombre del producto, aunque sin sus códigos identificativos de referencia de “Código de producto” y de “Código promocional” sobre el que se aplica la correspondiente promoción, lo que impide identificar claramente el ‘producto y promoción’ y relacionarlo con las promociones que Telefónica remite a los expedientes de la DTSA para su análisis ex ante.

(...)

Al objeto de poder realizar la adecuada verificación será necesario, por lo tanto, reiterar a Telefónica que remita de nuevo los test de replicabilidad de los compromisos desde el 5 de marzo de 2020 de acuerdo al anexo de promociones revisado aquí requerido, conteniendo la información correcta y precisa, e identificando de igual forma en dichos test el ‘código de producto’ y el ‘código o códigos de las promociones’ aplicables para la determinación del precio efectivo. (Énfasis añadido).

III. FUNDAMENTOS DE DERECHO

III.1. [PRIMERO] Competencia para resolver

- (23) De acuerdo con el artículo 5.1.c) de la Ley de creación de la CNMC compete a este organismo aplicar la LDC “*en materia de conductas que supongan impedir, restringir y falsear la competencia*”⁷⁰. El artículo 20.2 de la misma ley atribuye al Consejo la función de resolver los procedimientos sancionadores previstos en la LDC.
- (24) De conformidad con el artículo 41 de la LDC, la CNMC vigilará la ejecución y el cumplimiento de las obligaciones impuestas en aplicación de la misma, tanto en materia de conductas restrictivas como de medidas cautelares y de control de concentraciones. Esta previsión, con respecto a las operaciones de concentración, incluye la vigilancia del cumplimiento de los compromisos propuestos por los notificantes y recogidos en la resolución del Consejo que pone fin al procedimiento, como se dispone en los artículos 57 y 58 de la LDC. El artículo 71.3 del RDC precisa que el Consejo de la CNMC “*resolverá las cuestiones que puedan suscitarse durante la vigilancia*”, previa propuesta de la Dirección de Competencia.

⁶⁹ Folios 13.384 – 13.392.

⁷⁰ Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (LCNMC), BOE núm. 134, de 5 de junio de 2013.

En consecuencia, la competencia para resolver este procedimiento corresponde al Consejo de la CNMC.

III.2. [SEGUNDO] Normativa general aplicable

- (25) La tramitación del expediente sancionador se regirá, en lo no previsto en la LDC y en el Reglamento de Defensa de la Competencia, aprobado por el Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero (RDC), por lo dispuesto en la Ley 39/2015, de 1 de octubre. Asimismo, los principios de la potestad sancionadora aparecen contemplados en los artículos 25 a 31 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (LRJSP).

III.3. [TERCERO] Propuesta de Resolución del órgano instructor

- (26) La DC considera acreditado que TELEFÓNICA ha incurrido en una práctica deliberada de incumplimiento del Compromiso 4 consistente en el continuo retraso por parte de TELEFÓNICA en aportar la información debida, así como el carácter defectuoso e incompleto de la información remitida, lo que ha dificultado y entorpecido sustancialmente las actuaciones de vigilancia que ha venido realizando la DC del compromiso 2.9.j) de replicabilidad contenido en la Resolución de 22 de abril de 2015 citada.
- (27) Según el Órgano Instructor, ello supone el incumplimiento por parte de TELEFÓNICA de lo dispuesto en la Resolución del Consejo de la CNMC de 22 de abril de 2015 en el expediente C/0612/14 TELEFÓNICA/DTS, por lo que habría incurrido en una infracción muy grave conforme a lo previsto en el artículo 62.4.c) de la LDC.
- (28) La DC propone una multa por cuantía de 5.000.000 euros.

III.4. [CUARTO] Valoración del Consejo

IV.4.A. Tipificación de las conductas

III.4.A.a. Principios generales

- (29) El artículo 62.2.c) de la LDC tipifica como infracción muy grave “*(l)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*”.
- (30) El legislador confiere la consecuencia jurídica sancionadora más grave en este ámbito al incumplimiento del contenido de sus resoluciones, que constituyen la manifestación de las competencias que tiene conferida la autoridad de

competencia. Del cumplimiento puntual y completo de las resoluciones que ponen fin a la vía administrativa depende no vaciar de contenido las potestades administrativas atribuidas a las administraciones públicas.

- (31) La protección de este bien jurídico se hace especialmente importante en el ámbito de la defensa de la competencia, donde la LDC atribuye a las resoluciones un contenido más amplio que el generalmente previsto en el derecho administrativo.
- (32) Como se desprende de los artículos 53 y 58 de la LDC, el legislador ha querido dotar de una especial importancia a la posibilidad de que la autoridad de competencia no se limite a la sanción de comportamientos anticompetitivos o a la autorización de operaciones de concentración, sino a que establezca otras medidas que garanticen el mantenimiento de la competencia efectiva. El derecho de la competencia debe aplicarse siempre en un contexto de mercado que justifica y, en ocasiones, exige el establecimiento de obligaciones de comportamiento para los operadores económicos afectados que, a su vez, salvaguarden a futuro la posición de sus competidores.
- (33) Dentro de este tipo muy grave de incumplimiento de las resoluciones, la LDC hace una especial alusión al reproche que le merece la contravención de los compromisos que, en aplicación de aquella ley, pueden aceptarse en materia de control de concentraciones.
- (34) El control de las concentraciones de empresas tiene por objeto prevenir que éstas puedan obstaculizar el desarrollo de la competencia efectiva en el mercado. Como sucede en los sistemas de nuestro entorno, la LDC diseña un procedimiento de que somete a autorización previa determinadas operaciones que caen en su ámbito de aplicación.
- (35) De acuerdo con el artículo 58.4 de la LDC, la CNMC puede autorizar la operación, subordinar su autorización al cumplimiento de determinados compromisos propuestos por los notificantes o condiciones o prohibirla. En definitiva, la CNMC puede intervenir restringiendo la libertad de las empresas que se concentran con el fin de salvaguardar la competencia en el mercado, sujeta a los principios de necesidad, proporcionalidad, seguridad jurídica y eficacia administrativa.
- (36) En aquellos casos en que la operación de concentración puede ocasionar obstáculos a la competencia y existen medidas que puedan contrarrestar ese potencial perjuicio sobre el interés público, la operación puede autorizarse sujeta a determinadas obligaciones, ya sea en forma de compromisos presentados por el notificante o de condiciones impuestas por la autoridad. En la medida en que, recibida la autorización, la empresa puede ejecutar la misma, inexorablemente las obligaciones deben cumplirse en todos sus extremos eficazmente.

- (37) Como ha indicado la CNMC en precedentes similares⁷¹, las cautelas que debe tomar la CNMC durante la vigilancia de una resolución por la que se autoriza una concentración se deben a que se trata de operaciones susceptibles de causar un perjuicio a la competencia que los compromisos vienen a reparar.
- (38) La Administración acepta un cierto grado de indefinición de los compromisos que la empresa notificante presenta en un intento de conjugar el interés general que el control de concentraciones protege con la libertad de empresa. Sin embargo, no se puede consentir que con la indefinición de los compromisos presentados se busque conseguir la autorización de la concentración para, posteriormente, incumplir las obligaciones que dicha autorización impone.
- (39) Tampoco puede permitirse que, una vez obtenida la autorización, la empresa notificante actúe de tal manera que posponga o imposibilite el eficaz cumplimiento de las obligaciones a las que se ha sujetado la autorización de la operación. Autorización de la que se beneficia, porque le permite ejecutar la operación notificada y que, por tanto, debe asumir en todos sus extremos, incluidos los compromisos.
- (40) Con respecto a la interpretación de los compromisos a los que la CNMC condiciona la autorización de una concentración económica, la Audiencia Nacional, afirma que⁷²: *“Los compromisos deben interpretarse de forma conjunta, coherente y coordinada, y no de manera aislada, incongruente y descoordinada porque esto permitiría el efectivo vaciamiento de los mismos”*.

III.4.A.b. Las obligaciones de aportación de información previstas en los compromisos

- (41) La Resolución de la CNMC de 22 de abril de 2015 autorizó la concentración entre TELEFÓNICA y DTS subordinándola al cumplimiento de unos compromisos ofrecidos por TELEFÓNICA.
- (42) Los compromisos incluyen una serie de obligaciones asumidas por TELEFÓNICA cuyo cumplimiento conjunto habría posibilitado, a juicio de la autoridad de competencia, que una operación de concentración de esta entidad pudiese aprobarse sin menoscabo de la competencia.
- (43) Dentro de ese catálogo de obligaciones, la gran mayoría tienen un carácter material: compromisos relacionados con el mercado de televisión; con los mercados de comercialización mayorista de contenidos audiovisuales individuales

⁷¹ Resoluciones de 25 de enero de 2018 (Expte. VC/0550/14 REPSOL/PETROCAT) y de 9 de diciembre de 2020 (Expte. VC/0468/12 DISA/SHELL/SAE/JV).

⁷² Sentencia de la Audiencia Nacional, de 30 de marzo de 2012, ECLI:ES:AN:2012:1533.

y de canales de televisión en España o con el acceso a la red de internet de telefónica en España.

(44) Sin embargo, también se prevén una serie de obligaciones formales, definidas por TELEFÓNICA y aceptadas por la CNMC, dirigidas a permitir la vigilancia efectiva del cumplimiento de los compromisos materiales. Estos compromisos, consistentes en la aportación de información completa y exacta sobre las obligaciones asumidas, tienen una naturaleza instrumental y, por ende, esencial para no desnaturalizar la autorización concedida por la autoridad de competencia.

(45) Estas obligaciones formales de aportación de información están contenidas fundamentalmente en el Compromiso 4 (*Obligaciones de presentación de información*) y en los Anexos 1 y 2 de los compromisos autorizados en la Resolución de 22 de abril de 2015.

(46) El Compromiso 4 prevé que

Con el fin de facilitar la vigilancia del cumplimiento e implementación de los anteriores compromisos, se recoge en el Anexo 2 la información que la entidad resultante deberá remitir periódicamente a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia.

Todo ello sin perjuicio de las facultades de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia para requerir información adicional a la entidad resultante o a terceros, que se estime necesaria para el desempeño de las funciones de vigilancia, conforme a lo establecido en los artículos 39.1 y 41.1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia.

(47) Por su parte, el Anexo 2, al que se remite el Compromiso 4, dispone en su apartado 2.2 que

*Con **carácter anual, la contabilidad de costes** directamente atribuibles a cada uno de los canales incluidos en la oferta mayorista, que debe desglosar como mínimo para cada canal los costes fijos de adquisición de cada contenido, los costes variables de adquisición de cada contenido **y su metodología de cálculo**, y cada uno de los demás costes asociados a la producción de cada canal. **Un ejercicio descriptivo contable se presentará por primera vez junto con la Propuesta de Condiciones Tipo de cada canal** y deberá recoger los criterios de atribución, imputación y distribución de los distintos costes recogidos en la contabilidad de costes. (Énfasis añadido).*

(48) A ello se deben sumar las previsiones del apartado 2 del Anexo 1, donde también se impone expresamente a TELEFÓNICA una obligación de aportación de información:

*Telefónica tendrá la obligación de realizar **tres análisis de replicabilidad para cada canal y para cada una de las plataformas de televisión de pago** de la entidad resultante.*

(...)

La metodología y los cálculos detallados de Telefónica para realizar estos análisis de replicabilidad se trasladarán a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia junto con la propuesta de condiciones tipo de cada canal y sus sucesivas modificaciones, con una periodicidad mínima anual. (Énfasis añadido).

- (49) Asimismo, el apartado 3 del Anexo 1 se especifica que TELEFÓNICA debe presentar a la CNMC una propuesta de Condiciones Tipo, ajustada a los contenidos mínimos señalados, dentro del plazo de un (1) mes desde que la autorización de la operación de concentración C/0612/14 sea firme en vía administrativa.
- (50) Estas obligaciones no son, por lo tanto, únicamente un contenido de los compromisos autorizados en la resolución cuya infracción merece el reproche sancionador más grave. Son el presupuesto que habilita a la DC para vigilar el cumplimiento de los compromisos y al Consejo para acreditar periódicamente que la operación de concentración se está ejecutando en los términos en los que fue autorizada. Todo ello con el objetivo de preservar las condiciones de competencia y el interés público.

III.4.A.c. El incumplimiento de los compromisos por parte de TELEFÓNICA

- (51) De la propuesta de resolución elevada por la DC y de los hechos acreditados en este expediente sancionador se desprende que TELEFÓNICA ha desatendido de manera sistemática las obligaciones de aportación de información a las que se subordinó la autorización de la operación. Esta conducta permitió **desequilibrar en su favor el mencionado sistema de vigilancia** y generó en la DC una indebida carga administrativa que dificultó la vigilancia de todos los compromisos de la concentración.
- (52) Se detallan a continuación los incumplimientos concretos de los compromisos que, a juicio de este Consejo, integran la conducta constitutiva de una infracción muy grave de las previstas en el artículo 62.2 c) de la LDC.

(1). Falta de presentación de los cálculos detallados

- (53) Como ya se ha señalado, TELEFÓNICA durante el primer mes desde la aprobación de la operación de concentración debe trasladar a la CNMC, entre otra información relevante, la “**metodología y los cálculos detallados**” de los análisis de replicabilidad que debe presentar (Anexo 1.2).
- (54) El envío completo y puntual de esta información a la CNMC es esencial para la vigilancia del Compromiso 2.9, que obligaba a TELEFÓNICA a poner a disposición de otros operadores de televisión de pago en España una oferta mayorista de canales propios *premium* en los términos y condiciones establecidos en la Resolución.

- (55) Uno de los condicionantes más relevantes de la operación era la prohibición de que la entidad resultante no incurriese en estrechamiento de márgenes y garantizase la replicabilidad efectiva de las ofertas comerciales minoristas de TELEFÓNICA que incluyen cada uno de estos canales propios premium.
- (56) El sistema de vigilancia de este compromiso pivotaba sobre el siguiente punto de partida: TELEFÓNICA debía comunicar a la CNMC, inmediatamente después de aprobarse la concentración, cuál era la metodología que iba a emplear para analizar esa replicabilidad y los cálculos detallados que iba a emplear en ese proceso. A partir de ese punto, TELEFÓNICA queda adicionalmente obligada por los compromisos a realizar tres análisis de replicabilidad para cada canal y para cada una de sus plataformas de televisión de pago (apartado 2 del Anexo 1) sobre la base de la metodología y los cálculos detallados que debió trasladar a la CNMC en el momento inicial.
- (57) Sin embargo, TELEFÓNICA, en su escrito de 29 de mayo de 2015 (apartado 11 de los hechos acreditados), en el que dice aportar, entre otras cuestiones, los documentos sobre la metodología para el análisis de la replicabilidad de sus canales⁷³, no incluye en la citada información los “cálculos detallados” de estos análisis de replicabilidad, sino una descripción de los principios básicos del análisis.
- (58) A partir de aquí, pese a que en los sucesivos requerimientos de información se le indica que con la omisión de la citada información se está incumpliendo el punto 2 del Anexo 1, son necesarios hasta cuatro requerimientos y reiteraciones por parte de la DC para disponer, más de 6 meses después del lanzamiento de la primera oferta mayorista, de toda la información completa relativa a la metodología y cálculos detallados para los test de replicabilidad exigida en los compromisos.
- (59) Ello habría implicado, ya desde el momento inicial de la vigilancia, la imposibilidad de verificar en un tiempo adecuado el cumplimiento de los compromisos materiales, máxime si tenemos en cuenta los constantes cambios en las ofertas realizadas por TELEFÓNICA.

(2). Falta de presentación de información sobre la contabilidad de costes

- (60) El apartado 2.2 del Anexo 2 de los compromisos establece de forma expresa la obligación de TELEFÓNICA de aportar “**la contabilidad de costes directamente atribuibles a cada uno de los canales incluidos en la oferta mayorista, que debe desglosar como mínimo para cada canal los costes fijos de adquisición de cada contenido, los costes variables de adquisición de cada contenido y su metodología de cálculo, y cada uno de los demás costes asociados a la producción de cada canal**”.

⁷³ Folios 126 a 131.

Tal y como se desprende del relato de hechos acreditados, TELEFÓNICA no aportó de forma completa toda la información exigida en los compromisos sobre su contabilidad de costes. Ello obligó a la DC a realizar varios requerimientos de información hasta que TELEFÓNICA trasladó a la CNMC toda la información contable imprescindible para verificar los costes minoristas y comunes y el número de clientes de televisión de pago (apartado 12 de los hechos acreditados).

Entre el primero de los requerimientos (11 de enero de 2016) y el cumplimiento efectivo de la obligación contenida en los compromisos (13 de diciembre de 2016) transcurrió prácticamente un año, lo que dificultó y postergó la vigilancia efectiva de los compromisos materiales a los que se subordinó la autorización de la concentración.

(3). Falta de información sobre clientes no residenciales

- (61) El apartado 2 del Anexo 1 de los compromisos obliga a TELEFÓNICA a realizar tres análisis de replicabilidad para cada canal de la oferta mayorista y para cada una de las plataformas de televisión de pago de la entidad resultante. Asimismo, en los compromisos también se prevé que TELEFÓNICA *“aportará en papel y formato Excel una actualización del listado de los contratos vigentes, señalando altas/bajas, modificaciones o novaciones contractuales que se hayan producido en el mismo respecto del listado anterior”*
- (62) No existe ninguna diferenciación en los compromisos entre el segmento de clientes ‘residencial’ y el segmento de clientes ‘no residencial’, por lo que los productos dirigidos al segmento no residencial deben igualmente superar los test.
- (63) Los test de replicabilidad de los compromisos analizan la replicabilidad de los productos y empaquetamientos que incluyen canales de la oferta mayorista, tanto del segmento residencial como del segmento no-residencial (productos para bares, restaurantes, hoteles, etc.). Por lo tanto, TELEFÓNICA tiene la obligación de hacer test específicos para Bares y Locales de Apuestas si los ofrece.
- (64) Asimismo, las promociones forman parte de los datos necesarios para hacer un análisis de estrechamiento de márgenes. Para conocer los márgenes de TELEFÓNICA hay que conocer los ingresos reales, y por tanto el precio promocionado.
- (65) Ya en el año 2015, con ocasión de la obligación de remisión de información relativa a la primera oferta mayorista, TELEFÓNICA remitió un primer test para Colectividades con deficiencias y sin incluir información sobre promociones. Tampoco incluyó los test para Bares y Locales de Apuestas. Fueron necesarias varias reiteraciones, la última el 23 de noviembre de 2015⁷⁴, para contar con la información completa que debía de haberse facilitado en el momento del

⁷⁴ Folios 10.766 – 10.779.

lanzamiento de la primera oferta mayorista de TELEFÓNICA (en julio de 2015) (apartado 13 de los hechos acreditados).

(66) El comportamiento se repite para los test correspondientes a febrero y agosto de 2016, donde TELEFÓNICA no aporta el **28 de julio de 2016**⁷⁵ los correspondientes al segmento no residencial (apartado 14 de los hechos acreditados). O para los test de replicabilidad de finales de octubre de 2018, donde TELEFÓNICA tampoco facilita dichos análisis para los productos Horecas (apartado 15 de los hechos acreditados).

(67) En relación con la información en el segmento no residencial cabe destacar la **negativa injustificada** por parte de TELEFÓNICA a aportar el **contrato con Mediapro** para la difusión de los contenidos de fútbol a partir de la temporada 2019/2020.

Este acuerdo fue requerido a TELEFÓNICA el 20 de agosto de 2019⁷⁶ y tras varias reiteraciones de solicitud fueron aportados finalmente por el operador el 16 de diciembre de 2019⁷⁷ (apartado 16 de los hechos acreditados).

Cabe significar que en los repetidos requerimientos de información formulados por la DC a este respecto se había instado a TELEFÓNICA a remitir el contrato formalizado o, en su caso, el último borrador del acuerdo intercambiado entre las partes. La negativa de TELEFÓNICA a dar cumplimiento a los compromisos queda evidenciada en el hecho de que se niega a remitir cualquier borrador y cuando el contrato es firmado el día 28 de octubre de 2019 no hace remisión de este a la DC y es necesario un nuevo requerimiento de 16 de diciembre de 2019 para solicitar la entrega del mismo.

(4). Modificación unilateral de la metodología sin comunicarlo a la CNMC

(68) Como ya se ha señalado, TELEFÓNICA está obligada a presentar la metodología y los cálculos detallados con los que pretende realizar los análisis de replicabilidad (Anexo 1.2 de los compromisos). Ello implica que cualquier modificación de la misma debe ser explicada para que la CNMC pueda comprobar y verificar los análisis presentados.

(69) A pesar de que la obligación es clara al respecto, se ha acreditado que TELEFÓNICA **no comunica de manera formal la realización de modificaciones o la adopción de nuevos criterios en sus análisis y cálculos**. Ello ha supuesto retrasos de varios meses para la obtención de la documentación en los términos exigidos en los compromisos.

⁷⁵ Folios 11.163 – 11.179.

⁷⁶ Folios 12.925 – 12.927.

⁷⁷ Folio del VC/612/14 63589 – 63644.

En relación con los test de los productos y promociones cuya comercialización había anunciado TELEFÓNICA a finales de 2017 y que estaba prevista a partir del 5 de febrero de 2018, TELEFÓNICA no aporta los test de replicabilidad requeridos y, en particular, los referidos a las nuevas configuraciones de productos a partir de mayo de 2018 argumentando que no puede aportarlos ya que desconoce los parámetros de la DTSA. Ello, a pesar de que hasta ese momento venía aportando los test utilizando sus mejores estimaciones y sin conocer el resultado de los test ex ante de la DTSA para dicho catálogo (apartado 17 de los hechos acreditados).

Con el siguiente análisis de replicabilidad correspondiente a la cuarta oferta mayorista (agosto de 2018) TELEFÓNICA vuelve a incurrir en el mismo incumplimiento que conlleva un retraso de más de 4 meses en la obtención completa de la información exigida (apartado 18 de los hechos acreditados).

(5). Presentación reiterada de formatos que impiden la labor de verificación

(70) De especial relevancia para la eficacia de la verificación de los compromisos es la previsión que obliga a TELEFÓNICA a presentar la metodología y los cálculos detallados de los test de replicabilidad, lo que incluye la obligación de presentar la información en formato que permita esa efectiva verificación por parte de la DC.

(71) Sin embargo, la citada entidad incurre de manera reiterada en un comportamiento consistente en aportar la documentación en **formatos que no permiten a la DC realizar una labor de verificación** de los cálculos de replicabilidad.

Los test de replicabilidad de octubre de 2015 y julio de 2016 se aportaron sin formulas (apartado 19 de los hechos acreditados para el test de octubre de 2015 y apartado 20 de los hechos acreditados para el test de julio de 2016).

El 14 de noviembre de 2016 TELEFÓNICA presentó el test retail-minus para Colectividades en formato PDF⁷⁸, lo que exigió a la DC a pedirle nuevamente el documento en formato adecuado (apartado 20 de los hechos acreditados).

Asimismo, el 14 de enero de 2019 la DC se vio obligada a reiterar el requerimiento de información efectuado el 4 de diciembre de 2018, por cuanto TELEFÓNICA no aportó toda la información que permitiera reproducir los cálculos realizados incluyendo la descripción de los criterios tenidos en cuenta.

El 1 de marzo de 2019⁷⁹ TELEFÓNICA remitió varios anexos con hojas de cálculo sin fórmulas y algunas importantes omisiones, impidiendo la correcta verificación de los costes de los contenidos (CPA) de televisión de pago y de los costes de comercialización de terminales. Por esta razón el 8 de marzo de 2019⁸⁰ se reiteró

⁷⁸ Folios 11.219 – 11.360.

⁷⁹ Folios 12.478 – 12.605.

⁸⁰ Folios 12.613 – 12.614.

el debido envío de las hojas de cálculo en formato procesable (completas y con fórmulas) (apartado 21 de los hechos acreditados).

Lo mismo sucede en relación con los test de replicabilidad del año 2020, donde se debe requerir a TELEFÓNICA su obligación de remitir la información en formato adecuado (apartado 22 de los hechos acreditados).

El incumplimiento de esta obligación se lleva a cabo de manera recurrente pese a que la CNMC advierte de manera reiterada la obligación de presentar los test en formatos que permitan la verificación de la información.

- (72) Todo ello pone de manifiesto un claro incumplimiento reiterado por parte de TELEFÓNICA de las obligaciones de información contenidas en el Compromiso 4 y en los Anexos 1 y 2 de los compromisos autorizados en la Resolución de 22 de abril de 2015.

III.4.A.d. Alegaciones de TELEFÓNICA

TELEFÓNICA ha presentado las siguientes alegaciones a la Propuesta de Resolución.

III. 4. A. d. i. Sobre la naturaleza de la información que la DC solicita en el marco del procedimiento de vigilancia

- (73) TELEFÓNICA alega que el incumplimiento de la obligación de remitir información que se le ha imputado no supondría un incumplimiento del Compromiso 4 sino un incumplimiento del deber genérico de colaboración de las empresas recogido en el artículo 39 de la LDC, al que corresponde un tipo infractor leve en virtud del artículo 62.2) de la LDC. De lo contrario, argumenta TELEFÓNICA, se estaría modificando sustancialmente la redacción del Compromiso 4. En apoyo de la separación en dos tipos infractores distintos, TELEFÓNICA cita un precedente de la CNMC y una sentencia de la Audiencia Nacional, que se tratarán de forma específica.
- (74) Según TELEFÓNICA, toda la información que ha aportado en respuesta a los requerimientos de la CNMC en el marco de la vigilancia de la Resolución de compromisos está relacionada de algún modo con los compromisos vigilados, pero no significa que toda la información que TELEFÓNICA aporta responda a las obligaciones especificadas en los mismos ni, por tanto, que todo eventual incumplimiento de dichas obligaciones equivalga al incumplimiento de la Resolución por la que se autoriza la concentración económica de TELEFÓNICA.
- (75) En este sentido, defiende que los términos “sin perjuicio” y “adicionalmente” del Compromiso 4 permiten inferir que hay dos tipos de información que se puede solicitar por parte de la CNMC y que la información que se solicita con base en el artículo 39 de la LDC no ostenta la misma naturaleza que la información detallada exhaustivamente en el Anexo 2.

- (76) En virtud de las alegaciones anteriores, TELEFÓNICA sostiene que debería analizarse si su conducta podría ser constitutiva de infracción leve en los términos del artículo 62.2.c) de la LDC.
- (77) Debido a las características de los compromisos, propuestos por TELEFÓNICA y aprobados por la CNMC, la labor de vigilancia es compleja, debido a la cantidad, periodicidad y el tipo de información que debe aportar TELEFÓNICA. Resulta esencial para el desempeño de las funciones de vigilancia de la CNMC poder disponer de la necesaria información con carácter tempestivo a través de requerimientos de información. El requerimiento es un instrumento meramente formal que resulta oportuno debido a que la actuación de vigilancia de una resolución de compromisos no puede ser pasiva, sino que requiere de una intervención activa, rápida y eficaz por parte de la CNMC. Ello no implica, sin embargo, que durante la vigilancia no sea exigible la predisposición y transparencia de TELEFÓNICA en el sentido de facilitar una manera más ágil de constatar el cumplimiento de los compromisos, sin que la CNMC llegue a reclamar la información.
- (78) Como se desprende de los hechos acreditados y de la valoración efectuada por este Consejo, TELEFÓNICA incumplió varias de las obligaciones de información contenidas en los compromisos. El hecho de que el cumplimiento tuviese que ser instado por la DC a través de reiterados requerimientos de información no puede alterar la naturaleza jurídica del incumplimiento, ni la consecuencia sancionadora prevista en la norma.
- (79) No nos hallamos en este caso ante un mero incumplimiento de los requerimientos previstos, en el seno de las inspecciones, en el artículo 62.2 c) de la LDC, en la redacción vigente a la fecha de la conducta investigada. El bien jurídico afectado es distinto, en la medida en que no se trata de un cumplimiento defectuoso de un requerimiento, sino de la contravención de un compromiso al que se subordinó la autorización de la operación de concentración.
- (80) Tres elementos ponen claramente de manifiesto el carácter sustantivo de la obligación de TELEFÓNICA de proveer tempestivamente a la CNMC de toda la información necesaria para la vigilancia del correcto cumplimiento de los compromisos, de forma destacada el de replicabilidad. En primer lugar, la propia naturaleza del compromiso de replicabilidad, consistente en la obligación de TELEFÓNICA respecto a la oferta mayorista de canales propios premium, de no incurrir en estrechamiento de márgenes y de permitir la replicabilidad efectiva de las ofertas comerciales minoristas de la entidad resultante que incluyen cada uno de estos canales. En segundo lugar, la existencia de un compromiso *ad hoc* (el número 4) de presentación de información y, en tercer lugar, la previsión de un anexo 2 específico de detalle de las obligaciones de información periódica de la entidad resultante en materia de oferta mayorista de canales, así como

obligaciones de información concretas recogidas en el anexo 1.2 respecto de los análisis de replicabilidad.

- (81) Un análisis de los requerimientos efectuados durante el proceso de vigilancia en relación con los distintos hitos a los que alude TELEFÓNICA permite constatar que los requerimientos realizados persiguen obtener la información y en los formatos que se derivan de las obligaciones de la Resolución de compromisos. Se trata de requerimientos que van más allá de la mera exigencia de aclaraciones, ya se dirijan a reiterar elementos ya requeridos o que debieran haber sido incluidos según se desprende de la literalidad de los compromisos, corregir carencias y deficiencias, aportar cálculos en formatos procesables que permitan su verificación o remitir los contratos necesarios para el cálculo de costes, entre otros.
- (82) Todos los requerimientos de la CNMC solicitando los test de replicabilidad se han realizado precisamente por la falta de automatismo en el envío de la información por TELEFÓNICA en los términos previstos en los compromisos y se reiteran por causas imputables a TELEFÓNICA, lo que supone un claro entorpecimiento de la función de vigilancia de la CNMC respecto de los compromisos en virtud de los cuales se autorizó la concentración.
- (83) La forma en que TELEFÓNICA ha desatendido las obligaciones de remitir información supone un incumplimiento de las obligaciones de información previstas en los compromisos, generando una indebida carga administrativa a la CNMC, ya que se trata de requerimientos con un nivel muy alto de detalle con el fin de facilitar en todo lo posible el cumplimiento de TELEFÓNICA. Pero, si bien los requerimientos de información están destinados a favorecer el cumplimiento de la empresa obligada en favor de la vigilancia, dando la posibilidad de corregir y completar los datos, cuando estos se reiteran por causas imputables a la empresa, dando lugar a que se acumule un gran número de requerimientos por cada uno de los distintos hitos que obligan a informar a la empresa, pierden este sentido.
- (84) Como se deduce de la lectura de las obligaciones de remisión periódica de información, en el Anexo 2.2 del Compromiso 4, las mismas se diseñaron con un intencionado automatismo, para reducir la carga de la CNMC en determinados requerimientos de información y para imponer la carga del momento y del contenido del suministro de información a TELEFÓNICA, al ser la mejor posicionada para ello.
- (85) Al considerar un incumplimiento de un compromiso la insuficiencia en la aportación de información que, pese a no estar específicamente desarrollada en el Anexo 2.2 o en el Anexo 1.2, se encontrara íntimamente ligada con el compromiso 2º, se aseguraba el incentivo para TELEFÓNICA de una debida

diligencia en la aportación de esta, partiendo de que así lo debió estimar TELEFÓNICA al incorporarlo en su propuesta de compromisos.

- (86) Tampoco puede aceptarse el argumento de TELEFÓNICA respecto de que la CNMC cita en sus requerimientos de información el artículo 39 de la LDC y por tanto automáticamente debe tratarse de una infracción leve. TELEFÓNICA conoce perfectamente que todos los requerimientos de información se inician con una introducción relativa a la vigilancia de la concentración y a los compromisos a los que quedó sometida su autorización, como antecedente de cada uno de los requerimientos. El hecho de que se cite también el artículo 39 de la LDC no tiene la virtualidad de modificar la naturaleza de la información que se solicita, que debe aportarse en aplicación de los compromisos. Tal sería el caso de los casi 40 requerimientos de información en los que la CNMC solicita datos sobre la contabilidad de costes y la realización de los tres test de replicabilidad sobre la oferta de productos con televisión de pago o el lanzamiento de nuevos productos, tanto en el segmento residencial como en el segmento no residencial.
- (87) En consecuencia, no puede admitirse la tesis de TELEFÓNICA de que el incumplimiento de requerimientos de información como los citados se debería incardinar en un tipo infractor leve conforme al artículo 62.2.c) de la LDC, cuando en realidad la falta de suministro la información en tiempo y forma por parte de TELEFÓNICA se refiere a datos no solo directamente vinculados con el cumplimiento de los compromisos, sino que constituyen en sí mismos los propios compromisos a los que se supeditó la autorización de concentración de TELEFÓNICA. Por tanto, su incumplimiento va más allá del mero entorpecimiento de la labor de vigilancia de la CNMC respecto a toda resolución sancionadora, supone un incumplimiento directo de una resolución, acuerdo o compromiso que se corresponde con una infracción muy grave en virtud del artículo 62.4.c) de la LDC.
- (88) En sus alegaciones resalta TELEFÓNICA que la DC en un primer momento, para sostener la tipificación como infracción leve, se basó en la “naturaleza instrumental” de la información requerida a TELEFÓNICA y el “carácter parcial” de los supuestos incumplimientos. No obstante, los adjetivos instrumental y parcial siguen siendo aplicables a la conducta infractora analizada en este expediente, en tanto que no se imputa a TELEFÓNICA el incumplimiento absoluto de las múltiples obligaciones de provisión de información que se contienen a lo largo de los compromisos y dado que estas obligaciones de provisión de información son siempre instrumentales al objetivo fundamental de posibilitar la vigilancia de los compromisos sustanciales a los que se sometió la autorización de la concentración. Todo lo cual no impide la tipificación de la infracción como muy grave.

- (89) En este sentido, no es acertada la alusión que hace TELEFÓNICA respecto a la Resolución de la CNMC, con fecha 31 de julio de 2012, en el asunto SNC/0026/12 MEDIAPRO, dictada en el marco de un procedimiento de vigilancia de una infracción por la que la empresa sancionada había cometido una infracción del artículo 1 de la LDC y del artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. En ese expediente, la conducta, que se califica como una infracción leve por suministro defectuoso de información a la CNMC, no trae causa de ningún compromiso previamente aceptado por las empresas cuyo incumplimiento haga decaer los motivos por los cuales la CNMC acordó autorizar una concentración, sino que se trataba de meros requerimientos de información efectuados durante la vigilancia de una resolución a cuyo incumplimiento, al ser de una naturaleza y entidad diferente, se anudó una sanción menor. Por tanto, la conducta que resultó acreditada en ese expediente no puede dar lugar a una infracción por incumplimiento de compromisos, sino, como se expone en la parte dispositiva de la Resolución, a una infracción consistente en haber suministrado información incompleta y engañosa que supone un incumplimiento del deber de colaboración con la CNMC.
- (90) Tampoco puede asimilarse el incumplimiento de TELEFÓNICA en el presente expediente al incumplimiento que fue objeto de la sentencia de 16 de mayo de 2022 de la Audiencia Nacional⁸¹, en la que se redujo la calificación de la conducta de una infracción muy grave a una infracción leve. En ese caso, TELEFÓNICA había incumplido lo dispuesto en el artículo 78.12 de la Ley General de Telecomunicaciones, que recoge también taxativamente como una de las infracciones leves “*el incumplimiento de las obligaciones en materia de calidad de servicio*”. En definitiva, la Audiencia Nacional aplica los principios que tipicidad y legalidad que inspiran la potestad sancionadora al encuadrar el incumplimiento de TELEFÓNICA dentro de un tipo específico previsto en la Ley General de Telecomunicaciones. En ningún caso podría servir de comparación con respecto al incumplimiento de una obligación de reportar información dimanante de un compromiso propuesto por TELEFÓNICA y aprobado por la CNMC.

III. 4. A. d. ii. Sobre el cumplimiento de presentación de la información por parte de TELEFÓNICA

- (91) TELEFÓNICA señala que ha cumplido minuciosamente con todos y cada uno de los requerimientos de información formulados durante la vigilancia del cumplimiento de los compromisos, y en particular, con aquellos identificados en el Anexo 1 del Informe Parcial de Vigilancia de 1 de junio de 2021.
- (92) Según indica, para dar respuesta a los más de 80 requerimientos de información solicitados por la CNMC, TELEFÓNICA ha tenido que adaptarse a los tiempos y

⁸¹ Sentencia de la Audiencia Nacional, de 16 de mayo de 2022, rec. núm. 2501/2019, TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U., ECLI: ES:AN:2022:2600.

formas exigidos por la administración y que el criterio de la propia CNMC ha ido cambiando a lo largo del tiempo. Según TELEFÓNICA, la CNMC ha venido solicitando datos e información bajo otro criterio distinto, en un formato diferente y con mayor desglose, por lo que, a su juicio, no puede calificarse como reiteración la citada información ya que no era la misma que la solicitada en los requerimientos previos.

- (93) En definitiva, alega que ha realizado grandes esfuerzos por cumplir con sus obligaciones de reporte de información periódica a la CNMC y, por cumplir debidamente con su obligación de cooperación recogida en el artículo 39 de la LDC.
- (94) Asimismo, TELEFÓNICA sostiene que la CNMC ya ha verificado el cumplimiento de los compromisos sin formular reproche alguno y sin que el modo de presentar la información por parte de TELEFÓNICA hubiera diferido sustancialmente del investigado en este procedimiento sancionador. En particular, destaca que, en la Resolución de 28 de julio de 2021, el Consejo de la CNMC confirma expresamente el cumplimiento de TELEFÓNICA del Compromiso 4, sin manifestar ningún planteamiento sobre los obstáculos generados por la empresa.
- (95) La CNMC nunca ha impuesto a TELEFÓNICA en sus requerimientos ningún formato y, cuando ha especificado uno concreto, ha sido para utilizar un formato previamente empleado por la propia TELEFÓNICA, procurando una mayor claridad y economía de tiempo. Así, nunca se le requirió a TELEFÓNICA un formato determinado para el envío de los test de replicabilidad, los cuales la propia TELEFÓNICA conformó desde un primer momento en 2015 y posteriormente modificó el formato en el hito noviembre/diciembre 2018 por propia iniciativa. Este cambio unilateral de formato implicó una merma en la capacidad de análisis de los productos individuales al no incluirse ya con el detalle que venía siendo reportado hasta ese momento, sin que la CNMC haya requerido su modificación hasta la incoación de este procedimiento sancionador.
- (96) Con el fin de reflejar el comportamiento que TELEFÓNICA ha llevado a cabo durante todo el procedimiento de vigilancia de los compromisos, sirva de ejemplo el requerimiento de información de fecha 29 de julio de 2015 (apartado 13 de los hechos acreditados) sobre los primeros test de replicabilidad aportados por TELEFÓNICA sobre la primera oferta mayorista de canales. Los mismos, que por otra parte ya se envían con retraso, no se facilitan con el detalle suficiente para el adecuado análisis de replicabilidad. A la vista de ello, la CNMC describe en el requerimiento de información un conjunto de 46 elementos concretos clasificados por tema (test 1) que TELEFÓNICA deberá aclarar o aportar y que, en su mayoría, debería haber realizado desde un primer instante. No obstante, fue necesario reiterar a TELEFÓNICA que completase y clarificase cuestiones relativas a 19 de los 46 puntos del requerimiento del 29 de julio. Lo mismo ocurre con los

requerimientos del 23 de noviembre de 2015 (apartado 28 de los hechos acreditados), del 11 de enero de 2016 (apartado 31 de los hechos acreditados) y del 11 de febrero de 2019 (apartado 53 de los hechos acreditados).

- (97) El que los requerimientos de la CNMC sean minuciosamente descriptivos se corresponde con un intento de asegurar que TELEFÓNICA aporte la información con el grado de detalle y exactitud requerida por los compromisos y que permita verificar los análisis de replicabilidad que realiza la empresa. Por lo que tal grado de exhaustividad por parte de la CNMC, lejos de responder a la complejidad o el carácter prolijo de la información requerida, se justifica como un mecanismo para tratar de anticiparse a las respuestas de TELEFÓNICA, intencionadamente incompletas, como resultado de la experiencia previa en las respuestas a los anteriores requerimientos.
- (98) Por el contrario, es TELEFÓNICA la que en general no comunica de manera formal la realización de modificaciones o la adopción de nuevos criterios, sino que se limita a incorporarlos, sin señalarlo expresamente, en sus análisis y cálculos. La CNMC solamente tiene conocimiento de tales cambios una vez recibidos los cálculos y realizado un análisis de estos, lo que exige un determinado plazo de tiempo. Tal es el caso de la remisión de los análisis de replicabilidad de la cuarta oferta mayorista de canales en agosto de 2018, en los que TELEFÓNICA modifica de facto la metodología que venía utilizando hasta entonces para el test 1 de los compromisos, siendo necesaria una reiteración por la CNMC para obtener el 10 de enero de 2019, 4 meses más tarde, el test correcto (apartado 18 de los hechos acreditados). Asimismo, existen más ocasiones en las que los criterios aplicados por TELEFÓNICA no se encuentran justificados, lo que dificulta y dilata aún más las labores de vigilancia.
- (99) Lo anterior contrasta con la alegación de TELEFÓNICA en la que señala que es la CNMC quien cambia constantemente de criterio y que TELEFÓNICA ha tenido que adaptarse a los tiempos y formas exigidos por la CNMC, en un intento de justificar el carácter tardío o incompleto de sus respuestas a los requerimientos.
- (100) A mayor abundamiento, los test de replicabilidad remitidos por TELEFÓNICA derivan en gran medida de los test ex-ante regulatorios, por lo que no puede aceptarse que TELEFÓNICA alegue haber tenido que modificar o adaptar el formato de los test previstos en los compromisos, cuando para los test remitidos ha empleado en esencia los mismos formatos que se venían realizando en el ámbito regulatorio sectorial.
- (101) Finalmente, frente a la alegación de TELEFÓNICA de que la CNMC ha determinado su cumplimiento de los compromisos en la Resolución de 28 de julio de 2021, en la medida en que el Consejo resuelve, sobre la base de un informe parcial de vigilancia de 1 de junio de 2021, que existían indicios de incumplimiento

por parte de TELEFÓNICA de sus obligaciones de remisión de información, no puede de ello inferirse una declaración del cumplimiento de TELEFÓNICA. Es en la presente Resolución donde procede determinar si efectivamente ha habido incumplimiento.

III.4.A.e. Conclusión

- (102) TELEFÓNICA ha incurrido en una práctica deliberada de incumplimiento de las obligaciones de aportación de información previstas en los compromisos, **mediante la aportación incompleta y no puntual de la información exigida**, con el efecto de entorpecer la labor de vigilancia y afectar potencialmente a la finalidad de la autorización de la operación de concentración.
- (103) A la vista de todo lo anterior, corresponde concluir que TELEFÓNICA ha incumplido lo dispuesto en la Resolución del Consejo de la CNMC de 22 de abril de 2015 en el expediente C/0612/14 TELEFÓNICA/DTS, por lo que habría incurrido en una infracción muy grave conforme a lo previsto en el artículo 62.4.c) de la LDC.

III.4.A.f. Duración de la infracción

El incumplimiento reiterado y continuado de TELEFÓNICA de las obligaciones de aportación de información previstas en los compromisos autorizados en la Resolución de 22 de abril de 2015 se inicia inmediatamente después de la aprobación de los compromisos, en mayo de 2015 (apartado 11 de los hechos acreditados), y se ha prolongado hasta junio de 2020, fecha en la que se obtiene la información completa derivada de la quinta oferta mayorista de TELEFÓNICA (apartado 22 de los hechos acreditados).

III.4.B. Antijuridicidad de la conducta

- (104) Para que una conducta típica pueda ser sancionable, debe también considerarse antijurídica. La antijuridicidad de un comportamiento típico se define como la realización del tipo no amparada por causas de justificación: esto implica que todo comportamiento típico será antijurídico a menos que esté autorizado por una causa de justificación de las contenidas en el ordenamiento sancionador.
- (105) **TELEFÓNICA acusa a la CNMC de haber conocido, consentido y tolerado tácitamente la situación sin desplegar durante mucho tiempo sus potestades de vigilancia** al referirse a una Sentencia del Tribunal Supremo⁸², exculpando al administrado cuando actúa bajo la creencia de que contaba con la debida autorización administrativa, al menos de forma implícita.

⁸² Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de febrero de 2011, rec. núm. 562/2008, COMUNIDAD DE REGANTES DIRECCION000, ECLI: ES:TS:2011:628.

- (106) Sin embargo, los argumentos de TELEFÓNICA carecen de fundamento, puesto que la Dirección de Competencia ha procurado siempre actuar prontamente para comprobar el cumplimiento de la obligación de replicabilidad de los productos de TELEFÓNICA que incluyen canales de la oferta mayorista, ya desde agosto de 2015, habiendo encontrado múltiples dificultades para realizar las verificaciones de los test de replicabilidad sobre una información que fuera oportuna, completa y con datos claros y fiables, aunque fuesen en gran medida estimados, provocando tales dificultades la superación de los tiempos relevantes que prevén los compromisos para potenciales actuaciones que requieren presteza.
- (107) De esta forma, una vez superados ya varios meses desde el lanzamiento por TELEFÓNICA de cada nuevo catálogo, con los plazos de contratación de las principales promociones ofertadas ya extinguidos, o incluso habiendo sido superado completamente el periodo abarcado por dicho hito o vigencia comercial del catálogo (como así ha ocurrido), la razonabilidad dictaba esperar a disponer de los datos reales de ingresos y costes para poder realizar las nuevas revisiones *ex post* de los test de replicabilidad, puesto que cualquier actuación de la CNMC transcurrido ya buena parte del periodo de cada hito, no tendría efectos prácticos reales y seguiría basándose en buena medida en valores estimativos de parámetros, lo que no sería concluyente.
- (108) Este conjunto de requerimientos y reiteraciones realizado por parte de la Dirección de Competencia, minuciosamente detallados y claros **ofreció a TELEFÓNICA múltiples oportunidades para aportar adecuadamente la debida información, lo que es claramente distinto, de hecho, es lo contrario a haber consentido y tolerado tácitamente la conducta de TELEFÓNICA en materia de incumplimiento de sus deberes de remisión de información.**
- (109) Sin embargo, TELEFÓNICA ha persistido en su deliberada negativa a aportar la información debida, obstaculizando con ello sistemáticamente la vigilancia del compromiso de replicabilidad. No puede por lo tanto pretender TELEFÓNICA, como parece sobreentenderse de su alegación, que no haber incoado un procedimiento sancionador con anterioridad a la presente propuesta derive en una falta de culpabilidad de TELEFÓNICA en la conducta. Antes bien, la autoridad de competencia ha venido adoptando una actitud constructiva desde un primer momento, habilitando a TELEFÓNICA a cumplir adecuadamente sus obligaciones de manera constante y reiterada señalando detalladamente cada uno de los elementos deficientes de las respuestas que venían sucediéndose por parte de TELEFÓNICA, con al menos 40 requerimientos y reiteraciones de información sobre el compromiso de replicabilidad.
- (110) Por consiguiente, la DC y la CNMC no han consentido ni tolerado en ningún momento la situación provocada por TELEFÓNICA, habiendo tratado de evitarla, aunque no encontrando para ello en TELEFÓNICA la obligada actitud de facilitar

debidamente la labor de la Dirección de Competencia, tal como hubiese supuesto por ejemplo la remisión por TELEFÓNICA de los test de replicabilidad de los compromisos motu proprio con antelación al lanzamiento de sus productos o desde un primer momento en un formato procesable y verificable.

III.4.C. Responsabilidad de TELEFÓNICA

- (111) En el ámbito del Derecho Administrativo sancionador español no tiene cabida la responsabilidad objetiva en la comisión de una infracción y resulta imprescindible analizar el elemento volitivo. Ello supone que la imposición de la sanción exige que la conducta típica y antijurídica sea imputable, al menos a título de culpa, a su autor⁸³.

Por ello, el artículo 63.1 de la LDC condiciona el ejercicio de la potestad sancionadora 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.

- (112) El Tribunal Supremo ha establecido que la culpabilidad en el ámbito de aplicación de la LDC debe tener en cuenta las particularidades lógicas que implica el concepto de persona jurídica⁸⁴:

En el caso de infracciones administrativas cometidas por personas jurídicas no se suprime el elemento subjetivo de la culpa pero el mismo se debe aplicar de forma distinta a como se hace respecto de las personas físicas. [...] esa construcción distinta de la imputabilidad de la autoría de la infracción a la persona jurídica nace de la propia naturaleza de ficción jurídica a la que responden las personas jurídicas. Falta en ellas el elemento volitivo en sentido estricto pero no la capacidad de infringir las normas a las que están sometidas. [...] ese principio [de culpabilidad] se ha de aplicar necesariamente de forma distinta a como se hace respecto de las personas físicas [...].

- (113) Este Consejo considera que TELEFÓNICA ha incumplido de manera consciente la Resolución de 22 de abril de 2015 por los siguientes motivos.

- (114) Es la propia empresa, junto con la CNMC, la que configura esos compromisos, por lo que no es posible considerar el desconocimiento de los mismos y de su obligado cumplimiento por parte de quien presenta esos compromisos y asume *motu proprio* su carácter obligatorio. La propia Resolución de 22 de abril de 2015

⁸³ Por todas, la Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de noviembre de 2004, rec. núm. 174/2002, Boliden Apirsa, S.L., ECLI:ES:TS:2004:7562 y artículo 130.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJPAC), BOE núm. 285, de 27 de noviembre de 1992 y 28 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, BOE núm. 236, de 2 de octubre de 2015.

⁸⁴ Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de mayo de 2015, rec. núm. 95/2014, France Telecom España, S.A., ECLI:ES:TS:2015:2194.

señala que “*la efectividad de los mismos está a su vez ligada a la implementación de todos y cada uno de ellos*”.

- (115) Se trata de obligaciones de información cuyo contenido es claro e inequívoco, y en los casos en los que podría haber cierta discrepancia sobre ciertos detalles relativos al contenido de la información a aportar, la DC los ha concretado y aun así la empresa ha seguido incumpliendo y demorando de manera injustificada su presentación.
- (116) Finalmente cabe destacar que nos encontramos ante un reiterado y continuo incumplimiento de las obligaciones de información que se ha mantenido durante un largo periodo de tiempo y pese a los constantes requerimientos de reiteración de la información formulados por la DC. No se trata de una conducta puntual o esporádica que pudiera estar justificada en motivos no imputables a la propia empresa, sino de una serie de estrategias dilatorias y con un claro carácter obstaculizador adoptadas de manera consciente durante un largo periodo de tiempo.
- (117) Todos estos factores conducen a la conclusión de que concurre el elemento volitivo de la conducta por parte de TELEFÓNICA.

III.5. [SEXTO] Determinación de la sanción

III.5.A. Criterios para la determinación de la sanción

- (118) Acreditada la existencia de una infracción de la LDC por incumplimiento del 62.4.c) de la misma y establecida la responsabilidad de TELEFÓNICA, la empresa infractora es acreedora de una sanción sobre la base del artículo 63.1.c) de la LDC. Una infracción de esta clase está tipificada como una infracción muy grave.
- (119) El volumen de negocios mundial de TELEFÓNICA en el año 2021 ascendió a 12.417 millones de euros.
- (120) Los criterios por medio de los cuales se determinan las sanciones en el ordenamiento español deben respetar las exigencias del artículo 64 de la LDC en su interpretación ofrecida por el Tribunal Supremo (TS)⁸⁵.
- (121) Considerando estos factores, este Consejo debe pronunciarse sobre la sanción a imponer valorando los criterios de la LDC en relación con los principios de eficiencia, proporcionalidad y disuasión y de acuerdo con la jurisprudencia del TS y el TJUE.

⁸⁵ Véase la Sentencia del TS de 29 de enero de 2015, recurso 2872/2013 (ECLI:ES:TS:2015:112).

- (122) En cuanto a las características del mercado afectado (art. 64.1.a), la operación de concentración de la que deriva el compromiso incumplido se enmarca en el mercado minorista de la televisión de pago. No obstante, hay que tener presente que los compromisos con los que se aprobó la concentración, y en particular el de replicabilidad relacionado con el presente expediente, se encaminan a evitar una afectación negativa significativa de la competencia también en los mercados minoristas de comunicaciones electrónicas en la medida en que la televisión de pago es una variable competitiva clave en las ofertas convergentes (con paquetes que incluyen servicios de televisión de pago y de comunicaciones electrónicas). Finalmente, se afectaría al mercado mayorista de comercialización de canales de televisión donde TELEFÓNICA oferta sus canales de pago premium sujetos al compromiso de replicabilidad.
- (123) Durante los años en los que se desarrolló la infracción, entre mayo de 2015 y junio de 2020 (art. 64.1.c), TELEFÓNICA tuvo unos ingresos medios anuales por la televisión de pago de alrededor de 1.600 millones de euros⁸⁶. Esto implica una cuota media de mercado de en torno al 75% para el periodo de referencia (art. 64.1.b).
- (124) En cuanto al empaquetamiento de servicios de televisión de pago con comunicaciones electrónicas, desde 2015 el número de paquetes, sobre todo las ofertas 5P⁸⁷, se habría incrementado significativamente pasando de 2,8 millones de paquetes comercializados a 6,3 millones de paquetes en 2020⁸⁸. Las ofertas convergentes que incluyen la televisión de pago alcanzan ya en 2020 un 40% del total de paquetes comercializados. Durante el periodo de referencia, TELEFÓNICA habría mantenido una cuota estable en torno al 60%.
- (125) Este Consejo considera que ha de tenerse en cuenta para la determinación de la sanción que se trata de una conducta dolosa consistente en remitir información incompleta, tardíamente y en un formato que dificultaba la tarea de vigilancia de la Dirección de Competencia.
- (126) Los apartados 2 y 3 del artículo 64 de la LDC enumeran, respectivamente, una serie de circunstancias agravantes y atenuantes que habrán de ser tenidas en cuenta a la hora de fijar el importe de la sanción. En el presente caso, este Consejo considera que no corresponde aplicar la concurrencia de una circunstancia agravante del artículo 64.2.a de la LDC, por la comisión repetida de infracciones tipificadas en esta ley.

⁸⁶ Fuente: CNMC Data.

⁸⁷ Las denominadas “ofertas quintuples”, que incluyen telefonía fija y móvil, banda ancha fija y móvil y servicio de televisión de pago.

⁸⁸ Fuente: CNMC Data.

(127) Si bien es cierto que TELEFÓNICA fue sancionada el 10 de octubre de 2019 por una resolución firme en vía administrativa en el expediente SNC/DC/102/19 TELEFÓNICA/CMG, por el incumplimiento de otro de los compromisos derivados de la concentración C/0612/14 TELEFÓNICA/DTS, la duración de la conducta analizada en este expediente en su gran mayoría se produce en un período en el que todavía no había recaído tal resolución sancionadora.

(128) Por otra parte, no se aprecia la concurrencia de ninguna circunstancia atenuante.

III.5.B. Sanción impuesta a TELEFÓNICA

(129) En vista de todo lo anterior y atendiendo a la naturaleza de la infracción, este Consejo considera suficientemente disuasorio y proporcionado imponer una sanción de 5.000.000 euros, equivalente al 0.0004% de su volumen de negocios mundial en 2021.

III.5.C. Alegaciones de TELEFÓNICA sobre la propuesta de sanción

(130) TELEFÓNICA considera que la DC habría errado en la determinación de la sanción aplicable al incumplimiento investigado en el expediente de referencia. En concreto, la DC se habría desviado de los criterios establecidos en el artículo 64 de la Ley 15/2007, de Defensa de la Competencia (en adelante, “LDC”), lo que resultaría en una sanción desproporcionada. En esta misma línea, señala que la DC habría errado al calificar el incumplimiento investigado como una infracción “muy grave” y, además, tomar como volumen de negocios una cifra excesivamente alta (1.600 millones de euros en lugar de los 1.300 millones de euros que propone TELEFÓNICA). Según TELEFÓNICA, el resultado de todo lo anterior sería situar a este operador en una situación de indefensión.

(131) Asimismo, TELEFÓNICA aporta un total de seis alegaciones adicionales contra la determinación de la sanción realizada por la DC.

(132) En primer lugar, TELEFÓNICA considera que el incumplimiento investigado por la DC se refiere a solo uno de los compromisos derivados de su concentración con DTS y que afectaría únicamente a la información de la oferta mayorista de canales, es decir, a un subconjunto de la información que abarca dicho compromiso. En su opinión, este hecho dotaría a la infracción investigada de un alcance reducido que debió ser tenido en cuenta a la hora de valorar la proporcionalidad de la sanción.

(133) En segundo lugar, TELEFÓNICA considera que el incumplimiento investigado no habría tenido efectos en el mercado puesto que la CNMC, en su Resolución de 28 de julio de 2021, habría confirmado la falta de “*fundamentos para apreciar indicios de responsabilidad sancionadora por el incumplimiento del compromiso 2.9.*” (es decir, la falta de indicios del incumplimiento de la obligación de

replicabilidad). A su vez, TELEFÓNICA señala que este mismo hecho también se comprueba periódicamente mediante las sucesivas Resoluciones de revisión de los parámetros del test de replicabilidad económica de la SSR de la CNMC.

- (134) En tercer lugar, aunque relacionado con lo anterior, TELEFÓNICA considera que el incumplimiento investigado no habría impedido a la CNMC llevar a cabo su labor de supervisión de los compromisos.
- (135) En cuarto lugar, TELEFÓNICA considera que el argumento de la DC – es decir, que el incumplimiento se hubiera llevado a cabo de forma deliberada – únicamente tendría sentido si este operador hubiera obtenido un beneficio de la conducta. En su opinión, la existencia de este beneficio quedaría descartado por la conclusión alcanzada en la Resolución de 28 de julio de 2021 y, por tanto, no quedaría justificado el criterio recogido en el artículo 64.1.f) de la LDC.
- (136) En quinto lugar, TELEFÓNICA señala que el incumplimiento investigado se reduce a una disconformidad de la DC con el modo de TELEFÓNICA de contestar a los requerimientos de información pero que siempre presentó dicha información en plazo.
- (137) En sexto y último lugar, TELEFÓNICA arguye que el incumplimiento investigado no puede calificarse de conducta dolosa sino, como máximo, de negligencia leve y la sanción propuesta resultaría excesiva. Por otro lado, TELEFÓNICA considera que no puede *“prever ni anticipar que la CNMC pudiera reprocharle el incumplimiento”* del compromiso en cuestión porque la CNMC se habría demorado cinco años en trasladar a TELEFÓNICA su disconformidad. Remitiéndose a reiterada jurisprudencia, TELEFÓNICA concluye que la combinación de incertidumbre jurídica y confianza legítima respecto a la legalidad de la conducta excluye la responsabilidad por la misma o al menos la atenúa.
- (138) En conclusión, TELEFÓNICA considera que la sanción propuesta es desproporcionada y debe ser anulada.
- (139) Como se ha expuesto en la valoración de los fundamentos jurídicos materiales, este Consejo considera que la investigación llevada a cabo por la DC constata el incumplimiento del compromiso cuarto y de otras obligaciones de información asumidas por TELEFÓNICA en la Resolución de 22 de abril de 2015, por la que se aprobó su adquisición de DTS. Tal y como indica el artículo 62.4.c) de la LDC, el incumplimiento de un compromiso adoptado en aplicación de una Resolución de control de concentraciones constituye una infracción muy grave y podrá conllevar una sanción de hasta el 10% del volumen de negocios mundial de la empresa en el año inmediatamente anterior a la sanción. Sobre la base de lo anterior, no puede aceptarse que dicho incumplimiento se califique como una infracción leve.

- (140) Respecto al procedimiento de cuantificación seguido, este Consejo considera que se ajusta a lo expuesto en el artículo 64 LDC y que este hecho queda patente por las numerosas referencias a los criterios específicos y sus respectivos apartados en dicho artículo de la ley. Las críticas de TELEFÓNICA se limitan a mencionar los distintos criterios tenidos en cuenta y a concluir, sin fundamento, que se encuentra en situación de indefensión. Por ejemplo, cuando TELEFÓNICA cita que la única cifra relevante de volumen de negocios por la comercialización de paquetes 5P es el correspondiente a 2021, ignora que en ese caso se hace referencia al volumen de negocios del mercado afectado – que abarca la totalidad del período afectado por su conducta – y no el volumen de negocios mundial total.
- (141) La cuantía de la sanción determinada tampoco es desproporcionada. A la vista de la gravedad de la conducta y el elevado volumen de negocios mundial de Telefónica en el año 2021, cabe señalar que la sanción supone solo un 0,0004% de su facturación en el año inmediatamente anterior a la presente Resolución.
- (142) Tampoco deben aceptarse las alegaciones adicionales que formula TELEFÓNICA, ya que estas se basan en la reinterpretación de los hechos acreditados en esta Resolución con el fin de distorsionar la conclusión a la que llevan: que TELEFÓNICA ha incurrido en un incumplimiento de los compromisos asumidos en la Resolución de 22 de abril de 2015 y que este incumplimiento supone una infracción muy grave de la LDC.
- (143) Así, por ejemplo, en sus alegaciones adicionales primera y quinta, TELEFÓNICA se limita a caracterizar su incumplimiento del compromiso cuarto como un incumplimiento parcial con incidencia limitada y una discrepancia con la CNMC sobre criterios de meramente formales de las respuestas⁸⁹. Sin embargo, lo cierto es que dicho compromiso impone a TELEFÓNICA una serie de obligaciones de información a la CNMC y la respuesta incompleta, errónea y demorada supone el incumplimiento del mismo.

Como apuntábamos en la valoración general de la conducta, los compromisos de aportación de información tienen una trascendencia que excede de su mera literalidad, pues de su adecuado cumplimiento depende la vigilancia de los restantes compromisos a los que se subordinó la operación de concentración. El incumplimiento de las obligaciones de información cuando, además, son estas una parte sustancial de los compromisos contraídos no puede desvincularse de la finalidad general de todos los compromisos, que como hemos señalado deben ser interpretados de manera conjunta.

⁸⁹ Como señaló la DC en su Propuesta de Resolución (párrafo 162), la “*infracción muy grave no se anuda necesariamente al incumplimiento total de los compromisos de la concentración (o al incumplimiento total de las previsiones de una resolución sancionadora)*. La propia TELEFÓNICA en sus alegaciones de 6 de julio de 2022, [...] reconoce que “*un incumplimiento sustancial de la obligación de remitir una información explícitamente requerida por un compromiso constituiría un incumplimiento de un compromiso (infracción muy grave)*”.

- (144) De forma similar, no se sostiene que el incumplimiento de TELEFÓNICA no haya obstaculizado la supervisión de la CNMC – como afirma en su alegación tercera – cuando ha quedado ampliamente documentado la importante labor de verificación, reiteración de solicitudes y solicitudes de aclaraciones que generaron las respuestas incompletas de TELEFÓNICA. De hecho, el mayor esfuerzo que tuvo que realizar la CNMC para llevar a cabo la efectiva supervisión de los compromisos constituye el principal efecto derivado de la actuación de TELEFÓNICA. No cabe, por tanto, aceptar la proposición de TELEFÓNICA según la cual el incumplimiento del compromiso cuarto no habría tenido efecto o impacto.
- (145) Por un lado, del relato de hechos acreditados se desprende de forma inequívoca como la DC ha tenido que formular numerosos requerimientos ante la falta de cumplimiento completo y espontáneo de las obligaciones de aportación de información previstas en los compromisos.
- Por otro lado, conviene insistir en que estas obligaciones de aportación de información son instrumentales para la vigilancia del resto de compromisos. En consecuencia, las dificultades para recabar la información que TELEFÓNICA se comprometió a aportar en un momento inicial han tenido un impacto en la vigilancia de los restantes compromisos sustantivos a los que se subordinó la autorización de concentración. Por ello, el incumplimiento de estas obligaciones formales tiene un efecto que puede vaciar de contenido la autorización concedida, con el consiguiente impacto potencial en las condiciones de competencia efectiva y en el interés público.
- (146) En este sentido, el hecho de que el incumplimiento de TELEFÓNICA se haya realizado respecto a una obligación formal de suministro de información y no generase un beneficio ilícito directo para este operador no reduce su gravedad ni excluye que sea sancionado.⁹⁰
- (147) El argumento de TELEFÓNICA es erróneo, además, porque vincula el cumplimiento (o incumplimiento) de los compromisos de aportación de información con el cumplimiento (o incumplimiento) del compromiso 2.9.j), cuando la realidad es que la obligación de proveer a la CNMC de la información existe de forma independiente de los demás compromisos que asumió en la Resolución de 22 de abril de 2015.
- (148) Por último, no puede aceptarse la alegación según la cual TELEFÓNICA no podía conocer el grado de insatisfacción de la DC con el modo en que aquella estaba cumpliendo las obligaciones de aportación de información previstas en los compromisos. En los hechos acreditados se detalla el elevado número de requerimientos de información que tuvo que efectuar la DC a lo largo de todo el

⁹⁰ Un incumplimiento similar fue sancionado en la Resolución de 20 de abril de 2021 en el expediente SNC/DC/0044/19 REPSOL

período posterior a la aprobación de la concentración entre Telefónica y DTS. En ellos se concreta el nivel de incumplimiento en el que estaba incurriendo TELEFÓNICA respecto a las diferentes obligaciones contraídas en la operación de concentración. Las posteriores respuestas de TELEFÓNICA y las reiteraciones en la petición de la información en el detalle y formato establecido en los compromisos ponen en evidencia el conocimiento que TELEFÓNICA tuvo de su nivel de incumplimiento de los compromisos en el que estaba incurriendo. No resulta creíble, por lo tanto, que TELEFÓNICA desconociera el reproche a su falta de cumplimiento espontáneo, completo y puntual de sus obligaciones de información.

- (149) Tampoco puede alegar TELEFÓNICA que su actuación ha sido amparada por el principio de confianza legítima cuando conocía que los test aportados serían revisados posteriormente por la CNMC, al objeto de verificar que con los datos reales de ingresos y costes se permitía en la práctica a los competidores poder replicar los productos minoristas de TELEFÓNICA con canales de la oferta mayorista para, en caso contrario, tomar las medidas necesarias a futuro.

IV. RESUELVE

Primero. Declarar que en el presente expediente se ha acreditado la existencia de una infracción muy grave del artículo 62.4.c) de la LDC consistente en el incumplimiento de los compromisos de aportación de información autorizados en la Resolución del Consejo de la CNMC de 22 de abril de 2015 recaída en el expediente C/0612/14 TELEFÓNICA/DTS.

Segundo. Declarar responsable de dicha infracción a TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A. UNIPERSONAL

Tercero. Imponer a TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A. UNIPERSONAL una sanción por importe de **5.000.000 de euros**.

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

Voto particular que formula el Consejero D. Mariano Bacigalupo Saggese, con la adhesión del Consejero D. Xabier Ormaetxea Garai, en relación con la Resolución del procedimiento sancionador incoado a Telefónica de España, S.A.U. por presunto incumplimiento de la Resolución del Consejo de la CNMC de 22 de abril de 2015 recaída en el expediente C/0612/14 TELEFÓNICA/DTS (SNC/DC/093/22), adoptada por el Pleno del Consejo de la CNMC en su sesión del día 12 de septiembre de 2022.

Emito el presente voto particular al discrepar de la tipificación que la Resolución referenciada en el encabezamiento realiza en relación con las conductas objeto del procedimiento sancionador. A mi juicio, **la Resolución aprobada por la mayoría aplica indebidamente el tipo infractor recogido en el artículo 62.4.c) de la Ley 15/2007**, 3 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC). Este precepto tipifica como infracción muy grave la conducta consistente 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”*.

La Resolución considera que Telefónica de España, S.A.U. incurrió en dicha infracción al incumplir el compromiso 4º de la Resolución del Consejo de la CNMC de 22 de abril de 2015 recaída en el expediente C/0612/14 TELEFÓNICA/DTS, cuyo tenor literal es el siguiente:

“4. OBLIGACIONES DE PRESENTACIÓN DE INFORMACIÓN

Con el fin de facilitar la vigilancia del cumplimiento e implementación de los anteriores compromisos, se recoge en el Anexo 2 la

información que la entidad resultante deberá remitir periódicamente a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia.

Todo ello sin perjuicio de las facultades de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia para requerir información adicional a la entidad resultante o a terceros, que se estime necesaria para el desempeño de las funciones de vigilancia, conforme a lo establecido en los artículos 39.1 y 41.1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia”.

La Resolución estima que Telefónica de España, S.A.U. incumplió dicho compromiso de diversas formas, a saber:

- Falta de presentación de los cálculos detallados.
- Falta de presentación de información sobre la contabilidad de costes.
- Falta de información sobre clientes no residenciales.
- Modificación unilateral de la metodología sin comunicarlo a la CNMC.
- Presentación reiterada de formatos que impiden la labor de verificación.

Así pues, la Resolución concluye que Telefónica de España, S.A.U. *“ha incurrido en una práctica deliberada de incumplimiento de las obligaciones de aportación de información previstas en los compromisos, mediante la aportación incompleta y no puntual de la información exigida, con el efecto de entorpecer la labor de vigilancia y afectar potencialmente a la finalidad de la autorización de la operación de concentración.”*, y que, por tanto, ha *“incurrido en una infracción muy grave conforme a lo previsto en el artículo 62.4.c) de la LDC”*.

Como ya he señalado, discrepo de tal tipificación de la conducta. A mi juicio, la Resolución aplica indebidamente el tipo infractor previsto en el artículo 62.4.c) LDC. **Este tipo infractor es un tipo general que, en virtud del principio de especialidad (uno de los principios –junto con los de subsidiariedad y consunción- con arreglo a los cuales procede resolver en el Derecho sancionador los concursos aparentes de normas), solo procede aplicar de no resultar subsumible la conducta en un tipo infractor especial. Sin embargo, existe un tipo especial para los supuestos de incumplimiento de obligaciones de información en el que cabe subsumir los hechos que la Resolución declara probados.** Dicho tipo infractor especial estaba recogido, en el

momento en que se realizó la conducta sancionada, como infracción leve en los apartados c) y e), 1º del artículo 62.2 LDC:

“c) No haber suministrado a la Comisión Nacional de la Competencia la información requerida por ésta o haber suministrado información incompleta, incorrecta, engañosa o falsa (...).

e) La obstrucción por cualquier medio de la labor de inspección de la Comisión Nacional de la Competencia. Entre otras, constituyen obstrucción a la labor inspectora las siguientes conductas:

1.º No presentar o hacerlo de forma incompleta, incorrecta o engañosa, los libros o documentos solicitados por la Comisión Nacional de la Competencia en el curso de la inspección”.

Ambos apartados del artículo 62.2 LDC resultaron derogados por el artículo primero. Once del Real Decreto-ley 7/2021, de 27 de abril. Este precepto elevó estas infracciones leves a infracciones graves, añadiendo el siguiente tipo infractor en el artículo 62.3 LDC actualmente en vigor:

“c) La obstrucción por cualquier medio de la labor de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia en el marco de un requerimiento de información, una entrevista o una inspección, contraviniendo las obligaciones establecidas respectivamente en los artículos 39, 39 bis y 40. Entre otras, constituyen obstrucción a la labor de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia las siguientes conductas:

1.º No presentar o hacerlo de forma incompleta, incorrecta, engañosa o falsa, los libros, documentos o cualquier otra información solicitada por la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia en el marco de un requerimiento de información o una inspección”.

Tanto las infracciones leves tipificadas en los hoy derogados apartados c) y e), 1º del artículo 62.2 LDC como la infracción grave hoy tipificada en el artículo 62.3.c), 1º son tipos especiales que, de resultar aplicables a una conducta, desplazan al tipo general tipificado en el artículo 62.4.c) LDC.

Sin embargo, la Resolución arguye, en esencia, que el incumplimiento de obligaciones de información que tengan su origen en un compromiso de una resolución de autorización de una concentración (y no directamente en la propia LDC) no se subsume en el tipo especial del incumplimiento de obligaciones de información, sino en el tipo general del incumplimiento

de resoluciones de la CNMC (artículo 62.4.c) LDC). Empero, **no se atisba razón alguna por la que el incumplimiento de obligaciones de información recogidas en un compromiso de una resolución de autorización de una concentración no pueda o no deba subsumirse, a diferencia del incumplimiento de obligaciones de información directamente dimanantes de la LDC (art. 39), en el tipo especial del incumplimiento de obligaciones de información. Ni la hoy derogada infracción leve de los apartados c) y e), 1º del artículo 62.2 LDC ni la infracción grave, actualmente en vigor, del artículo 62.3.c), 1º LDC excluyen de su ámbito de aplicación el incumplimiento de obligaciones de información recogidas en un compromiso de una resolución de autorización de una concentración** (“No presentar o hacerlo de forma incompleta, incorrecta, engañosa o falsa, los libros, documentos o *cualquier* otra información solicitada por la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia”). **El aplicador de la norma no debe hacer distinciones, en perjuicio del imputado, que no hace la norma (“ubi lex non distinguit”), es decir, con objeto de agravar la sanción.** Por tanto, la aplicación del tipo infractor general del artículo 62.4.c) LDC (incumplimiento de resoluciones de la CNMC) a los supuestos de incumplimiento de obligaciones de información recogidas en un compromiso de una resolución de autorización de una concentración constituye una aplicación indebida del tipo infractor general, al resultar este desplazado por el tipo especial del incumplimiento de obligaciones de información, ya tengan estas su origen inmediato en la Ley o en un compromiso de una resolución de autorización de una concentración.

En este sentido, **resulta inverosímil y contraintuitivo que el legislador considere de mayor gravedad incumplir una obligación de información recogida en un compromiso de una resolución de autorización de una concentración (infracción muy grave por incumplimiento de una resolución de la CNMC) que incumplir una obligación de información prevista en la Ley (infracción grave por incumplimiento de obligaciones de información).** Semejante interpretación de los tipos infractores del artículo 62 LDC debe ser desechada por carecer de toda plausibilidad. Al tipificar el incumplimiento de obligaciones de información como infracción especial (antes leve, ahora grave) el legislador ha realizado en abstracto un juicio de disvalor o reprochabilidad sobre tales conductas que la Administración competente para sancionar (en este caso, la CNMC) no puede alterar decidiendo subsumir un subconjunto de incumplimientos de obligaciones de información –concretamente, los de obligaciones establecidas en compromisos de resoluciones de autorización de

concentraciones- en otro tipo infractor general de distinta (superior) gravedad.

En suma, no procede aplicar en el caso que nos ocupa el tipo infractor general del artículo 62.4.c) LDC.

Llegados a este punto, la aplicación al presente caso del tipo infractor especial del incumplimiento de obligaciones de información también presenta dificultades. **El tipo infractor (leve) que estaba vigente en el momento en que se realizó la conducta (art. 62.2.c) LDC) fue derogado por el Real Decreto-ley 7/2021. Y el tipo infractor (grave) hoy en vigor (art. 62.3.c) LDC, introducido por el recién citado Real Decreto-ley) es posterior a los hechos sancionados en este procedimiento, por lo que no puede ser aplicado retroactivamente (arts. 9.3 y 25.1 CE, así como 26.1 LRJSP).**

No obstante, cabría plantearse si procede aplicar el tipo infractor leve, pese a haber sido derogado, dado que la norma con rango de ley que lo derogó no persiguió desincriminar la conducta sino aumentar su reprochabilidad al elevar la infracción de leve a grave. Sin embargo, todo apunta a que la infracción leve estaría **prescrita** (art. 68.1 LDC).

Recurrir –con vulneración del principio de especialidad en la selección de la norma aplicable- al tipo infractor general para agravar la sanción o sortear la (probable) prescripción de la infracción especial preferente (infracción leve) que estaba tipificada en el momento en que se realizó la conducta no es jurídicamente admisible, pues lesiona –en perjuicio del administrado- las garantías del Derecho administrativo sancionador.

Madrid, a 12 de septiembre de 2021.