

RESOLUCIÓN

FUSION TERMINALES MÓVILES

SNC/DC/153/22

CONSEJO. PLENO

Presidenta

D^a. Cani Fernández Vicién

Vicepresidente

D. Ángel Torres Torres

Consejeros

D.^a María Ortiz Aguilar

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

D.^a. María Jesús Martín Martínez

Secretario del Consejo

D. Miguel Bordiu García-Ovies

En Madrid, a 6 de marzo de 2023

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

1. ANTECEDENTES.....	4
2. HECHOS ACREDITADOS	6
2.1. MOVISTAR FUSIÓN con arrendamiento de terminal móvil	6
2.2. Condiciones de la oferta MOVISTAR FUSIÓN de TELEFÓNICA desde 11 abril hasta 1 de agosto de 2021	7
2.2.1. Condiciones particulares del servicio Movistar FUSIÓN (Contrato FUSIÓN).....	8
2.2.2. Condiciones generales de arrendamiento del smartphone en FUSIÓN (Contrato de Arrendamiento).....	9
2.2.3. Anexo al Contrato de Arrendamiento del Smartphone	12
2.2.4. Breve descripción del servicio de arrendamiento del smartphone y opción de compra en base a las anteriores cláusulas transcritas.....	13
2.3. Número de clientes que recogieron el <i>smartphone</i>.....	15
2.4. Acuerdo de TELEFÓNICA con CAIXABANK EQUIPMENT FINANCE S.A.U (CEF).....	16
3. FUNDAMENTOS DE DERECHO	16
3.1. Competencia para resolver	16
3.2. Normativa general aplicable.....	17
3.3. Propuesta de resolución del órgano instructor.....	17
3.4. Valoración del Consejo.....	18
3.4.1. Tipificación de la conducta.....	18
3.4.1.1. Principios generales	18
3.4.1.2. Compromisos para evitar entorpecer la movilidad de clientes de televisión de pago.....	20
3.4.1.3. Análisis de compatibilidad con los compromisos 1.1 y 1.1.2.....	21
3.4.1.3.1. Distintos escenarios posibles para el cliente de FUSIÓN con arrendamiento de smartphone que quiera cambiar de proveedor de pago	24
- ESCENARIO 1. Darse de baja de FUSIÓN y del servicio de arrendamiento.....	24
- ESCENARIO 2. Darse de baja y mantener el servicio de arrendamiento	28
3.4.1.3.2. Conclusión sobre el cumplimiento del compromiso 1.1	31
3.4.1.4. Salvaguarda contemplada en el compromiso 1.1.2	31
3.4.1.4.1. Subvención del terminal	32
3.4.1.4.1.1. Propiedad del dispositivo.....	33

3.4.1.4.1.2. Condiciones económicas ventajosas	34
3.4.1.4.2. Mantenimiento del arrendamiento y servicio móvil.....	38
3.4.2. Conclusión sobre la tipificación	39
3.4.3. Duración de la infracción.....	41
3.4.4. Responsabilidad y culpabilidad.....	41
3.5. Respuesta a las alegaciones no abordadas previamente	43
3.5.1. Sobre la inexistencia de un mandato en la resolución de 22 de julio de 2021 que obligue a incoar un procedimiento sancionador	43
3.5.2. Sobre la suspensión del procedimiento hasta la resolución del recurso interpuesto contra la resolución de 22 de julio de 2021	45
3.5.3. Sobre la caducidad de los compromisos	46
4. DETERMINACIÓN DE LA SANCIÓN	47
4.1. Criterios para la determinación de la sanción	47
4.2. Sanción impuesta a TELEFÓNICA	48
4.3. Alegaciones a la propuesta de sanción	48
5. RESUELVE.....	51

ÍNDICE DE TABLAS

Tabla 1. Penalizaciones según el Anexo al Contrato de Arrendamiento – Contrato del producto Fusión Total	25
Tabla 2. Número de empaquetamientos en 2021	30
Tabla 3. Coste de los terminales para los clientes de Telefónica de bajo (BV) y medio valor (MV), euros, 2021	35
Tabla 4. Coste de los terminales para los clientes de Telefónica de alto valor (AV), euros, 2021	36

ÍNDICE DE IMÁGENES

Imagen 1. Cuota de servicio en caso de baja anticipada.....	12
Imagen 2. Coste del terminal actualizado	13

1. ANTECEDENTES

- (1) Mediante resolución de 22 de abril de 2015, la CNMC autorizó la operación de concentración económica TELEFÓNICA/DTS (expediente C/0612/14 TELEFÓNICA/DTS), subordinada al cumplimiento de los compromisos presentados por TELEFÓNICA 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). Por resolución de 9 de julio de 2020 el Consejo de la CNMC resolvió prorrogar los compromisos a los que se subordinó la autorización de la operación de concentración C/0612/14.
- (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 del Consejo de la CNMC de 22 de abril de 2015, la DC abrió el expediente de vigilancia VC/0612/14 TELEFÓNICA/DTS.
- (3) El 20 de mayo de 2021 se notificó a TELEFÓNICA la **propuesta de informe parcial de vigilancia** de la resolución de la CNMC de 22 de abril de 2015 en lo que se refiere al cumplimiento del apartado 1 del compromiso 1º relacionado con las condiciones de permanencia de sus ofertas minoristas FUSIÓN que incorporan televisión de pago. El 15 de junio de 2021 tuvieron entrada las alegaciones de TELEFÓNICA a la propuesta.
- (4) El 6 de julio de 2021 la DC remitió al Consejo de la CNMC **informe parcial de vigilancia** en el que se evalúa si determinados aspectos de las ofertas comerciales de los productos FUSIÓN de TELEFÓNICA que incorporan el arrendamiento de un *smartphone* constituye un incumplimiento del compromiso 1º apartado 1.
- (5) El Consejo de la CNMC resolvió en el apartado PRIMERO de la resolución de **22 de julio de 2021**, en el marco del expediente VC/0612/14, declarar que la oferta comercial lanzada por TELEFÓNICA el 11 de abril de 2021 de productos FUSIÓN con *smartphone* que incorpora servicios de televisión de pago **contiene determinadas previsiones contrarias a lo señalado en lo comprometidos** a los que se subordinó la operación de concentración C/0612/14 TELEFONICA/DTS.
- (6) El 25 de agosto de 2021 TELEFÓNICA interpuso **recurso contencioso-administrativo** contra la citada resolución, con solicitud de **suspensión cautelar** de su ejecutividad. La suspensión cautelar fue denegada por la Audiencia Nacional el día 25 de febrero de 2022.
- (7) 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 28 de noviembre de 2022, la **incoación de expediente sancionador** contra TELEFÓNICA

DE ESPAÑA, S.A.U. por incumplimiento de lo dispuesto en los compromisos establecidos en los apartados 1.1 y 1.1.2 de resolución del Consejo de la CNMC de 22 de abril de 2015 recaída en el expediente C/0612/14 TELEFÓNICA/DTS¹, constitutivo de infracción del artículo 62.4.c) de la LDC. El acuerdo de incoación fue notificado a TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U. el 29 de noviembre de 2022, acusando recibo de tal notificación el 30 de noviembre de 2022.

- (8) El 1 de diciembre de 2022 tuvo entrada una **solicitud de ampliación de plazo** de TELEFÓNICA para presentar alegaciones. La solicitud fue denegada por acuerdo y notificación de fecha 1 de diciembre de 2022².
- (9) El 29 de noviembre de 2022 se notificó a TELEFÓNICA el **acuerdo de deducción de testimonio** de la instructora mediante el cual se incorporaron al presente expediente determinados documentos del VC/612/14 TELEFÓNICA/DTS necesarios para su instrucción³.
- (10) El 9 de diciembre de 2022 tuvieron entrada las alegaciones de TELEFÓNICA al acuerdo de deducción de testimonio. El 9 de diciembre de 2022 se procedió a notificar un **segundo acuerdo de deducción de testimonio**⁴.
- (11) El 22 de diciembre de 2022 tuvo entrada en el registro de la CNMC escrito de **alegaciones de TELEFONICA al acuerdo de incoación**⁵.
- (12) El 19 de enero de 2023 la DC dictó la **propuesta de resolución** que fue notificada a TELEFÓNICA concediéndole un plazo de 10 días para presentar alegaciones (folios 1163 a 1205).
- (13) El 3 de febrero de 2023 TELEFÓNICA presentó alegaciones a la propuesta de resolución y ese mismo día fue elevada la propuesta de resolución al Consejo de la CNMC (folios 1225 a 1322).
- (14) El 14 de febrero de 2023 se requirió a TELEFÓNICA su volumen de negocios en el año 2022. El acuerdo suspendió el plazo máximo para resolver el procedimiento (folios 1323 a 1329).
- (15) TELEFÓNICA contestó al requerimiento de información el 24 de febrero de 2023, levantándose así la suspensión del plazo para resolver.
- (16) Es interesado TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U.

¹ Folios 1-13

² Folios 1096-1102.1

³ Folios 14-1083

⁴ Folios 1110-1142

⁵ Folios 1143-1145

2. HECHOS ACREDITADOS

2.1. MOVISTAR FUSIÓN con arrendamiento de terminal móvil

- (17) MOVISTAR FUSIÓN nace en 2012 como la primera oferta convergente del mercado de comunicaciones electrónicas en España. FUSIÓN es el producto integrado de comunicaciones fijas y móviles, que incluye la línea fija, Internet por fibra óptica o ADSL, dos líneas móviles y TV de pago. En los paquetes de menor valor, la oferta base de televisión de pago se denomina Movistar+⁶, a la que se le pueden añadir canales temáticos de pago de terceros y de Movistar (como Estrenos 1 y 2 y Series 1 y 2), así como fútbol premium nacional y europeo (Movistar LaLiga y Liga de Campeones). Las opciones de Netflix y DAZN están disponibles para añadir a Movistar+ desde junio 2021.
- (18) La DC tuvo conocimiento, por información de carácter público remitida a la Dirección de Telecomunicaciones y Servicios Audiovisuales (DTSA), de la intención de TELEFÓNICA de renovar su catálogo de productos FUSIÓN, incorporando dentro del empaquetamiento un servicio de arrendamiento de *smartphone* con una duración de 36 meses y un incremento del precio del paquete de 3€ mensuales ⁷.
- (19) Al remitir TELEFÓNICA las condiciones particulares de los nuevos productos FUSIÓN al expediente de vigilancia VC/0612/14 con fecha 19 de abril de 2021⁸, en base a la obligación en el Anexo 2.1.1.b) de los compromisos, la operadora indicó que las nuevas tarifas estaban vigentes desde el 15 de abril de 2021. No obstante, TELEFÓNICA comenzó a comercializar estos productos desde el 11 de abril de 2021, momento a partir del cual los anteriores paquetes FUSIÓN, sin arrendamiento de móviles, ya no se encontraban disponibles para su contratación.
- (20) Con el objetivo de conocer los detalles, el 6 de abril de 2021⁹, la DC solicitó información a TELEFÓNICA en relación con los nuevos productos, en el marco del expediente de vigilancia (VC/0612/14).
- (21) La respuesta de TELEFÓNICA al requerimiento de 6 de abril tuvo entrada el 29 de abril de 2021¹⁰. Entre otros, TELEFÓNICA aporta los siguientes documentos: las (i)

⁶ Canales exclusivos #0 y #Vamos, series, más de 80 canales temáticos, documentales, música en directo.

⁷ El compromiso del Anexo 2.1.1.b le permite a Telefónica remitir las nuevas modalidades de contratos para los productos 'Fusión con terminal móvil' hasta diez días después de lanzados.

⁸ Folios 25-64

⁹ Folios 20-24

¹⁰ Folios 65-251

Condiciones particulares del servicio Movistar FUSIÓN (contrato FUSIÓN), las (ii) Condiciones generales de arrendamiento de terminal móvil en FUSIÓN (Contrato de Arrendamiento) y el (iii) Anexo al contrato de arrendamiento de terminal móvil (Anexo al contrato).

- (22) Por otra parte, al haber conocido la DC, de nuevo a través de información pública remitida a DTSA, que TELEFÓNICA había **ampliado su producto FUSIÓN con *smartphone* a otros dispositivos** (tabletas y televisores), se remitió una solicitud de información el 14 de julio de 2021¹¹ sobre dichas ofertas y los modelos de los contratos. Dicha solicitud tuvo respuesta por parte de TELEFÓNICA el 30 de julio¹², 6 y 12 de agosto de 2021¹³. En sus escritos, TELEFÓNICA informa del lanzamiento de la nueva oferta ampliada a otros dispositivos con comienzo el **2 de agosto de 2021**.
- (23) El 27 de agosto y 8 de septiembre de 2021¹⁴, TELEFÓNICA informó a la CNMC su adecuación a la resolución de 22 de julio de 2021 aportando copia de los diferentes documentos que habrían sido modificados, y que estarían **vigentes desde el 30 de agosto de 2021**.
- (24) **En definitiva, desde el 11 de abril de 2021 y al menos hasta el 1 de agosto de 2021, TELEFÓNICA añade a todos los paquetes FUSIÓN un *smartphone* en modalidad de arrendamiento o *renting* a cambio de un incremento de la tarifa de 3 euros.** Siendo posible, a cambio de una cuota mensual superior, alquilar un *smartphone* de mayores prestaciones.

2.2. Condiciones de la oferta MOVISTAR FUSIÓN de TELEFÓNICA desde 11 abril hasta 1 de agosto de 2021

- (25) A continuación, se recogen literalmente aquellas cláusulas de los distintos contratos y condiciones que forman parte del producto MOVISTAR FUSIÓN de TELEFÓNICA que se consideran relevantes de cara a la presente resolución.

¹¹ Folios 305-353

¹² Folios 392-463

¹³ Folios 464-477

¹⁴ Folios 478-561; 570-612

2.2.1. Condiciones particulares del servicio Movistar FUSIÓN (Contrato FUSIÓN)¹⁵

- (26) **Cláusula 2. Contratación de Movistar FUSIÓN:** El Cliente, al contratar Movistar FUSIÓN, dispondrá de una línea telefónica fija con banda ancha con Movistar, una línea móvil de contrato operada por Telefónica Móviles España, S.A.U., cuya gestión asumirá Movistar (en adelante, “Línea móvil FUSIÓN principal”) y un equipo terminal móvil (en adelante “Smartphone”) en régimen de arrendamiento suscrito también con Telefónica Móviles España S.A.U.
- (27) En consonancia con lo anterior, las condiciones generales (I) del contrato tipo de abono general al servicio telefónico disponible al público para usuarios finales, (II) del servicio de banda ancha disponible al público o, en su caso, las del servicio Movistar Internet Radio, para Acceso Fijo Radio (III) del servicio de telefonía móvil Movistar, (IV) del servicio de Internet móvil, (V) del arrendamiento del Smartphone, en su caso, (VI) del servicio de TV y, en su caso, (VII) de los servicios de suministro de TV vía satélite, que constan publicadas en www.movistar.es, completan, en lo previsto en las mismas, a las presentes condiciones particulares.
- (28) **Cláusula 5.3. Puesta al cobro de los servicios en caso de baja de Movistar FUSIÓN.** En caso de baja de Movistar FUSIÓN, el Cliente podrá mantener cualquiera de los servicios incluidos en el mismo, que serán facturados conforme a las Condiciones Generales de prestación de los servicios que se mantengan. En relación con el servicio móvil, la gestión del contrato y facturación relativa a la línea móvil principal y a las líneas móviles disponibles, así como del *smartphone* en caso de que el Cliente decida mantener su arrendamiento, se realizarán por parte de Telefónica Móviles España S.A.U. según las correspondientes condiciones generales del servicio en cuestión.
- (29) **Cláusula 6.1. Causas de baja en Movistar FUSIÓN.** Son causas de baja del Cliente en Movistar FUSIÓN las siguientes: la solicitud de baja del servicio Movistar FUSIÓN, o de alguno de los diferentes servicios que lo componen (línea telefónica fija, ADSL/Fibra/Acceso Fijo Radio, TV en su caso, línea móvil principal o Smartphone)
- (30) **Cláusula 6.2.1. Baja del servicio móvil incluido en FUSIÓN.** [...] En cualquier caso, la baja del servicio móvil implicará la baja del servicio de arrendamiento de Smartphone, en cuyo caso se estará a lo dispuesto en la cláusula 9 de las Condiciones Generales de Arrendamiento de Terminal Móvil en FUSIÓN (*Infra* se recoge, también literalmente, tal cláusula).

¹⁵ Folios 105-148

- (31) **Cláusula 6.2.3. Baja de los servicios fijos incluidos en Movistar FUSIÓN.** Al producirse la baja de los distintos componentes fijos de Movistar FUSIÓN, manteniendo de alta los servicios móviles, el Cliente pasará a disfrutar de (siguientes condiciones para el servicio móvil según la modalidad de FUSIÓN contratada):
- Navegación a máxima velocidad en pago por uso y 0 cts/min, 40cts establecimiento de llamada
 - 25€/mes llamadas ilimitadas +15GB
 - 45€/mes llamadas ilimitadas +20GB
 - Llamadas y GB ilimitados: 50€/mes
- (32) [...] En cualquier caso, la baja del servicio fijo manteniendo el servicio móvil no implicará la baja automática del arrendamiento del Smartphone, en cuyo caso se estará a lo dispuesto en la cláusula 9 de las Condiciones Generales de Arrendamiento de Terminal Móvil en FUSIÓN.
- (33) **Cláusula 8.2. Compromisos asociados al Smartphone.** El contrato de arrendamiento del Smartphone tiene una duración de 36 meses. En caso de baja anticipada de Movistar FUSIÓN o del servicio móvil incluido en dicha oferta, se atenderá a lo dispuesto en la cláusula 9 de las Condiciones Generales de Arrendamiento de Terminal Móvil en FUSIÓN (Smartphone) y pudiendo, en cualquier caso, si el Cliente así lo decide, conservar su línea móvil con arrendamiento del terminal.

2.2.2. Condiciones generales de arrendamiento del smartphone en FUSIÓN (Contrato de Arrendamiento)¹⁶

- (34) **Cláusula 2. Descripción del Servicio.** El Servicio permite al Cliente disfrutar de un terminal móvil (en adelante, "Smartphone") en régimen de arrendamiento en las condiciones establecidas en las presentes Condiciones Generales, así como en las Condiciones Particulares del Servicio Movistar FUSIÓN, cuyo detalle (marca, modelo, color, capacidad e IMEI) se recogerá en el documento que se le facilitará en el momento de la entrega del Smartphone (en adelante, "Anexo al Contrato de Arrendamiento de Terminal móvil (Smartphone)").
- (35) **Cláusula 3. Requisitos para la contratación del Servicio.** Como condición necesaria para la contratación del Servicio, el Cliente deberá tener contratado el Servicio Movistar FUSIÓN con una modalidad con derecho a disfrutar de un terminal

¹⁶ Folios 92-104

móvil en régimen de arrendamiento, y cumplir con los requisitos de viabilidad financiera descritos a continuación [...].

- (36) **Cláusula 4. Precio y Facturación.** El precio del servicio se corresponderá con el nivel de Smartphone y de la modalidad FUSIÓN que el Cliente contrate, conforme a lo indicado en el Anexo 1 de las presentes Condiciones Generales [...].
- (37) Conforme a lo anterior, el Cliente abonará a Movistar el precio correspondiente a la prestación del Servicio en los siguientes términos:
- a) En caso de que el Cliente opte por un Smartphone cuyo nivel se indique que está incluido dentro del precio de la modalidad FUSIÓN que tiene contratado, el precio del Servicio se devengará por periodos mensuales y estará ya incluido en el precio del Servicio Movistar FUSIÓN del Cliente.
 - b) En caso de que el cliente decida escoger un Smartphone de un nivel superior que no esté incluido dentro del precio de su modalidad FUSIÓN, el precio del Servicio se devengará igualmente por períodos mensuales, y el cobro del importe adicional que dicho nivel superior de Smartphone suponga, será facturado por Telefónica de España, S.A.U. en la factura del Servicio Movistar FUSIÓN.
- (38) **Cláusula 6.5. Obligaciones del Cliente.** Comunicar de inmediato a Movistar cualquier novedad dañosa, así como cualquier reclamación, acción, demanda o embargo que se produzca en relación con el Smartphone arrendado. En estos casos, el Cliente deberá manifestar frente a los terceros que pretendan embargarle o entablar cualquier acción, demanda o reclamación sobre la propiedad o posesión del Smartphone, que el mismo no es de su propiedad, sino que lo tiene arrendado a Movistar.
- (39) **Cláusula 6.6. Obligaciones del Cliente.** En caso de devolución del Smartphone al término del Contrato, o en los supuestos de cancelación anticipada (sea cual sea la causa y en un plazo no superior a 15 días naturales), el Cliente deberá devolver el Smartphone en su embalaje original y en buenas condiciones, salvo el normal desgaste por el uso. En caso de que no se produzca la entrega de dicho Smartphone por parte del Cliente, será de aplicación lo dispuesto en la cláusula 9.
- (40) **Cláusula 8. Entrada en vigor y duración del servicio.** El Servicio de arrendamiento del Smartphone entrará en vigor en el momento de la firma del Anexo al Contrato de Arrendamiento de Terminal móvil (Smartphone), y estará vigente por un período de 36 meses a contar desde dicha fecha. Transcurrido dicho periodo, el Servicio de arrendamiento del Smartphone se extinguirá de pleno derecho con las consecuencias previstas en la cláusula 10, y sin que sea posible su renovación o prórroga, y sin perjuicio de la vigencia de la modalidad del Contrato FUSIÓN con terminal que el Cliente tenga contratado.

- (41) **Cláusula 9.1. Baja voluntaria anticipada.** En caso de baja voluntaria anticipada del Servicio de arrendamiento el Cliente deberá devolver el Smartphone, en cuyo caso, se aplicará al Cliente la penalización recogida en el Anexo al Contrato de Arrendamiento de Terminal Móvil (Smartphone) en concepto de penalización por baja voluntaria y calculada conforme a la fórmula especificada en dicho anexo.
- (42) En caso de que el Cliente no devuelva el Smartphone o no lo haga conforme a las condiciones establecidas en los apartados 6.5 y 6.6, se le aplicará una penalización equivalente al coste inicial del terminal multiplicado por los días restantes no cumplidos del arrendamiento y dividido por el tiempo total de la duración del arrendamiento calculado en días.
- (43) En cualquier caso, Movistar se reserva el derecho de poder ofrecer al Cliente la opción de adquisición del terminal. De darse este supuesto, el precio se calcularía en función del valor de depreciación lineal del Smartphone en la fecha de solicitud de la baja y conforme al cálculo especificado en el Anexo al Contrato de Arrendamiento de Terminal Móvil (Smartphone).
- (44) **Cláusula 9.2. Baja del Servicio Movistar FUSIÓN y vigencia del Servicio de arrendamiento asociado a la línea móvil.** En el caso de que el Cliente decida darse de baja anticipada del Servicio Movistar FUSIÓN, pero conserve su línea móvil asociada, podrá continuar con el Servicio de arrendamiento del Smartphone. En estos casos, el precio del Servicio se devengará por periodos mensuales, conforme al precio de la Cuota sin FUSIÓN del arrendamiento asociado al nivel del Smartphone escogido de los indicados en el Anexo 1. En estos casos, la prestación al Cliente del servicio de voz y datos para la utilización de los terminales móviles por Telefónica Móviles España, S.A.U. no será objeto de este Contrato, sino que su contratación se realizará según lo establecido en las Condiciones Particulares de Movistar FUSIÓN, rigiéndose dichos contratos por los términos y condiciones que en cada momento tenga establecidos para estos servicios.
- (45) **Cláusula 10. Extinción del contrato.** [...]. Finalizado el contrato por cualquier de las causas previstas en esta cláusula, el Cliente queda obligado a la devolución del Smartphone conforme a lo indicado en la cláusula 9.1, sin perjuicio del derecho de Movistar de ofrecer al Cliente la opción de adquisición del terminal, en cuyo caso el importe a abonar por el Cliente por el valor del Smartphone sería de 1 euro. El Contrato se extinguirá por las causas generales admitidas en derecho y, en particular, por las siguientes:
- Por el transcurso de 36 meses de duración previstos en la cláusula 8
 - Por incumplimiento de cualquiera de las partes, de las obligaciones asumidas en el Contrato.

- Por baja voluntaria anticipada del Cliente en el Servicio, con las consecuencias previstas en la cláusula 9 del presente Contrato.
 - Por destrucción o pérdida del Smartphone objeto del Contrato, con las consecuencias previstas en la cláusula 9 del presente Contrato.
 - Por baja de la línea móvil del Servicio Movistar FUSIÓN
 - Por impago de las cuotas de Movistar FUSIÓN o, en su caso, de la línea móvil asociada al terminal móvil.
 - Por impago de una o más cuotas del Servicio.
- (46) Finalizado el contrato por cualquiera de las causas previstas en esta cláusula, el cliente queda obligado a la devolución del Smartphone conforme a lo indicado en la cláusula 9.1, sin perjuicio del derecho de Movistar de ofrecer al Cliente la opción de adquisición del terminal, en cuyo caso el importe a abonar por el Cliente por el valor del Smartphone sería de 1 euro.
- (47) **Anexo 1. Precios.** En el caso de baja anticipada de FUSIÓN y mientras se conserve la línea móvil asociada con arrendamiento del Smartphone, la cuota del Servicio será la indicada como Cuota sin FUSIÓN en la tabla:

Imagen 1. Cuota de servicio en caso de baja anticipada

	Cuota sin FUSIÓN	Con Fusión Total, Fusión Total Plus, Fusión Pro 2 y Fusión Pro 4	Con Fusión Selección, Fusión Selección Plus y Fusión Pro	Con Fusión Inicia Infinito, Fusión Inicia y Fusión 0
NIVEL 1	3€/mes	0€/mes	0€/mes	0€/mes
NIVEL 2	5€/mes	0€/mes	0€/mes	2€/mes
NIVEL 3	8€/mes	0€/mes	5€/mes	5€/mes
NIVEL 4	8€/mes	5€/mes	5€/mes	5€/mes
NIVEL 5	16€/mes	13€/mes	13€/mes	13€/mes
NIVEL 6	27€/mes	24€/mes	24€/mes	24€/mes

2.2.3. Anexo al Contrato de Arrendamiento del Smartphone¹⁷

- (48) En la cláusula 9.1 del contrato de arrendamiento del smartphone se especifica que en caso de baja voluntaria anticipada del Servicio de arrendamiento, la penalización se aplicará de acuerdo con lo establecido en el *Anexo al Contrato de Arrendamiento de Terminal Móvil (Smartphone)*, es decir, mediante la fórmula allí indicada.

¹⁷ Folio 91

- (49) Por claridad, se reproduce reeditada a continuación la tabla del referido Anexo al contrato de arrendamiento donde se recoge para los distintos productos y para cada tipo especificado de smartphone, el “**Coste del Terminal Actualizado (CTA)**” que resulta aplicable en función de la casuística concreta y del nivel del smartphone:

Imagen 2. Coste del terminal actualizado

Nivel de smartphone	Cuota sin Fusión	Con Fusión Total, Fusión Total Plus, Fusión Pro 2 y Fusión	Con Fusión Selección, Fusión Selección Plus y Fusión Pro	Con Fusión Inicia Infinito, Fusión Inicia y Fusión 0	Cuota por baja anticipada sin devolución del Smartphone	Cuota por baja anticipada con devolución del Smartphone
NIVEL 1	3€/mes	0€/mes	0€/mes	0€/mes	100% CTA	70% CTA
NIVEL 2	5€/mes	0€/mes	0€/mes	2€/mes	100% CTA	70% CTA
NIVEL 3	8€/mes	0€/mes	5€/mes	5€/mes	100% CTA	70% CTA
NIVEL 4	8€/mes	5€/mes	5€/mes	5€/mes	100% CTA	70% CTA
NIVEL 5	16€/mes	13€/mes	13€/mes	13€/mes	100% CTA	55% CTA
NIVEL 6	27€/mes	24€/mes	24€/mes	24€/mes	100% CTA	40% CTA

Coste del Terminal Actualizado (CTA) = (Coste Smartphone / 1095 Días) × (Días restantes arrendamiento)

- (50) En caso de baja anticipada de FUSIÓN y mientras se conserve la línea móvil asociada con arrendamiento del Smartphone, la cuota del servicio será la indicada como Cuota sin FUSIÓN.
- (51) A diferencia de los anteriores contratos descritos, TELEFÓNICA confirma que no se encuentra disponible dicho Anexo en su página web, y así lo dice en la respuesta de 17 de septiembre 2021 al requerimiento de la DC de 1 de septiembre 2021: “*Por otro lado, los Anexos a los contratos no están colgados en la web, sino que se entregan al cliente en el momento de la entrega del terminal en la Tienda o vía Logística*”.

2.2.4. Breve descripción del servicio de arrendamiento del smartphone y opción de compra en base a las anteriores cláusulas transcritas

- (52) Desde el 11 de abril de 2021 las nuevas ofertas comerciales de FUSIÓN con arrendamiento de smartphone están disponibles para nuevos clientes y **conllevan un incremento de 3€** respecto de las anteriores por el arrendamiento. Los clientes de productos previos pueden contratar estos nuevos productos (migrar), de lo contrario seguirán pagando las cuotas que venían soportando y no tendrán derecho al terminal en alquiler. Los nuevos clientes no pueden contratar un producto FUSIÓN que no lleve incorporado el incremento de 3€ con independencia de que recojan o no el terminal.
- (53) El cliente del empaquetamiento podrá **elegir un smartphone de entre un catálogo** en función del paquete que haya contratado (smartphones de mayores prestaciones para paquetes de precio más elevado). El cliente podrá también optar a un *smartphone* de mayores prestaciones que los que están incluidos en el precio del paquete correspondiente a cambio de un precio mensual adicional (entre 2-24€ mensuales adicionales, según el terminal).

- (54) El cliente que contrate un paquete FUSIÓN **no adquiere la propiedad** de este sino, tal y como se señala en las cláusulas 2 y 6.5 del Contrato de Arrendamiento, adquiere el derecho a su disfrute durante el periodo estipulado de 36 meses, lo que se conoce como *renting* tecnológico.
- (55) El periodo de arrendamiento no es flexible, sino que (como se señala en la cláusula 8 del Contrato de Arrendamiento) **tiene una duración única de 36 meses** a partir de la firma del Anexo al contrato de Arrendamiento, momento en el cual se extinguirá de pleno derecho con las consecuencias previstas en la cláusula 10, y sin que sea posible su renovación o prórroga.
- (56) La cláusula 10 del Contrato de Arrendamiento establece que, finalizado el contrato por cualquiera de las causas previstas en esta cláusula, el cliente queda **obligado a la devolución del *smartphone*** sin perjuicio del derecho de TELEFÓNICA de ofrecer al cliente la opción de adquisición del terminal, en cuyo caso el importe a abonar por el cliente por el valor del mismo sería de 1€.
- (57) Según la cláusula 9.1 del Contrato de Arrendamiento, **la opción de compra del dispositivo es una facultad de TELEFÓNICA** y no bajo el control del cliente. En este caso, el precio será el valor depreciado del terminal: (coste inicial del *smartphone*/36 meses) x días restantes del arrendamiento + 1€.
- (58) La baja del arrendamiento de *smartphone*, o del cualquiera del resto de servicios incluidos en el paquete FUSIÓN conlleva la baja en el producto FUSIÓN.
- (59) En caso de querer darse de **baja voluntariamente y de manera anticipada** del Contrato de Arrendamiento, según la Cláusula 9.1 se le aplicará al cliente una **penalización**. En caso de devolución, y según viene recogida en la fórmula del Anexo al Contrato de Arrendamiento, consiste en un porcentaje variable según el nivel del dispositivo de entre 40-70% del CTA (Coste del terminal actualizado). En caso de no devolver el terminal o no cumplir con las condiciones establecidas, se aplicará el 100% del CTA.
- (60) En el caso de que el cliente que decida darse de baja anticipada de FUSIÓN **desea conservar sus líneas móviles**, podría continuar con el Servicio de arrendamiento. No obstante, se enfrentaría a una cuota mensual superior a la que pagaba en el marco del paquete FUSIÓN (Cuota SIN Fusión), y deberá acogerse a las tarifas del servicio móvil recogidas en el Contrato Fusión.

2.3. Número de clientes que recogieron el *smartphone*

- (61) TELEFÓNICA aporta en sus alegaciones a la propuesta de IPV de la DC del 15 de junio de 2021¹⁸ datos del número de clientes que han recogido el *smartphone*, así como de los que no lo habrían recogido.
- (62) Los datos son de 6 de junio de 2021, es decir siete semanas desde el lanzamiento del servicio y en este periodo los datos reflejan que de los **[confidencial]** clientes que contrataron MOVISTAR FUSIÓN que incluía el arrendamiento de un *smartphone*, la mayor parte de ellos (el **[confidencial]**%) son clientes de TELEFÓNICA migrados desde otros productos de los cuales el **[confidencial]**% recogieron el *smartphone*. Las nuevas altas a FUSIÓN sumaron **[confidencial]** clientes, y el porcentaje de aceptación del terminal fue del **[confidencial]**¹⁹.
- (63) Esto es, según TELEFÓNICA de los **[confidencial]** clientes que a 6 de junio de 2021 había contratado esta promoción de MOVISTAR FUSIÓN, unos **[confidencial]** clientes habían aceptado y recogido el terminal.
- (64) Por otro lado, de la respuesta de TELEFÓNICA a requerimiento de información de la DC de fecha 19 de octubre de 2022²⁰, se deducen los siguientes datos.
- (65) A fecha 31 de julio de 2021, tres meses y medio desde el inicio de la nueva promoción, de los **[confidencial]** clientes de FUSIÓN, **[confidencial]** no disponían de arrendamiento de *smartphone* frente a **[confidencial]** clientes que sí (repartidos 28%, 32% y 39% entre AV, MV y BV²¹).
- (66) Por otro lado, a partir de las bajas para el mes de agosto de 2021²², se calcula el *churn rate* (tasa de cancelación o tasa de abandono). Si se diferencia entre clientes con y sin *smartphone* arrendado, la tasa es casi el doble para aquellos que no tienen condiciones de permanencia, 1,63%, frente a los que sí las tienen por haber recogido el terminal, 0,84%.

¹⁸ Folios 268-291

¹⁹ Folio 283

²⁰ Folio 1083

²¹ Terminología aplicada por la propia TELEFÓNICA dependiendo del tipo de paquete FUSIÓN contratado. BV (Bajo Valor): Fusión 0, Fusión Inicia. MV (Medio Valor): Fusión Selección Liga/Champions/Ficción, Fusión Selección Plus Fútbol/Ficción. AV (Alto Valor): Fusión Total, Fusión Total Plus, Fusión Total Plus 4

²² Si bien en esta resolución se analiza únicamente el periodo hasta el 2 de agosto 2021, el *churn rate* para el mes de agosto refleja en su mayoría bajas de aquellos clientes que contrataron el paquete en los meses anteriores.

2.4. Acuerdo de TELEFÓNICA con CAIXABANK EQUIPMENT FINANCE S.A.U (CEF)

- (67) Según información facilitada por TELEFÓNICA con fecha 29 de abril de 2021²³ en respuesta a requerimiento de la DC con fecha 11 de abril de 2021, TELEFÓNICA y Caixabank firmaron una adenda al acuerdo de procedimiento que ya operaba entre ambas desde septiembre de 2014²⁴.
- (68) En dicha adenda, ambos han convenido una línea de arrendamientos de terminales de Caixabank a TELEFÓNICA específicamente relacionada con aquellos que TELEFÓNICA pone a disposición de sus clientes mediante el pago de las tarifas correspondientes (dentro de los paquetes FUSIÓN)²⁵.
- (69) En el subapartado 12.4.1, punto 4 del mencionado acuerdo se especifica, respecto de la asunción de riesgo, que es de aplicación lo previsto en el apartado 12.2 del Acuerdo de Procedimientos y, por ello, TELEFÓNICA **[confidencial]**.
- (70) Asimismo, en caso de terminación anticipada por TELEFÓNICA (cláusula 13.2 del Anexo 2) obliga a TELEFÓNICA a **[confidencial]**.
- (71) Por otro lado, respecto a la adquisición de *smartphones*, esta información queda recogida en el Anexo al contrato de adquisición de los terminales por los distribuidores previa a la realización del arrendamiento a través de Caixabank. Se incorporan al expediente tanto el Contrato tipo de suministro de terminales, como su anexo “Preciario” o precios netos de adquisición a Caixabank de los *smartphones* para FUSIÓN a fecha 8 de abril de 2021²⁶.

3. FUNDAMENTOS DE DERECHO

3.1. Competencia para resolver

- (72) 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*

²³ Folios 149-177

²⁴ Telefónica de España y Caixabank Equipment Finance (CEF) tienen convenido **[confidencial]**

²⁵ **[confidencial]**

²⁶ Folios 349

y *falsear la competencia*²⁷. El artículo 20.2 de la misma ley atribuye al Consejo la función de resolver los procedimientos sancionadores previstos en la LDC.

- (73) 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.
- (74) En consecuencia, la competencia para resolver este procedimiento corresponde al Consejo de la CNMC.

3.2. Normativa general aplicable

- (75) 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).

3.3. Propuesta de resolución del órgano instructor

- (76) La DC considera 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, al vulnerar el compromiso contenido en los apartados 1.1 y 1.1.2 de la misma.
- (77) Según la DC, la oferta comercial empaquetada de servicios minoristas de comunicaciones electrónicas MOVISTAR FUSIÓN con arrendamiento de un *smartphone*, vigentes desde el 11 de abril hasta el 1 de agosto de 2021, vulnera el compromiso 1.1, y en particular el apartado 1.1.2, al considerarse una política de permanencia indirectamente asociada a la televisión de pago y al no resultar aplicable al presente caso la salvaguarda recogida en el párrafo 4 del apartado 1.1.2.

²⁷ 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.

- (78) El Órgano Instructor propone que se sancione a TELEFÓNICA por la comisión de una infracción muy grave conforme a lo previsto en el artículo 62.4.c) de la LDC y propone la imposición de una multa por cuantía de 6.000.000 euros.

3.4. Valoración del Consejo

3.4.1. Tipificación de la conducta

3.4.1.1. Principios generales

- (79) 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*”.
- (80) 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.
- (81) 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.
- (82) 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.
- (83) 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.
- (84) 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 que

somete a autorización previa determinadas operaciones que caen en su ámbito de aplicación.

- (85) 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.
- (86) 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.
- (87) Como ha indicado la CNMC en precedentes similares²⁸, 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.
- (88) 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.
- (89) 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.
- (90) Con respecto a la interpretación de los compromisos a los que la CNMC condiciona la autorización de una concentración económica, la Audiencia Nacional, afirma que²⁹: *“Los compromisos deben interpretarse de forma conjunta, coherente y coordinada, y*

²⁸ 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).

²⁹ Sentencia de la Audiencia Nacional, de 30 de marzo de 2012, ECLI:ES:AN:2012:1533.

no de manera aislada, incongruente y descoordinada porque esto permitiría el efectivo vaciamiento de los mismos”.

3.4.1.2. Compromisos para evitar entorpecer la movilidad de clientes de televisión de pago

(91) La autorización de la concentración entre TELEFÓNICA y DTS quedó condicionada al cumplimiento de los compromisos propuestos por TELEFONICA con fecha 14 de abril de 2015 y aprobados por el Consejo de la CNMC en la resolución de fecha 22 de abril de 2015 que autorizó la operación de concentración económica TELEFÓNICA/DTS (expediente C/0612/14 TELEFÓNICA/DTS).

(92) El **compromiso 1.1** señala que TELEFÓNICA no aplicará condiciones o prácticas tendentes a entorpecer la movilidad de sus clientes de televisión de pago en España.

“Telefónica, S.A. y las empresas de su grupo (en adelante, Telefónica o entidad resultante) no aplicarán por norma general condiciones o prácticas tendentes a entorpecer la movilidad de todos los clientes actuales o futuros de Telefónica y DTS, Distribuidora de Televisión Digital, S.A. (DTS) en España, tanto para servicios empaquetados que incluyen televisión de pago como servicios no empaquetados de televisión de pago.” [subrayado propio]

(93) Entre las prácticas posibles que pudieran contravenir dicho compromiso, la redacción del **apartado 1.1.2 señala específicamente una, la inclusión de obligaciones de permanencia.**

“Asimismo, Telefónica no incluirá en los futuros contratos de la entidad resultante en España obligaciones de permanencia asociadas directa o indirectamente a los servicios de televisión de pago, ya sean empaquetados o no con servicios de comunicaciones electrónicas. Esta obligación de no inclusión será efectiva a los tres (3) meses desde que la resolución en segunda fase de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia en el expediente C/0612/14 sea firme en vía administrativa.”

(...)

“A los efectos de este compromiso, el establecimiento al cliente final que contrata servicios empaquetados de televisión de pago y de comunicaciones electrónicas de compromisos de permanencia en los servicios de comunicaciones móviles de Telefónica derivados de la subvención de dispositivos (i.e. terminales móviles, tabletas, etc.), no se considerará un compromiso de permanencia asociado directa o indirectamente a los servicios de televisión de pago, siempre que la entidad resultante permita la baja del referido paquete conservando el servicio de comunicaciones móviles de Telefónica.” [subrayado propio]

- (94) Con el compromiso 1.1 ofrecido por la propia TELEFÓNICA, y aprobado por la CNMC en el marco de la operación de concentración TELEFÓNICA/DTS, **la operadora se compromete a que sus clientes de televisión de pago puedan cambiar de proveedor de este servicio sin restricciones**. En el caso concreto de condiciones de permanencia, que por su propia naturaleza entorpecen la movilidad de los clientes, el compromiso 1.1.2 contempla una salvaguarda en beneficio de los clientes.
- (95) **No se considerarán compromisos de permanencia asociados directa o indirectamente a la televisión de pago** en el marco de las ofertas convergentes si se dan simultáneamente las siguientes cuatro circunstancias: **(1)** se aplica la salvaguarda a los clientes que contratan servicios empaquetados de televisión de pago y de comunicaciones electrónicas; **(2)** se trata de compromisos de permanencia asociados a los servicios de comunicaciones móviles incluidos en el paquete (en este caso del paquete FUSIÓN), **(3)** los compromisos de permanencia se derivan de la subvención de dispositivos, y finalmente **(4)** se permite la baja del paquete (en este caso del paquete FUSIÓN) conservando el servicio de comunicaciones móviles.
- (96) En virtud de lo anterior, la presente resolución pretende valorar, en **primer lugar**, si la oferta comercial convergente de MOVISTAR FUSIÓN con arrendamiento de smartphone, y que incluye televisión de pago, vigente desde 11 de abril de 2021 hasta el 1 de agosto de 2021, descrita en los hechos acreditados, es compatible con el compromiso 1.1 y el primer párrafo del 1.1.2, en cuanto a que no entorpece la movilidad de los clientes de TELEFÓNICA de televisión de pago.
- (97) En caso de considerarse que estamos ante una política de permanencia asociada directa o indirectamente a los servicios de televisión de pago, **en segundo lugar, se evaluará si dichas condiciones pudieran acogerse a las salvaguardas anteriormente descritas derivadas del apartado 1.1.2 párrafo cuarto**.

3.4.1.3. Análisis de compatibilidad con los compromisos 1.1 y 1.1.2

- (98) Según se desprende de los hechos acreditados, **el producto comercial MOVISTAR FUSIÓN es una oferta convergente de comunicaciones fijas y móviles con televisión de pago**, que, desde el 11 de abril de 2021, incluye el **arrendamiento de un dispositivo móvil** por un periodo de 36 meses.
- (99) Así viene señalado en la Cláusula 2 del Contrato FUSIÓN³⁰: *“El Cliente, al contratar Movistar FUSIÓN, dispondrá de una línea telefónica fija con banda ancha [...] con Movistar, una línea móvil de contrato operada por Telefónica Móviles España, S.A.U., cuya gestión asumirá Movistar (en adelante, “Línea móvil FUSIÓN principal”) y un*

³⁰ Folio 105.

equipo terminal móvil en régimen de arrendamiento suscrito también con Telefónica Móviles España. S.A.U. (en adelante “Smartphone”).”

- (100) En consonancia con lo anterior, “*las condiciones generales (I) del contrato tipo de abono general al servicio telefónico disponible al público para usuarios finales, (II) del servicio de banda ancha disponible al público o, en su caso, las del servicio Movistar Internet Radio, para Acceso Fijo Radio (III) del servicio de telefonía móvil Movistar, (IV) del servicio de Internet móvil, (V) del arrendamiento del Smartphone, en su caso, (VI) del servicio de TV y, en su caso, (VII) de los servicios de suministro de TV vía satélite, que constan publicadas en www.movistar.es, completan, en lo previsto en las mismas, a las presentes condiciones particulares*”³¹(énfasis propio).
- (101) En los documentos contractuales de los productos FUSIÓN descritos y vigentes hasta el 1 de agosto de 2021, fecha en la que la oferta se extiende a otros dispositivos además de *smartphones*, **no se ha identificado una previsión específica que indique que el cliente pueda contratar el servicio FUSIÓN sin contratar el servicio de arrendamiento de este**. Asimismo, con dicho cambio de política comercial TELEFÓNICA incrementa todos sus productos FUSIÓN en 3€, señalando expresamente en la Clausula 4 del Contrato de Arrendamiento que el precio del alquiler del *smartphone* viene incluido en el precio del paquete.
- (102) Adicionalmente, en el Anexo 1 del Contrato FUSIÓN se describen detalladamente las modalidades a las que se puede acoger el cliente y todas ellas señalan que incluye el arrendamiento de un *smartphone*, llamándose las propias modalidades “**FUSIÓN con Smartphone**”: como, por ejemplo, “*FUSIÓN Total Plus X4 con smartphone con 4 líneas*”³², “*FUSIÓN Inicia Infinito X4 con smartphone*”³³, etc.
- (103) Al respecto, TELEFÓNICA señala en sus alegaciones que es siempre a voluntad del cliente la recogida del terminal y la firma del correspondiente Anexo al Contrato de Arrendamiento de Terminal móvil (*smartphone*) y lo quiere justificar en base a la redacción del tercer párrafo de la cláusula 2 (Contratación) de las Condiciones particulares del servicio Movistar Fusión con *smartphone*³⁴: “*En consecuencia con lo anterior [...] (V) del arrendamiento del Smartphone, en su caso,[...]*” [Subrayado añadido].
- (104) Sin embargo, a juicio de este Consejo, la breve alusión a “*en su caso*” no determina claramente a qué se está refiriendo puesto que, previamente, en el párrafo primero de la misma cláusula 2 se dice mucho más claramente que: “*El Cliente, al contratar*

³¹ Folio 105.

³² Folio 125.

³³ Folio 129.

³⁴ Folio 105.

Movistar Fusión, dispondrá de ... y un equipo terminal móvil en régimen de arrendamiento suscrito también con Telefónica Móviles España. S.A.U. (en adelante “Smartphone”). Por otra parte, dicha referencia a “en su caso” bien puede venir motivada, en base a las propias condiciones del contrato, por la posibilidad de resolver el arrendamiento de *smartphone* en caso de que, como resultado del análisis de viabilidad financiera, TELEFÓNICA concluya que el cliente no pudiese financiar la operación.

- (105) Añade TELEFÓNICA otra mención para apoyar su argumentación, concretamente cuando en el Contrato de Arrendamiento se señala que la entrada en vigor del arrendamiento del terminal es en el momento de la firma del Anexo al Contrato de Arrendamiento del terminal móvil. Sin embargo, a juicio de este Consejo, lo anterior únicamente especifica que cuando lo recoja deberá firmar el Anexo, no que exista la posibilidad de disponer de FUSIÓN sin derecho al *smartphone*.
- (106) Además, en la Cláusula 8 del Contrato de Arrendamiento se señala que los 36 meses de permanencia se inician desde que se firma el mencionado Anexo, al margen de la vigencia del Contrato FUSIÓN³⁵: *“El Servicio de arrendamiento del Smartphone entrará en vigor en el momento de la firma del Anexo al Contrato de Arrendamiento de Terminal móvil (Smartphone), y estará vigente por un período de 36 meses a contar desde dicha fecha. Transcurrido dicho periodo, el Servicio de arrendamiento del Smartphone se extinguirá de pleno derecho con las consecuencias previstas en la cláusula 10, y sin que sea posible su renovación o prórroga, y sin perjuicio de la vigencia de la modalidad del Contrato FUSIÓN con terminal que el Cliente tenga contratado.”*
- (107) Es decir, el cliente dispondrá de un *smartphone* y el que no se le obligue a recogerlo a la fecha de la contratación no es relevante, pues incluso podría recogerlo en un momento posterior durante la vigencia del Contrato FUSIÓN. De acuerdo con el tenor literal de las condiciones comerciales referidas, la contratación del paquete conlleva necesariamente la contratación del arrendamiento del *smartphone* y la subida en el precio del paquete de 3€ respecto de los anteriores paquetes FUSIÓN sin arrendamiento de este.
- (108) En todo caso, **la precisión sobre el carácter opcional de la recogida del dispositivo no resulta relevante a los efectos de vulneración de los compromisos aquí analizados**, puesto que debe recordarse que las obligaciones del compromiso 1.1 no dejan de ser exigibles en caso de que sea el propio cliente quien solicite o acepte un servicio que conlleve permanencia o entorpezca su movilidad. En caso contrario, el compromiso carecería de eficacia práctica puesto que TELEFÓNICA

podría incluir, por ejemplo, compromisos de permanencia en todas sus ofertas comerciales más publicitadas, manteniendo al menos una oferta comercial sin permanencia y con ello cumpliría con el compromiso, conforme a esa interpretación no atendible, dado que los clientes “optarían” mayoritariamente por las ofertas con permanencia.

- (109) Según se expone en los hechos acreditados, a fecha 31 de julio de 2021, más de 3 meses después del lanzamiento de la oferta, los clientes que habrían recogido el *smartphone* ascenderían a **[confidencial]**.
- (110) Si estos clientes de FUSIÓN con arrendamiento de dispositivo quisieran cambiar de proveedor de televisión de pago antes de finalizar el plazo de 36 meses, deberán, - según la Cláusula 6.1 del Contrato FUSIÓN -, **darse de baja del producto FUSIÓN**. Y al darse voluntariamente de baja antes de los tres años a los que se habrían comprometido según el Contrato de Arrendamiento, deberán acogerse a los escenarios estipulados en la Cláusula 9 del mismo. Dicha Cláusula, como se verá a continuación, **conlleva siempre una penalización para el cliente** que, a juicio de este Consejo, implica una condición de permanencia que entorpece la movilidad del cliente de televisión de pago y supone un incumplimiento del compromiso 1.1 y apartado 1.1.2.

3.4.1.3.1. Distintos escenarios posibles para el cliente de FUSIÓN con arrendamiento de smartphone que quiera cambiar de proveedor de pago

- (111) A continuación, se analizarán los **distintos escenarios posibles** para el cliente de FUSIÓN con arrendamiento de smartphone **que quiera cambiar de proveedor de televisión de pago: (1) darse de baja de FUSIÓN y del servicio de arrendamiento ya sea devolviendo o comprando el terminal, o (2) continuar con el arrendamiento del terminal.**

- ESCENARIO 1. Darse de baja de FUSIÓN y del servicio de arrendamiento

- (112) La solicitud de baja del servicio de televisión de pago es, según la Cláusula 6.1 del Contrato FUSIÓN, causa de baja de Movistar FUSIÓN. Asimismo, y según la Cláusula 6.2.1 del mismo contrato, darse de baja de FUSIÓN y por lo tanto del servicio móvil, conlleva la baja voluntaria anticipada del servicio de arrendamiento del dispositivo.
- (113) Por otro lado, según la Cláusula 9.1. del Contrato de Arrendamiento, **en caso de baja voluntaria anticipada el cliente deberá devolver el *smartphone* y además se le aplicará una penalización por baja voluntaria y anticipada.**
- (114) Según alegaciones de TELEFÓNICA, **la penalización no es tal, sino que se trata de una cuota basada en “en el valor de depreciación lineal del Terminal y en la fecha de**

solicitud de la baja y tiene su razón en un reequilibrio razonable y equitativo de las contraprestaciones entre contratantes en función del específico riesgo y ventura de cada supuesto: fijación de un precio por la posesión del terminal”.

- (115) Cabe señalar, en primer lugar, que los compromisos no señalan que las condiciones de permanencia sean conformes en función de si su importe es proporcional o razonable.
- (116) En cuanto a la denominada “cuota por baja anticipada” argumentada por TELEFÓNICA, resaltar que es la propia empresa quién la denomina “**penalización**” conforme a lo recogido en el propio Contrato FUSIÓN (Cláusula 8.2) y en el Contrato de Arrendamiento (condición 9.1). Por lo que, no cabe otra interpretación que la de imponer una sanción o castigo al cliente que se da de baja.
- (117) La cuantía de la penalización viene recogida en el Anexo al Contrato de Arrendamiento. Concretamente, la fórmula especificada es un porcentaje variable del coste del terminal actualizado (CTA) = (coste/1065 días del arrendamiento) x días restantes del arrendamiento. Obsérvese *supra* el apartado 0 de los hechos para los distintos porcentajes El porcentaje aplicable sobre el CTA o coste final equivalente (es decir, el coste del terminal para TELEFÓNICA, incluyendo costes financieros derivados del contrato con Caixbank) sería del 40%(N6) o 55% (N5) para los dispositivos más costosos, y del 70% para los de menor nivel (N1 – N4).

Tabla 1. Penalizaciones según el Anexo al Contrato de Arrendamiento – Contrato del producto Fusión Total³⁶

Nivel Terminal	Cuota SIN Fusión Total	Cuota CON Fusión Total	Coste inicial	CTA o penalización si NO devuelve			Penalización devuelve			Cuota que resta pagar		
				12 meses	24 meses	30 meses	12 meses	24 meses	30 meses	12 meses	24 meses	30 meses
N1	3 €	0 €	108 €	72 €	36 €	18 €	50 €	25 €	13 €	0 €	0 €	0 €
N2	5 €	0 €	180 €	120 €	60 €	30 €	84 €	42 €	21 €	0 €	0 €	0 €
N3	8 €	0 €	288 €	192 €	96 €	48 €	134 €	67 €	34 €	0 €	0 €	0 €
N4	8 €	5 €	288 €	192 €	96 €	48 €	134 €	67 €	34 €	120 €	60 €	30 €
N5	16 €	13 €	576 €	384 €	192 €	97 €	211 €	106 €	53 €	312 €	156 €	78 €
N6	27 €	24 €	972 €	648 €	324 €	163 €	259 €	130 €	65 €	576 €	288 €	144 €

- (118) Por ejemplo, según el Anexo al Contrato de Arrendamiento, un cliente que tuviera un arrendamiento móvil **Nivel 6 asociado al paquete FUSIÓN TOTAL** pagaría 24€/mes por el dispositivo (que tiene una cuota “sin FUSIÓN” de 27€/mes). Si se diera de baja a los 12 meses, según las condiciones del arrendamiento, debería devolver el *smartphone* y pagar el 40% del CTA (siempre que cumpla las cláusulas 6.5 y 6.6 sobre las condiciones de la devolución como el embalaje, buen estado, etc.).

- El Coste del Dispositivo se calcula en base a las cuotas “sin FUSIÓN”: (36meses) × (27€/mes) = 972€.

³⁶ Folio 91.

- $CTA = (972/1095) \times (730 \text{ días restantes, } 2 \text{ años}) = 684\text{€}$.
 - La **penalización** sería entonces el 40% del CTA: **259€**.
 - No obstante, si el cliente no devuelve el smartphone conforme a las condiciones establecidas, se le aplicará una penalización equivalente al 100% del CTA: **648€**.
 - Cuotas por pagar sino se da de baja: **576€**.
- (119) Un cliente de gama baja (N2) asociado al mismo paquete, si se da de baja a los 12 meses, la penalización sería, según los cálculos anteriores, de **84€** y de **120€** respectivamente en caso de aplicársele el 70% si lo devuelve o 100% del CTA si no.
- (120) A diferencia del cliente de alto valor añadido anteriormente descrito, al cliente N2 no le restarían cuotas por pagar. Este cliente tiene por lo tanto menos incentivos que el del móvil de gama alta a aguantar los 24 meses en tanto que el riesgo de aplicársele el 100% del CTA tiene menores repercusiones.
- (121) Si el cliente de gama alta (N6) se diera de baja a los 30 meses, la penalización sería, según los cálculos anteriores, de **65€** y de **163€** respectivamente en caso de aplicársele el 40% o el 100% del CTA. No obstante, en este caso, solo tendría que esperar 6 meses (y pagar **144€** en cuotas) para poder optar a adquirir un móvil de gama alta con menos de 3 años de uso por 1 euro y no tener que pagar ninguna de las penalizaciones, lo que podría incentivarle a esperar.
- (122) Por el contrario, el cliente con un móvil de gama baja (N2), si se da de baja con 6 meses restando a su permanencia se enfrenta a una penalización de **30€** y de **21€** respectivamente según se le aplique el 70% o 100% del CTA, sin tener que hacer frente a ninguna cuota si decide aguantar los 6 meses. De nuevo, este cliente tiene en principio menos incentivos que el del móvil de gama alta a aguantar los 6 meses.
- (123) **Además de la cuota de penalización, existen otras restricciones a la hora de darse de baja voluntariamente** de MOVISTAR FUSIÓN. En la Clausula 6.6 del Contrato de Arrendamiento se señala que deberá devolverse el dispositivo en un plazo no superior a 15 días naturales, si bien no se especifica en el Contrato ningún procedimiento específico para facilitar al cliente la devolución del smartphone usado (p.ej. cuándo comienza a contar el plazo desde que el cliente comunica la baja, en qué lugares y horario sería posible hacerlo, si conlleva coste alguno, etc.).
- (124) Además, incluso tomándose la molestia de devolverlo podría acabar recibiendo la penalización del 100% del CTA sin beneficiarse del porcentaje reductor, ya que será TELEFÓNICA, según la Clausula 9.1 del Contrato de Arrendamiento, quien decida si el terminal devuelto por el cliente se ha entregado en buenas condiciones y con el embalaje original, “salvo el normal desgaste por el uso”, por lo que, de estimar que no es así, también podría aplicar la penalización del 100% del CTA.
- (125) Resulta llamativa la obligación de devolver los *smartphones* en su embalaje original incluso habiendo pasado años desde su entrega (que no desde su adquisición),

siendo la práctica habitual en el mercado la obligación de guardar el embalaje únicamente durante el periodo de devolución de estos, que suele ser un mes.

- (126) Por otra parte, según la mencionada cláusula 6.1 del Contrato FUSIÓN, existe la posibilidad, pero a **discreción exclusivamente de TELEFÓNICA, de ofrecer al cliente la opción de compra del *smartphone*** al darse de baja anticipadamente. De permitirse la compra, el precio se calcularía en función del valor de depreciación lineal del *smartphone* en la fecha de solicitud de la baja y conforme al cálculo especificado en el Anexo del Contrato de Arrendamiento ((Coste inicial/1095) x Días restantes Arrendamiento + 1€). En el caso del ejemplo anterior, el precio sería para el cliente N6 de 685€ en caso de adquirirlo después de un año de arrendamiento, y de 192€ en el caso del cliente N2.
- (127) En definitiva, TELEFÓNICA dispone de un amplio grado de discrecionalidad para interpretar que el cliente ha devuelto el terminal en forma y plazo, reduciendo en gran medida los escenarios reales en los que TELEFÓNICA no contaría con la posibilidad de aplicar el 100% del CTA por no aceptar la devolución (resultando que el cliente pagaría la penalización del 100% del CTA del terminal a pesar de haberlo devuelto previamente a TELEFÓNICA).
- (128) Por otra parte, en el caso de que el cliente cumpliera las condiciones y la devolución del *smartphone* fuese aceptada, TELEFÓNICA contaría con un terminal usado en buen estado conforme a los estándares de la propia TELEFÓNICA, y adicionalmente le habría aplicado la correspondiente penalización al cliente.
- (129) Finalmente, cabe mencionar que el Anexo al Contrato de Arrendamiento, necesario para que el cliente pueda calcular con exactitud la penalización a la que se enfrentaría y poder tomar decisiones con conocimiento de causa, no se encuentra disponible en la página web de TELEFÓNICA, a diferencia de los contratos de Fusión y de Arrendamiento. Así lo confirma TELEFÓNICA cuando señala que se entregan en el momento de recibir el *smartphone*. A juicio de este Consejo, esta práctica es muy poco transparente y reduce las posibilidades de un conocimiento anticipado por el cliente de una parte esencial de las condiciones en las que arrienda el terminal/dispositivo, es decir, de la penalización que se le cobraría en caso de baja anticipada
- (130) A juicio de este Consejo, **todos los anteriores condicionantes e incertidumbres derivadas de los contratos que acompañan al producto FUSIÓN con arrendamiento de *smartphone* desalientan al cliente a darse de baja anticipadamente** del producto FUSIÓN y del arrendamiento del *smartphone* e iniciar el complejo procedimiento de devolución o intento de compra anticipada del mismo. De hecho, difícilmente pueden entenderse más allá de asegurarse TELEFÓNICA que retiene clientes, incluso a aquellos clientes con la determinación suficiente para resolver el contrato y pagar la penalización.

- (131) En definitiva, el cliente que quisiera darse de baja anticipadamente de FUSIÓN incluido el servicio de arrendamiento ya sea devolviendo o quedándose el terminal, se enfrenta a un escenario incierto que en todo caso conlleva el pago de una penalización, **lo que tiene el efecto de convertirse en una forma clara de retención o de permanencia**. El hecho que determina la obligación de hacer frente a la penalización es la baja del producto FUSIÓN, y en la medida que todos los paquetes FUSIÓN incluyen el servicio de televisión de pago se estaría ante un incumplimiento del compromiso 1.1.
- (132) En virtud de lo anterior no cabe aceptar tampoco la alegación de TELEFÓNICA de que la anterior práctica no afecta al servicio de televisión de pago, que es el servicio afectado por el compromiso 1.1.

- ESCENARIO 2. Darse de baja y mantener el servicio de arrendamiento

- (133) Existe la posibilidad de darse de baja anticipada de MOVISTAR FUSIÓN manteniendo el servicio de arrendamiento del *smartphone*. **Este escenario permitiría, en teoría, eludir las penalizaciones** antes descritas por baja del contrato de arrendamiento antes de su fecha de finalización.
- (134) Según la Cláusula 9.2. del Contrato de Arrendamiento, si el cliente conserva su línea móvil asociada al darse de baja anticipada del Servicio Movistar FUSIÓN, podrá continuar con el servicio de arrendamiento del *smartphone*. En estos casos, el precio del servicio se devengará por periodos mensuales, conforme al precio de la Cuota sin FUSIÓN del arrendamiento asociado al nivel del *smartphone* escogido.
- (135) Para todos los casos el cliente que se acoja a esta opción pagará una cuota como mínimo 3 euros mayor, que podría atribuirse a la subida inicial del paquete a partir de 11 abril de 2021 y correspondiente al alquiler del *smartphone*, sin embargo, para los clientes N2, N3 y N5 existe una penalización **asociada a la baja del producto FUSIÓN (ver tabla 1)**, y que deberá de asumir y valorar el cliente en caso de querer cambiar de proveedor de televisión de pago. Así, según el Anexo al Contrato de Arrendamiento, para un cliente FUSIÓN con un nivel N3 que paga una cuota de 0€ al mes, al darse de baja de FUSIÓN manteniendo la línea móvil, la cuota mensual pasará a ser la cuota sin FUSIÓN, es decir 8€.
- (136) Pero no es esta la única penalización, ya que el precio de la línea móvil asumida al abandonar el paquete FUSIÓN se incrementaría. Concretamente, según la **cláusula 6.2.3** del Contrato FUSIÓN, sobre la **baja de los servicios fijos incluidos en Movistar FUSIÓN**, el cliente pasará a disfrutar de las siguientes condiciones para el servicio móvil según la modalidad de FUSIÓN contratada:

- Navegación a máxima velocidad en pago por uso y 0 cts/min, 40cts est. llamada

- 25€/mes llamadas ilimitadas +15GB
 - 45€/mes llamadas ilimitadas +20GB
 - Llamadas y GB ilimitados: 50€/mes
- (137) Estos importes resultan superiores a los precios de servicios de comunicaciones móviles que ofrecía (y ofrece) TELEFÓNICA para la contratación de servicios móviles no empaquetados³⁷ lo que sí supone una penalización para el consumidor:
- a) Llamadas y GB ilimitados: 39,95€/mes
 - b) Llamadas y 15GB (actualmente 30GB): 24,95€/mes
- (138) Además, la oferta en el mercado es mucho más variada que las dos anteriormente mencionadas (por ser directamente comparables con las incluidas en el Contrato Fusión) y en la mayoría de los casos se ofrecen promociones con descuentos por tiempo limitado. Por lo que el cliente que decide mantener el arrendamiento de su dispositivo debe también tener en cuenta el coste de oportunidad de no poder escoger una tarifa móvil más ventajosa (de la propia TELEFÓNICA o de un tercer operador) y renunciar a las correspondientes promociones.
- (139) En definitiva, el cliente se enfrenta a una doble penalización a la hora de darse de baja de los servicios fijos de su paquete FUSIÓN para mantener el servicio de línea móvil y arrendamiento, por un lado, la mayor cuota mensual a pagar en el caso de tres de los seis niveles, y por otro, las condiciones más onerosas de la tarifa móvil. Lo anterior claramente limitaría en buena medida la decisión del cliente de dar de baja los servicios fijos de su paquete FUSIÓN para cambiar de proveedor de televisión de pago.
- (140) Aunque, más allá de lo anterior, **la principal barrera** que limita la decisión del cliente de dar de baja el servicio de televisión de pago incluida en FUSIÓN manteniendo el servicio móvil, es el hecho de que **gran parte de los servicios de televisión de pago se comercializan en el mercado en ofertas convergentes**.
- (141) TELEFÓNICA no es ajena a esta política comercial desde su posición de liderazgo en el mercado, pues sus productos FUSIÓN no permiten la contratación de determinados servicios, sino que incluyen obligatoriamente los servicios móviles, junto a los servicios fijos y la televisión de pago.
- (142) En la tabla siguiente se recogen los datos del número de empaquetamientos existentes en 2021:

³⁷ <https://www.movistar.es/particulares/movil/tarifas-moviles>

Tabla 2. Número de empaquetamientos en 2021

EMPAQUETAMIENTOS de COMUNICACIONES MÓVILES Y FIJAS, Millones de clientes		
	2021	% SOBRE TOTAL
Tel.fija y banda ancha fija	2,1	13,0
Tel.fija y banda ancha fija y TV pago	0,1	0,6
Banda ancha fija, tel. móvil y banda ancha móvil	1,3	8,0
Tel.fija y banda ancha fija, tel. móvil y banda ancha móvil	7,0	43,2
Tel.fija y banda ancha fija, TV pago , tel. móvil y banda ancha móvil	5,5	34,0
Resto	0,2	1,2
TOTAL	16,2	

Fuente INFORME ECONÓMICO-SECTORIAL 2021, CNMC

- (143) Como puede observarse, 5,5 millones de paquetes comercializan los servicios de televisión de pago con telefonía fija, banda ancha fija y servicios móviles, en tanto que la oferta de paquetes de servicios fijos sin móvil (telefonía fija, banda ancha fija y Tv de pago) resulta testimonial (un **0,6% del total de paquetes existente**).
- (144) De esta manera un cliente de TELEFÓNICA que tuviera contratado uno de los paquetes FUSIÓN con dispositivo y deseara contratar sus servicios de televisión de pago con otro operador, sin incurrir en penalizaciones, se vería obligado a mantener sus servicios de comunicaciones móviles contratados con TELEFÓNICA, y contratar los servicios de televisión de pago, junto con los servicios de banda ancha en su caso, con el operador alternativo.
- (145) Sin embargo, como se ha señalado, el mercado ofrece televisión de pago empaquetada con servicios fijos (telefonía y banda ancha) y con servicios móviles (telefonía móvil y banda ancha móvil). Por ello dicho cliente encontraría la dificultad de mantener sus líneas móviles contratadas con TELEFÓNICA, y con una oferta en el mercado que incluye nuevamente líneas móviles en el empaquetamiento con televisión de pago, cuando no las necesitaría por tenerlas ya contratadas con TELEFÓNICA, lo que implicará además una facturación mensual adicional. Lo anterior actúa para los clientes como una barrera a la movilidad.
- (146) El resultado es que el cliente de TELEFÓNICA que desee cambiar de proveedor de televisión de pago antes del plazo de 36 meses desde la contratación del nuevo producto FUSIÓN **manteniendo el contrato de arrendamiento, se enfrenta a las dificultades y restricciones antes señaladas, limitando en consecuencia la movilidad de estos clientes** que se verá abocado en la mayoría de las veces al pago de la penalización por baja anticipada del servicio FUSIÓN.

3.4.1.3.2. Conclusión sobre el cumplimiento del compromiso 1.1

- (147) TELEFÓNICA, en sus alegaciones al acuerdo de incoación, señala que *“las posibles situaciones anteriormente expuestas, se basan en el valor de depreciación lineal del Terminal y en la fecha de solicitud de la baja y tiene su razón en un reequilibrio razonable y equitativo de las contraprestaciones entre contratantes en función del específico riesgo y ventura de cada supuesto: fijación de un precio por la posesión del terminal”* y añade, *“el compromiso 1.1 y 1.1.2 no obliga a Telefónica a asumir el quebranto económico que supone que se devuelvan terminales usados sin recuperar su valor actualizado.”*
- (148) Al respecto, este Consejo quiere señalar que en esta resolución se evalúa el cumplimiento de un determinado compromiso de la resolución por la cual se aprobó la operación de concentración, propuesta por la propia TELEFÓNICA y que pretende garantizar la competencia efectiva (junto con los demás compromisos) en el mercado de la televisión de pago. No se evalúa la lógica empresarial de la política comercial de TELEFÓNICA respecto del arrendamiento de smartphones, sino si la misma entorpece el movimiento de sus clientes de televisión de pago. TELEFÓNICA, con conocimiento de los compromisos de comportamiento asumidos, que lógicamente limitan su conducta, deberá de diseñar las políticas comerciales que considere oportunas sin trasladar a la CNMC responsabilidad alguna en caso de que no sean económicamente viables.
- (149) La previsión de dichas penalizaciones a las que se enfrenta el cliente que quiere darse de baja anticipada del producto FUSIÓN, antes de finalizar el plazo de 36 meses de arrendamiento del dispositivo, y derivadas de las distintas cláusulas del Contrato FUSIÓN y del Contrato de Arrendamiento, entorpece la movilidad de los clientes FUSIÓN. Es decir, la política comercial de MOVISTAR FUSIÓN con arrendamiento de dispositivo vigente entre el 11 de abril y 1 de agosto de 2021 sería contraria al compromiso 1.1 y por lo tanto una vulneración del artículo 62.4.c de la LDC.
- (150) Asimismo, se ha comprobado que la política de arrendamiento de dispositivos tal y como se ha descrito en esta resolución constituye en sí misma, según el apartado 1.1.2, **una condición de permanencia indirectamente asociada al servicio de televisión de pago.**

3.4.1.4. Salvaguarda contemplada en el compromiso 1.1.2

- (151) **Según alegaciones de TELEFÓNICA**, incluso si la CNMC considerase que su política de FUSIÓN con arrendamiento de dispositivos es una condición de permanencia indirecta asociada a la televisión de pago la misma **sería susceptible de acogerse al párrafo cuarto del compromiso 1.1.2.**

- (152) Como ya se ha señalado, dicho párrafo plantea la posibilidad de permitir permanencias asociadas a los servicios móviles de los clientes que contratan servicios empaquetados de televisión de pago y de comunicaciones electrónicas. La política comercial de FUSIÓN analizada cumpliría estas dos primeras condiciones en la medida en que se aplica únicamente a los clientes de las ofertas convergentes FUSIÓN, y que el compromiso de permanencia de 36 meses se aplica al arrendamiento del smartphone a su vez ligado al servicio móvil.
- (153) No obstante, deberán de cumplirse dos condiciones adicionales, a saber, que el **(1)** compromiso de permanencia se derive de la subvención del dispositivo, y **(2)** que se permita la baja del paquete (en este caso del paquete FUSIÓN) conservando el servicio de comunicaciones móviles. De esta manera el beneficio que el cliente no desea perder (la subvención del terminal) se limita exclusivamente al servicio de telefonía móvil. Como se verá a continuación, la política comercial de TELEFÓNICA analizada no cumpliría con ambos requisitos.

3.4.1.4.1. Subvención del terminal

- (154) TELEFÓNICA alega que el Compromiso 1.1.2 párrafo 4 no determina ni define el **concepto de subvención**. Añade, que, a su juicio, *“la subvención existe, y se debe considerar, en la medida que se otorga al cliente la opción de beneficiarse de un terminal por la contratación de determinado producto sin sobreprecio o con un sobreprecio que no cubre el coste del aparato”*.
- (155) TELEFÓNICA argumenta que ya demostró a la CNMC en las alegaciones de 15 de junio de 2021 a la Propuesta de Informe Parcial de Vigilancia, notificado el 28 de mayo de 2021, que existe un descuento real que el cliente disfruta. Añade que el descuento se realiza sobre los precios de TELEFÓNICA ya que *“el compromiso 1.1.2 no determina que la oferta subvencionada deba ser la más atractiva o barata del mercado ni define el concepto de subvención ni que sea necesario la propiedad.”*
- (156) De las alegaciones de TELEFÓNICA parece inferirse que como en los Compromisos asumidos en 2015 no se señala qué se entiende por tal, la interpretación del concepto de “subvención” se encuentra abierta a interpretaciones.
- (157) La alusión a la posibilidad de introducir subvenciones a la adquisición de móviles en el compromiso 1.1 se deriva directamente de una práctica habitual en el sector de las comunicaciones electrónicas. Así, la subvención de móviles por operadores de telecomunicaciones tradicionalmente ha consistido en agresivos descuentos en la adquisición de móviles a cambio de obligaciones de permanencia, y que conllevan para los operadores asumir un coste relevante a la hora de ofrecer terminales a sus clientes. Históricamente, esta política ha ido especialmente enfocada a dispositivos de alta gama para atraer a clientes de mayor poder adquisitivo y menos propensos a

la portabilidad a corto plazo, lo que a largo plazo garantizaría la rentabilidad para el operador de dicha práctica.

- (158) De lo anterior se deduce que el espíritu en la redacción del compromiso que incluye dicho concepto era permitir que en determinadas circunstancias se siguiera permitiendo dicha práctica en la medida en que beneficiaría a los consumidores, y siempre sin menoscabar la competencia efectiva en los mercados afectados.
- (159) El Informe Propuesta en segunda fase del expediente C/0612/14 TELEFÓNICA/DTS hace una referencia concreta a esta salvaguarda en su apartado (1161), señalando que dicha excepción sería razonable al objeto de no privar a los usuarios finales de las condiciones ventajosas que pudieran derivarse del acceso a un terminal en condiciones subvencionadas, y a condición de que la baja en el servicio no conlleve penalización.
- (160) Sin embargo, a juicio de este Consejo, la oferta comercial de TELEFÓNICA analizada en esta resolución consiste en un arrendamiento de un dispositivo incorporado en el empaquetamiento FUSIÓN, lo que difícilmente es compatible con el concepto de subvención pues, a diferencia de lo alegado por TELEFÓNICA, no existe una garantía de propiedad. Sin perjuicio de lo anterior, y a diferencia de lo alegado por TELEFÓNICA, tampoco suponen las condiciones ofrecidas en el arrendamiento de los smartphones una ventaja económica relevante para el cliente.
- (161) A continuación, se detallan los elementos que justifican tal valoración.

3.4.1.4.1.1. Propiedad del dispositivo

- (162) El Contrato de Arrendamiento **no supone en ningún momento la propiedad, ni siquiera implícita, del terminal por parte del cliente FUSIÓN**, como se ha puesto de manifiesto en el apartado 0 de los Hechos Acreditados. Basta recordar que la propia TELEFÓNICA obliga a sus clientes frente a terceros a manifestar que *“no es de su propiedad, sino que lo tiene arrendado a Movistar”* (Cláusula 6.5. Obligaciones del Cliente)³⁸.
- (163) De hecho, no existe un derecho del cliente a poder optar a la compra del smartphone arrendado, sino que es una facultad de TELEFÓNICA poder ofrecerle tal posibilidad de compra (por 1€) y solo tras haberse cumplido los 36 meses. La cláusula 10 del contrato FUSIÓN, en el que se enuncian las causas de Extinción del Contrato, establece que el cliente no puede optar en ningún momento antes de cumplirse el

³⁸ Folio 95.

periodo de 36 meses a la adquisición del terminal arrendado y que el arrendamiento es parte consustancial de la definición del nuevo servicio FUSIÓN.

- (164) Dicha posibilidad no está garantizada, dado que TELEFÓNICA podría exigir la devolución del terminal sin más, sin necesidad de ajustarse a condición, circunstancia o requisito alguno.
- (165) El cliente tampoco adquiere un dispositivo subvencionado pagado a plazos, sino un producto diferenciado que es el *renting* tecnológico. El smartphone que se paga mes a mes seguirá siendo de la empresa a la que se lo alquila.
- (166) De lo anterior se deriva que no existe propiamente una subvención del terminal, porque ello exigiría que el terminal fuera propiedad del cliente o que estuviese garantizado que lo pudiera adquirir, algo que no es así. El cliente contrata un servicio FUSIÓN y recibe un smartphone en alquiler como parte del servicio, como una prestación más del producto sobre el que implícitamente está abonando mensualmente una renta.

3.4.1.4.1.2. Condiciones económicas ventajosas

- (167) A juicio de este Consejo, **tampoco** el arrendamiento del smartphone se ofrece de manera general en **condiciones económicas ventajosas** para el cliente frente a la compra o financiación por sus propios medios en el mercado de terminales móviles.
- (168) En el marco del expediente de vigilancia TELEFÓNICA aporta una tabla en la que muestra las ventajas económicas que disfrutarían los clientes de FUSIÓN con arrendamiento, comparando los precios con los smartphones en el libre mercado a fecha 8 de junio de 2021.
- (169) Al objeto de contrastar los datos, la DC realizó en el marco de la elaboración del IPV de fecha 6 de julio de 2021 el análisis de los mismos terminales tomando precios reales de distintas páginas web de vendedores de terminales móviles³⁹ en la fecha de 22 de junio de 2021. Es preciso tener en cuenta que TELEFÓNICA no incluye para su cálculo el incremento de 3€/mes embebido en la cuota de FUSIÓN, así como que tampoco añade el coste de 1€ adicional a la compra final por el cliente en caso de que TELEFÓNICA autorice dicha compra.
- (170) Respecto de los 3€/mes, señalaba TELEFÓNICA en su escrito que dicho importe no es atribuible al arrendamiento del terminal dado que el cliente tendría que pagarlo aun en caso de no recoger el smartphone. Sin embargo, la renuncia a la efectividad del

³⁹ Las ofertas al contado se han obtenido el 22 junio 2021 de las webs de amazon.es, Worten.es y electroprecio.com.

arrendamiento de smartphone, en caso de que resultara posible, no conllevaría para el cliente que contrate cualquier paquete FUSIÓN una ventaja económica en el precio del paquete. Más bien al contrario, ya que estaría incluido en todo caso – y sin opción a renuncia a ello – en el precio del servicio FUSIÓN una prestación (el arrendamiento del smartphone) que no recibiría.

- (171) Adicionalmente, el Contrato de Arrendamiento del smartphone en su Cláusula 4 **señala literalmente que así es**⁴⁰: “*En caso de que el Cliente opte por un Smartphone cuyo nivel se indique que está incluido dentro del precio de la modalidad FUSIÓN que tiene contratado, el precio del Servicio se devengará por periodos mensuales y estará ya incluido en el precio del Servicio Movistar FUSIÓN del Cliente.*” (subrayado propio).
- (172) Añadiendo dicha cantidad a las cantidades facilitadas por TELEFÓNICA y recabadas por la DC para los productos FUSIÓN de bajo valor (BV) y medio valor (MV)⁴¹ se obtienen las cantidades que figuran en la siguiente tabla.

Tabla 3. Coste de los terminales para los clientes de Telefónica de bajo (BV) y medio valor (MV), euros, 2021

	Incremento Fusión+	Cuota BV/MV	Cuota AV	PVP contado web DC	PVP contado Telefónica	PVP web DC		PVP Telefónica	
						Subvención BV/MV	Subvención AV	Subvención BV/MV	Subvención AV
Xiaomi Redmi 9	3	0	0	129	129	20	20	20	20
Oppo A15	3	0	0	115	129	6	6	20	20
Samsung Galaxy A12	3	0	0	139	176	30	30	67	67
Xiaomi Redmi 5G	3	5	0	140	199	-149	31	-90	90
Xiaomi Redmi Note 10 5G	3	5	0	167	199	-122	58	-90	90
Samsung Galaxy A32 5G	3	5	0	207	279	-82	98	-10	170

Fuente: Datos aportados por Telefónica y recabados por la DC de precios en la web de vendedores de terminales (a 22 de junio 2021) Para los clientes con productos FUSIÓN de bajo valor (BV) y medio valor (MV), la ventaja económica sustancial (67 euros) que argumenta TELEFÓNICA se limita a un dispositivo (Samsung Galaxy A12). Aunque con los precios recabados por la DC la subvención sería mucho más reducida incluso en este caso (de 30 euros). Y en la mitad de los casos el cliente pagaría más por el arrendamiento que si lo comprase al contado (en rojo).

- (173) Para los de alto valor (AV), aunque en principio sí recibirían una subvención considerable para al menos 3 dispositivos, es importante tener en consideración que son probablemente los clientes de estos productos FUSIÓN (aquellos con cuotas de 150€/mes ó 175€/mes) los más propensos a elegir un terminal de alta gama, con lo que la valoración realizada de la subvención resultaría más teórica que real.

⁴⁰ Folio 93.

⁴¹ Terminología aplicada por la propia TELEFÓNICA dependiendo del tipo de paquete FUSIÓN contratado. BV (Bajo Valor): Fusión 0, Fusión Inicia. MV (Medio Valor): Fusión Selección Liga/Champions/Ficción, Fusión Selección Plus Fútbol/Ficción. AV (Alto Valor): Fusión Total, Fusión Total Plus, Fusión Total Plus 4

- (174) Para estos clientes de AV, la ventaja económica en los dispositivos de alta gama no es tampoco tal. Es más, al igual que para los AV y MV, el cliente en la mayoría de los casos estaría pagando un sobrepago (en rojo), mucho mayor si se tienen en cuenta ofertas alternativas en la web.

Tabla 4. Coste de los terminales para los clientes de Telefónica de alto valor (AV), euros, 2021

	Incremento Fusión+	Cuota AV	PVP contado web DC	PVP contado Telefónica	Subvención AV DC	Subvención AV Telefonica
Xiaomi Mi 10T Por	3	12	379	549	-162	8
Samsung Galaxy S20FE	3	12	421	599	-120	58
Samsung Galaxy S21 5G 128g	3	20	589	799	-240	-30
Iphone 12 Pro 128gb	3	30	975	1139	-214	-50

Fuente: Datos aportados por Telefónica y recabados por la DC de precios en la web de vendedores de terminales (a 22 de junio 2021)

- (175) Se concluye en consecuencia que **el coste que supone para los clientes de FUSIÓN el smartphone a través del contrato de arrendamiento**, incluso teniendo en cuenta un escenario conservador donde se toman los precios de salida de TELEFÓNICA de los smartphones sin buscar otras ofertas online (PVP Web), resulta en la mitad de los casos en un escaso ahorro respecto del precio al contado, en tanto que en el resto el cliente pagaría incluso de más (cantidades en rojo). En un escenario más realista, donde el cliente realiza una comparación con los precios de venta de vendedores especializados en móviles, en la mayoría de casos el cliente pagaría sustancialmente más si opta por la oferta de arrendamiento de TELEFÓNICA.
- (176) Al respecto, TELEFÓNICA ha venido señalando en sus alegaciones que en el caso de los terminales de alta gama (aquellos de más de 500€) el 70% de los equipos se financian y Telefónica en ningún momento traslada al cliente el coste de financiación, lo cual es otra clara ventaja económica para el cliente además de una facilidad de pago.
- (177) En este sentido, en sus alegaciones al acuerdo de incoación aporta una tabla para cuatro terminales de alta gama que comercializa en FUSIÓN y los compara con la financiación de estos terminales por un vendedor que aplica, según TELEFÓNICA, un tipo de interés nominal TIN del 17,95%. Sin embargo, se ha comprobado que en el caso del primero de los terminales analizados dicho vendedor financiaba la compra del terminal al 0% respecto del precio de compra al contado en la fecha de 22 de junio de 2021, lo mismo que ocurría para el más caro de los terminales, financiado también al 0% a 1 de julio de 2021.
- (178) Se ha comprobado también que el referido vendedor habría modificado el TIN (del 19,45%) y el número de cuotas (menor, de 20) para la financiación aplicada a algunos de sus terminales (a 1 de julio de 2021). En todo caso, las diferencias entre sus precios

al contado y los resultantes de la financiación al 17,95% o al 19,45% con cualquier número de cuotas son muy importantes y siempre resultan en menores valores finales (tras los 36 meses) a los tomados por TELEFÓNICA. Además, no necesariamente el referido vendedor puede considerarse como una mejor referencia con respecto a otros vendedores, ello al margen de que TELEFÓNICA realiza la suposición de que el cliente calculará la potencial subvención con respecto a esas altas tasas de financiación por cuotas mensuales, cuando en la mayoría de los casos el potencial cliente de FUSIÓN con smartphone podría ver como más razonable realizar la comparación respecto del precio al contado del smartphone que pueda conseguir en el mercado.

- (179) Por otro lado, en la información aportada por TELEFÓNICA el 29 de abril de 2021, en su Anexo II, se incluye el “Preciario” en el anexo al Contrato tipo de suministro de terminales. De acuerdo con los precios allí reportados y una vez aplicado el tipo de interés nominal (TIN) del 5,95% que se consideraría como costes financieros para determinar el importe de cada cuota mensual, las cuotas mensuales que TELEFÓNICA aplica a los distintos terminales resultan exactamente coincidentes con el coste para TELEFÓNICA de dichos terminales. Es decir, 3€/mes más el coste adicional extra en su caso (0€/mes para los terminales incluidos por defecto y 2€/mes, 5€/mes, 13€/mes, 24€/mes), con IVA incluido.
- (180) Asimismo, en el caso de que el cliente cumpliera las condiciones y la devolución del smartphone fuese aceptada, TELEFÓNICA contaría con un terminal usado en buen estado conforme a los estándares de la propia TELEFÓNICA, y adicionalmente le habría aplicado la correspondiente penalización al cliente (70%, 55% ó 40% del CTA). Sin embargo, en el contrato con Caixabank (en el subapartado 12.4.1, punto 4) se especifica que **[confidencial]**. Por lo tanto, TELEFÓNICA estaría transfiriendo el riesgo asumido ante Caixabank, en todo o en gran parte, al cliente que se diera de baja anticipadamente sin haber abonado las 36 cuotas mensuales, lo que difícilmente concuerda con una política de subvención.
- (181) Por lo tanto, TELEFÓNICA habría incorporado el coste financiero en los arrendamientos, equiparando el coste para la propia TELEFÓNICA con el coste de dicho arrendamiento. La política comercial analizada por lo tanto tampoco supone el habitual coste para el operador de telecomunicaciones que suelen conllevar las estrategias de subvención a cambio de permanencia.
- (182) Es decir, **TELEFÓNICA no habría justificado que, en general, el contrato de arrendamiento del terminal represente una ventaja económica significativa y generalizada para sus clientes ni que los ofrezca asumiendo un coste que suponga una subvención para los clientes.**

- (183) En sus alegaciones, TELEFÓNICA argumenta que el compromiso 1.1.2 no determina que la oferta subvencionada deba ser la más atractiva o barata del mercado, ya que el cliente no solo va a elegir Movistar por razones de precio sino por razones de calidad, y porque en definitiva está contratando el servicio paquetizado conformado por otros servicios de fibra o televisión, que también tienen un valor para el cliente, y que la CNMC obvia en su resolución.
- (184) Ciertamente el compromiso 1.1.2 no entra a valorar en ningún caso condiciones de precio o de configuración de los paquetes y servicios ofrecidos, que forman parte de la estrategia de diferenciación empresarial de TELEFÓNICA. Sí señala, sin embargo, que TELEFÓNICA no podrá entorpecer el movimiento de sus clientes de pago, que en este caso lo son a través del paquete convergente FUSIÓN. Y especifica que, si bien las permanencias en el servicio móvil entorpecen por objeto dicha movilidad, podrían permitirse si vienen acompañadas (entre otros requisitos), por una subvención de los dispositivos móviles.
- (185) Sobre este último punto, se ha puesto de manifiesto en los anteriores párrafos que incluso bajo el escenario más conservador para TELEFÓNICA, tomando los precios de salida de los smartphones de la propia operadora, sin buscar otras ofertas online, ha quedado acreditado que en la mayoría de los casos el cliente acabaría pagando de más. Por lo que tampoco es cierto que exista una ventaja económica clara incluso eligiendo a Movistar como proveedor del terminal móvil.
- (186) A modo de conclusión, a juicio de este Consejo, los hechos acreditados, conforme al análisis expuesto, permiten constatar que **la política comercial de TELEFÓNICA de arrendamiento de dispositivos incorporada a su oferta de FUSIÓN no implica una política general de subvención en la adquisición de los dispositivos para el cliente.**
- (187) Adicionalmente, y como se verá en el siguiente apartado, las consecuencias para el cliente de darse de baja de FUSIÓN manteniendo el servicio móvil, apoyan la anterior conclusión en la medida en que son del todo incompatibles con una política de subvención por parte de TELEFÓNICA.

3.4.1.4.2. Mantenimiento del arrendamiento y servicio móvil

- (188) El segundo elemento por analizar para evaluar la compatibilidad de la política de TELEFÓNICA para acogerse a la salvaguarda del párrafo cuarto del apartado 1.1.2 es que el cliente pueda darse de baja de FUSIÓN sin penalización y manteniendo el contrato por los servicios móviles.
- (189) En el apartado -4.1.3.1. de la presente resolución se ha realizado un análisis para valorar si los clientes del producto FUSIÓN tienen la **posibilidad de darse de baja**

del referido paquete conservando el servicio de comunicaciones móviles de TELEFÓNICA como prevé el compromiso 1.1.2 y si esta posibilidad es real y efectiva.

- (190) En primer lugar, se ha puesto de manifiesto que **esta opción no es ventajosa** para los clientes de FUSIÓN con arrendamiento de smartphone, ya que acogerse a lo señalado en el Anexo del Contrato de Arrendamiento y a la cláusula 6.2.3 del Contrato de FUSIÓN, y hacer frente a la nueva cuota SIN FUSIÓN y la aceptación de la tarifa móvil señalada en el Contrato, equivale a **asumir una penalización** por baja voluntaria del contrato FUSIÓN.
- (191) La diferencia a favor de TELEFÓNICA solo puede entenderse con el objetivo de recuperar la subvención por medio del servicio que mantenga el cliente contratado, lo que implica claramente que el supuesto beneficio que podría obtener el cliente por la retención del servicio móvil al mantener la subvención no es tal. **La subvención quedará absorbida por el precio del servicio móvil tras la baja, dejando sin efecto el beneficio por la supuesta subvención disfrutada**, lo cual, además, contradice la salvaguarda del compromiso 1.1, pues no se cumpliría en ningún caso.
- (192) Y si bien el cliente podría en teoría migrar a una tarifa más barata de las ofertadas en el Contrato FUSIÓN, dicha posibilidad, de existir (pues no se especifica en los contratos), **sería a costa para el cliente de perder prestaciones** (en cuanto a gigas o número de minutos), respecto de las que venía disfrutando en el marco del producto FUSIÓN, lo que no se ajusta a la salvaguarda del apartado 1.1.2 (al inferirse del mismo que se deben conservar las mismas prestaciones del servicio móvil). Pues no tendría sentido en dicho contexto que el cliente se le perjudicara por mantener la supuesta subvención: la no consideración de la permanencia reside en la conservación del mismo servicio móvil (como establece la cláusula 6.3.2 antes referida) y de la misma subvención del terminal.
- (193) Y, en segundo lugar, se deberá de **valorar si dichas condiciones son factibles** en el contexto de la **situación existente en el mercado**. Para ello se ha constatado (en el apartado -4.1.3.1. la realidad de la prevalencia de la venta empaquetada de servicios de televisión de pago con servicios de comunicaciones electrónicas. Por ello, un consumidor que deseara contratar los servicios de TV de pago con otro operador recibiría también esa oferta empaquetada con servicios móviles, unos servicios móviles que estaría manteniendo con TELEFÓNICA en esta opción, lo que constituye una limitación sustancial para el cliente.

3.4.2. Conclusión sobre la tipificación

- (194) En virtud de lo todo lo anterior, este Consejo considera que la oferta comercial empaquetada de servicios minoristas de comunicaciones electrónicas MOVISTAR

FUSIÓN con arrendamiento de un smartphone, vigentes desde el 11 de abril de 2021 hasta el 1 de agosto de 2021, vulnera el compromiso 1.1, y en particular el apartado 1.1.2, al considerarse una política de permanencia indirectamente asociada a la televisión de pago y al no resultar aplicable al presente caso la salvaguarda recogida en el párrafo 4 del apartado 1.1.2 por las razones anteriormente detalladas.

- (195) Todos los clientes que contrataron los productos MOVISTAR FUSIÓN desde su lanzamiento el 11 de abril de 2021, tanto clientes nuevos como clientes de TELEFÓNICA que migren desde otros productos, quedaron sujetos a las condiciones de permanencia y penalización por baja anticipada durante el periodo de 36 meses que impone el contrato. Por lo tanto, la oferta comercial FUSIÓN con smartphone, al menos hasta el 1 de agosto de 2021 inclusive, de acuerdo con el análisis incluido en la presente resolución, conlleva una limitación a la movilidad de los clientes que contraten este servicio y que restringiría su capacidad para contratar estos servicios con otros operadores competidores de TELEFÓNICA y que ofrezcan servicios similares.
- (196) El artículo 62.4.c) de la Ley 15/07 de Defensa de la Competencia (LDC) tipifica como infracción muy grave *“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.”* El resuelve TERCERO de la resolución de 22 de abril de 2015 establece que *“[e]l incumplimiento de lo previsto en la presente Resolución se considera infracción muy grave de acuerdo con el artículo 62 de la LDC”*. El resuelve SEGUNDO, también de la resolución de 22 de abril de 2015, prevé que los compromisos a cuyo cumplimiento se subordina la autorización de la concentración obligan a TELEFÓNICA.
- (197) Procede contestar en este punto a la alegación de TELEFÓNICA relativa a que la conducta que se le imputa no es antijurídica puesto que no existiría lesión del bien jurídico que es la competencia efectiva, señalando que no hay evidencias de los posibles efectos nocivos para el mercado.
- (198) Sin embargo, el objeto de este procedimiento sancionador es evaluar el cumplimiento por parte de TELEFÓNICA de los compromisos asumidos en el marco de la operación de concentración TELEFÓNICA/DTS y no evaluar su comportamiento bajo el prisma de otras infracciones de la LDC que requieren acreditar una restricción de la competencia, como pudiera ser el caso de una posible infracción de los artículos 1, 2 o 3 de la LDC. Por lo que no procede probar, como parece deducirse de las alegaciones, si la actuación de TELEFÓNICA restringe o no la competencia sino si existe un incumplimiento del artículo 62.4 de la LDC.
- (199) Por ello, **a la vista de los hechos acreditados, 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, al vulnerar el compromiso contenido en los apartados 1.1 y 1.1.2 de la misma, por lo que habría incurrido en una infracción muy grave conforme a lo previsto en el artículo 62.4.c) de la LDC.

3.4.3. Duración de la infracción

- (200) Las condiciones de MOVISTAR FUSIÓN en relación con la política de arrendamiento de smartphones objeto de esta resolución estuvieron vigentes desde el 11 de abril de 2021 hasta el 1 de agosto de 2021. A partir del 2 de agosto de 2021 se extiende la oferta a un mayor catálogo de dispositivos y a partir del 29 de agosto de 2021, según TELEFÓNICA, se modifica significativamente las condiciones de la política de arrendamiento para su adecuación a la Resolución del Consejo de la CNMC.
- (201) En consecuencia, se considera que la infracción por los hechos objeto de esta resolución **se inicia el 11 de abril de 2021 y finaliza el 1 de agosto de 2021**.

3.4.4. Responsabilidad y culpabilidad

- (202) El artículo 28.1 de la LRJSP establece que sólo podrán ser sancionadas por hechos constitutivos de infracción administrativa las personas físicas y jurídicas, que resulten responsables de los mismos a título de dolo o culpa.
- (203) De la infracción tipificada en el apartado de valoración jurídica, a resultas de lo recogido en los hechos probados, es responsable la mercantil TELEFONICA, conforme al artículo 62.4 de la LDC, que establece que *“son infracciones muy graves incumplir o contravenir lo establecido en una resolución, acuerdo o compromiso adoptado en aplicación de la presente Ley, tanto en materia de conductas restrictivas como de control de concentraciones”*, en relación al artículo 61.1 de la LDC, que indica que serán sujetos infractores las personas físicas que realicen las acciones tipificadas como infracciones en la LDC.
- (204) Respecto del elemento subjetivo de la infracción, la culpabilidad, las autoridades españolas de competencia han acogido⁴², naturalmente, que *“la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y Tribunal Supremo viene afirmando que los principios del*

⁴² Resolución de la CNMC de fecha 14 de marzo de 2017 Expediente SNC/ DC/0074/16 CONSENUR, Resolución de la CNMC de fecha 16 de octubre de 2015 Expediente SNC/DC/0037/15 GRIFOLS, Resolución de la CNC de fecha de 24 de octubre de 2012 Expediente SNC/0022/12 VERIFONE/ HYPERCOME; Resolución de la CNC de fecha de 10 de abril de 2012 SNC/DC/0017/11 ISOLUX ,Resolución de la CNC de fecha de 30 de enero de 2012 Expediente SNC/0015/11 GESTAMP/ ESSA BONMOR, Resolución de la CNC de fecha de 22 de julio de 2011 Expediente SNC/0009/11 DORF KETAL y Resolución de la CNC de fecha 29 de julio de 2010 Expediente SNC/0006/10 BERGÉ.

Derecho Penal son de aplicación, con matizaciones, al Derecho Administrativo Sancionador".

- (205) Asimismo, la CNMC ha asumido el sentado criterio jurisprudencial de que la conducta debe ser reprochable, al menos, a título de negligencia, lo que excluye que necesariamente deba concurrir como elemento subjetivo de lo injusto el dolo (en cualquiera de sus grados); sino que basta con que se presencie la falta de una debida y básica diligencia⁴³.
- (206) En este sentido, no cabe una responsabilidad objetiva por el mero hecho de una actuación ilícita, sino que es exigible el concurso de, al menos, un principio de culpa (vid., por todas, sentencia del Tribunal Constitucional 246/1991, de 19 de diciembre de 1991), aun a título de simple inobservancia (artículo 28.1 de la Ley 40/2015).
- (207) Una actuación mínimamente diligente de TELEFÓNICA en relación con los compromisos presentados por la propia TELEFÓNICA en el marco de la concentración C/0612/14, anexos a la resolución de la CNMC de 22 de abril de 2015, y cuyo cumplimiento corresponde a TELEFÓNICA, le habría permitido diseñar, en su caso, una política de arrendamiento de dispositivos móviles acorde con los mismos.
- (208) TELEFÓNICA es una empresa con un alto grado de sofisticación, que ha sido parte en diversos expedientes de la autoridad de competencia en los últimos años, tanto en procedimientos sancionadores como de control y vigilancia de concentraciones, que le hacen perfectamente conocedora de la normativa de competencia y de las consecuencias de su incumplimiento.
- (209) Debe tenerse en cuenta además que la DC realizó un requerimiento de información a TELEFÓNICA con anterioridad al lanzamiento de la nueva política comercial de FUSIÓN, el 6 de abril de 2021, señalando expresamente la posibilidad de que la misma fuera contraria al compromiso 1.1.2 relativo a no exigir la permanencia en los productos con televisión de pago.
- (210) Este consejo considera, con base en jurisprudencia de la Audiencia Nacional, que, en ausencia de la debida diligencia, como ha quedado acreditado, la responsabilidad de la infracción existe tanto en el caso de que exista una acción con intención demostrada de infringir una norma como cuando, por omisión, no se observa el grado de diligencia necesario. Así lo ha señalado la Audiencia Nacional al establecer que *"[t]anto en el ámbito del Derecho Penal como del Derecho Administrativo Sancionador es posible la exigencia de responsabilidad tanto por acciones como por omisiones, por la actividad o inactividad del sujeto, en este último caso, cuando el ordenamiento jurídico*

⁴³ Así, en las resoluciones de 14 de marzo de 2017 del expediente SNC/0074/16 CONSENUR y de 16 de octubre de 2015, del expediente SNC/DC/0037/15 GRIFOLS, recordando la doctrina del Tribunal Supremo contenida en su Sentencia de 20 de diciembre de 1996.

le impone una actuación positiva [...]” (Sentencia de la Audiencia Nacional de 16 de febrero de 2006, recurso 564/2003).

3.5. Respuesta a las alegaciones no abordadas previamente

3.5.1. Sobre la inexistencia de un mandato en la resolución de 22 de julio de 2021 que obligue a incoar un procedimiento sancionador

- (211) TELEFÓNICA alega que la resolución de 22 de julio de 2021 del Consejo de la CNMC no incluye un mandato por parte de la CNMC de incoar un sancionador por la conducta analizada, sino que únicamente obliga a la operadora a realizar una serie de ajustes a su política comercial para adecuarla a los compromisos de la operación TELEFÓNICA/DTS.
- (212) A este respecto, conviene recordar el tenor literal de la resolución mencionada, en la que el Consejo expresamente resolvió:
- “PRIMERO. Declarar que la oferta comercial lanzada por Telefónica el 11 de abril de 2021 de productos Fusión con smartphone que incorpora servicios de televisión de pago contiene determinadas previsiones contrarias a lo señalado en los apartados 1.1 y 1.1.2 de los compromisos a que fue condicionada la autorización de la operación de concentración C/612/14 Telefónica-DTS en los términos que han quedado expuestos en la presente resolución.” (énfasis añadido).*
- (213) No hay duda de que la resolución del Consejo contiene una declaración de incumplimiento de los compromisos adoptados en el marco de la concentración TELEFÓNICA/DTS, y que la consecuencia natural de la misma sea la incoación de un procedimiento sancionador.
- (214) Esta forma de proceder, independientemente de si contiene un mandato expreso o no de incoación u otras obligaciones, ha sido avalada por el Tribunal Supremo, en la sentencia de 22 de mayo de 2019 (recurso 663/2019), cuando afirmó que: *“es perfectamente admisible que constatada una situación de incumplimiento (parcial o completo y en el momento en que se realiza la vigilancia) que pudiera ser constitutivo de la referida infracción, se acuerde como consecuencia del procedimiento de vigilancia, como ha sucedido en el caso de autos, la incoación de un procedimiento sancionador.”*
- (215) De forma más detallada, el TS expone en la misma sentencia lo siguiente:
- “- El procedimiento de vigilancia tiene por objeto constatar el grado de cumplimiento (o incumplimiento) de una obligación impuesta al sujeto objeto del mismo, por lo que su conclusión natural es una declaración de cumplimiento (o incumplimiento). Como las consecuencias del procedimiento pueden ser desfavorables, el procedimiento tiene carácter contradictorio, dándosele al sujeto trámite de audiencia (art. 42.3 y 4 del Reglamento).*

- *En caso de constatar un incumplimiento, el órgano regulador puede imponer multas coercitivas (art. 42.5 del Reglamento), lo que tiene la finalidad de incentivar al cumplimiento de la obligación. Esta posibilidad es una muestra evidente de la naturaleza provisional de la constatación de incumplimiento, que puede dar lugar a dicha medida, que tiene por objeto lograr el cumplimiento pleno de la obligación. Las multas coercitivas, reguladas en el artículo 21 del Reglamento, no tienen carácter sancionador, aunque sin duda son desfavorables, lo que explica, como se ha dicho, que el procedimiento sea contradictorio y requieren una apreciación de un incumplimiento, parcial o completo, en ese momento.*

- ***Tanto si se acuerda la imposición de multas coercitivas como si no se hace así, a resultas del estado de cumplimiento constatado se puede instar la incoación de un procedimiento sancionador, el cual sí que tiene por objeto precisamente valorar si el incumplimiento detectado constituye una infracción ex artículo 62.4.c) de la Ley de Defensa de la Competencia.***

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

- (216) De lo anterior se deriva que en la resolución de 22 de julio de 2021 el Consejo no solamente declaró el incumplimiento de los compromisos previamente adoptados, sino que, además, determinó que la vía más eficaz para el cumplimiento de la obligación de TELEFÓNICA recogida en el compromiso 1.1 de la Resolución de 22 abril de 2015 era la modificación de su política comercial referida a los productos FUSIÓN con *smartphone*. Pero esta última proclamación no puede menoscabar, como defiende TELEFÓNICA, la vigencia ni los efectos de la principal declaración de incumplimiento realizada por el Consejo de la CNMC.
- (217) Como consecuencia del procedimiento de vigilancia, y ante la existencia de indicios de incumplimiento, de conformidad con la doctrina jurisprudencial mencionada, se ha acordado la incoación de un procedimiento sancionador en el que se determinará, en su caso, la infracción, la responsabilidad y la eventual sanción de acuerdo con el procedimiento legal establecido.
- (218) En consecuencia, el hecho de que el Consejo no haya instado expresamente a la Dirección de Competencia a incoar un procedimiento sancionador no merma la relevancia de la declaración contenida en la resolución de 22 de julio de 2021.
- (219) De acuerdo con lo anterior, se debe concluir que el acuerdo de incoación de 29 de noviembre de 2022 es el corolario de lo constatado en el curso del procedimiento de vigilancia, de acuerdo con lo dispuesto en la Ley 39/2015 y la doctrina jurisprudencial emanada del Tribunal Supremo.

3.5.2. Sobre la suspensión del procedimiento hasta la resolución del recurso interpuesto contra la resolución de 22 de julio de 2021

- (220) TELEFÓNICA alega que, dado que la resolución de 22 de julio de 2022 se encuentra recurrida ante la Audiencia Nacional y pendiente de resolver en el procedimiento PO 2220-2021, debería suspenderse el plazo para resolver el presente procedimiento sancionador en la medida en que, según TELEFÓNICA, la obtención del pronunciamiento de la Audiencia Nacional es indispensable para la resolución del Consejo de la CNMC, en aplicación del artículo 22.1.g) de la Ley 39/2015
- (221) Partiendo del artículo 22.1.g) de la Ley 39/2015 en el que TELEFÓNICA fundamenta su alegación, debe señalarse que se refiere a una causa de suspensión de naturaleza facultativa, por lo que corresponde a la CNMC considerar si el pronunciamiento judicial resulta o no indispensable para la resolución del procedimiento sancionador.
- (222) De igual modo, la suspensión de los plazos de resolución prevista por el artículo 37.1d) de la LDC constituye una facultad potestativa de la CNMC, tal y como se deriva de la propia literalidad de esta disposición que prevé que *“el transcurso de los plazos máximos previstos legalmente para resolver un procedimiento se podrá suspender, mediante resolución motivada, en los siguientes casos: [...] d) Cuando se interponga el recurso administrativo previsto en el artículo 47 o se interponga recurso contencioso-administrativo”* (énfasis añadido).
- (223) Precisa, asimismo, el apartado 3 del artículo 37 de la LDC, que la suspensión de los plazos máximos regulada por dicha disposición no suspenderá necesariamente la tramitación del procedimiento.
- (224) Debe tenerse en cuenta que la tutela cautelar a la que alude TELEFÓNICA se justifica, por un lado, en el derecho de cualquier recurrente a que se adopten las medidas necesarias para garantizar la plena efectividad de la resolución que pueda dictarse en el procedimiento y, por otro lado, por la necesidad de que las medidas cautelares en cuestión puedan ser efectivas, sin que medie cualquier actuación de la Administración previa a ese pronunciamiento cautelar, pueda frustrarse la efectividad de la decisión que, en sede cautelar, se adopte por el órgano judicial.
- (225) Las dos dimensiones de la tutela cautelar derivan de la propia naturaleza del derecho a la tutela judicial efectiva, tal y como fue destacada por la sentencia del Tribunal Constitucional 78/1996, de 20 de mayo, donde se dijo que:

“La ejecución inmediata de un acto administrativo es, pues, relevante desde la perspectiva del art. 24.1 de la CE ya que si tiene lugar imposibilitando el acceso a la tutela judicial puede suponer la desaparición o pérdida irremediable de los intereses cuya protección se pretende o incluso prejuzgar irreparablemente la decisión final del proceso causando una real indefensión. En consecuencia, el derecho a la tutela se extiende a la pretensión de suspensión de la ejecución de los actos administrativos

que, si formulada en el procedimiento administrativo, debe permitir la impugnación jurisdiccional de su denegación y si se ejercitó en el proceso debe dar lugar en el mismo a la correspondiente revisión específica. «El derecho a la tutela se satisface, pues, facilitando que la ejecutividad pueda ser sometida a la decisión de un Tribunal y que éste, con la información y contradicción que resulte menester, resuelva sobre la suspensión» (STC 66/1984). Si, pues, hemos declarado que la tutela se satisface así, es lógico entender que mientras se toma aquella decisión no pueda impedirse ejecutando el acto, con lo cual la Administración se habría convertido en Juez» (FJ 3.º).

- (226) La regla general, por tanto, es la de la ejecutividad de los actos administrativos que deriva, según la jurisprudencia citada, del principio de eficacia de la actuación administrativa –artículo 103.1 de la Constitución-, y del de presunción de validez de los actos de la Administración –artículo 57 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre-.
- (227) La posibilidad de la suspensión como excepción a esos principios se apoya en la consideración de la justicia cautelar como una exigencia del derecho a la tutela judicial efectiva cuando aquella ejecutividad inmediata pueda hacer perder su finalidad legítima al recurso, o cuando con ella se generen perjuicios de imposible o muy difícil reparación.
- (228) Por tanto, a mayor abundamiento, la valoración sobre la conveniencia de suspender el procedimiento sancionador alegada por TELEFÓNICA podría merecer un análisis distinto en caso de que su solicitud de medidas cautelares en sede judicial se encontrara pendiente de resolución. Sin embargo, en la medida en que la suspensión cautelar que solicitó TELEFÓNICA ha sido denegada por la Audiencia Nacional, no hay duda de que la continuación del procedimiento por la CNMC no provocará ninguno de los efectos perniciosos que el Tribunal Constitucional considera necesarios para no seguir la regla general de la ejecutividad de los actos administrativos en un caso concreto.
- (229) En consecuencia, no hay precepto alguno, invocado o no por TELEFÓNICA, que imponga a la CNMC obligación alguna de suspender el plazo de resolución del expediente ni mucho menos de suspender su tramitación, como tampoco se dan los requisitos jurisprudenciales necesarios para considerar la referida excepción a la ejecutividad de los actos administrativos.

3.5.3. Sobre la caducidad de los compromisos

- (230) TELEFÓNICA solicita el archivo de este procedimiento al considerar que la resolución de 22 de julio de 2021 se dictó sobre la base de unos compromisos que ya no estaban vigentes. Según TELEFÓNICA, el acuerdo de concentración tenía un plazo con vencimiento establecido, y el 30 de abril de 2020 transcurrieron los 5 años desde que comenzó a producir efectos la resolución de autorización de la concentración. Por lo

tanto, cuando se acordó la prórroga de los compromisos por la resolución de 9 de julio de 2020, ya había transcurrido el plazo de vigencia previsto en el acuerdo de concentración.

- (231) Esta controversia ya ha sido resuelta por la Audiencia Nacional en su sentencia de 8 de febrero de 2023 (recurso 944/2020). En ella la Audiencia Nacional desestima el recurso de TELEFÓNICA y declara conforme a derecho la resolución de 9 de julio de 2020 sobre la prórroga de los compromisos a los que se subordinó la autorización de la operación del Pleno Consejo de la CNMC de 22 de abril de 2015, recaída en el expediente C/0612/14, TELEFÓNICA/DTS.
- (232) Se desestima, por tanto, la alegación de TELEFÓNICA.

4. DETERMINACIÓN DE LA SANCIÓN

4.1. Criterios para la determinación de la sanción

- (233) Acreditada la existencia de una infracción de la LDC por incumplimiento del 62.4.c) 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 por lo que la sanción a imponer será una multa de hasta el 10% del volumen de negocios total de la empresa infractora en el ejercicio inmediatamente anterior al de la imposición de la multa.
- (234) La facturación de TELEFÓNICA en el año 2022 ascendió a 12.497 millones de euros.
- (235) Los criterios por medio de los cuales se determinan las sanciones en nuestro ordenamiento deben respetar las exigencias del artículo 64 de la LDC en su interpretación ofrecida por el TS español (véase el artículo 5 del Reglamento 1/03 cuando establece la imposición de multas sancionadoras previstas en el Derecho nacional).
- (236) 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.
- (237) En cuanto a las características del mercado afectado (art. 64.1.a), el incumplimiento afecta directamente a los mercados de televisión de pago y de servicios minoristas de comunicaciones electrónicas en paquetes 5P (telefónica fija y móvil, banda ancha y móvil, TV de pago). Durante los meses en que tuvo lugar el incumplimiento, TELEFÓNICA tuvo una cifra acumulada de abonados a FUSIÓN de 232.929.
- (238) En el año 2021, la empresa infractora tuvo unos ingresos de 1.400 millones de euros por la televisión de pago, lo que supone una cuota de mercado de en torno al 45%-

55%. En cuanto a líneas 5P, con 3,4 millones dispondría de una cuota de 62,5%. Por otro lado, el ingreso medio mensual por abonado y paquete es de 63,7 euros sin IVA. (en relación con la aplicación de los criterios considerados en el artículo 64.1.b de la LDC).

- (239) Los efectos de la práctica de TELEFÓNICA aquí analizada pueden verse al calcular el *churn rate* (tasa de cancelación o tasa de abandono) para el mes de agosto. Si se diferencia entre clientes con y sin smartphone arrendado, la tasa es casi el doble para aquellos que no tienen condiciones de permanencia, 1,63%, frente a los que sí las tienen por haber recogido el terminal, 0,84%.
- (240) Finalmente, se considera que, a pesar de que la duración de la conducta es desde el 11 de abril de 2021 hasta el 1 de agosto de 2021 (art. 64.1.b), los efectos de la conducta se extienden 36 meses desde que cada abonado contrata el arrendamiento del terminal móvil, que es el período de permanencia asociado con dicho contrato (art. 64.1.e).
- (241) 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, se considera que concurre una circunstancia agravante del artículo 64.2.a de la LDC, por la comisión repetida de infracciones tipificadas en esta ley, puesto que TELEFÓNICA fue sancionada en la resolución del 10 de octubre de 2019 del expediente SNC/DC/102/19 TELEFÓNICA/CMG por el incumplimiento de otro de los compromisos derivados de la concentración C/0612/14 TELEFÓNICA/DTS.

4.2. Sanción impuesta a TELEFÓNICA

- (242) En vista de todo lo anterior y atendiendo a la naturaleza de la infracción, se considera suficientemente disuasorio y proporcionado imponer una sanción de 6.000.000 euros que equivaldría aproximadamente a un 0,05% del volumen de negocios de TELEFÓNICA en 2022.

4.3. Alegaciones a la propuesta de sanción

- (243) TELEFÓNICA alega que la DC no motiva las específicas razones por las que propone una sanción de 6 millones de euros, tan sólo indica que dicha sanción equivaldría a un 0,05% del volumen de negocios de TELEFÓNICA sin detallar su cálculo. Considera que la falta de motivación produce indefensión a TELEFÓNICA, puesto que no puede contrastar los elementos valorados por la DC.
- (244) Al respecto cabe subrayar que los párrafos 225 a 233 de la PR explican cuál es la valoración de los criterios del artículo 64 de la LDC que llevan a la DC a proponer una

sanción de 6 millones de euros. Así, la propuesta dice que se tiene en cuenta cuál es el mercado afectado y sus características, la duración de la conducta, el número de abonados y los ingresos en los mercados afectados, la cuota de mercado, y la dimensión y extensión en el tiempo de los efectos de la conducta. Además, se analiza la concurrencia o no de las circunstancias agravantes, concluyendo la DC que es de aplicación una agravante del artículo 64.2.a de la LDC.

- (245) Por tanto, TELEFÓNICA ha podido conocer todos los elementos y datos que han sido tenidos en cuenta por la DC, pudiendo contrastarlos y alegar lo que considere oportuno sin que se produzca indefensión.
- (246) Cuestión distinta es que TELEFÓNICA pretenda que la DC incluya todos los cálculos que llevan a determinar la cifra concreta de la sanción y el peso que otorga a cada uno de los criterios de valoración. La jurisprudencia ha indicado a este respecto que esta falta de detalle sobre la cuantificación no supone, en absoluto, falta de motivación. Véase en este sentido la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 22 de octubre de 2015 (Caso AC-Treuhand/Comisión), que dice lo siguiente:

“A la hora de fijar el importe de la multa en caso de infracción de las normas en materia de competencia, la Comisión cumple su obligación de motivación cuando indica en su decisión los elementos de apreciación que le han permitido determinar la gravedad de la infracción, así como su duración, sin que esté obligada a indicar los datos numéricos relativos al método de cálculo de la multa”.

- (247) Por otro lado, TELEFÓNICA considera que los datos de ingresos que se deben tener en cuenta a la hora de calcular el importe de la sanción son los del año inmediatamente anterior a la imposición de esta y, en todo caso, correspondientes al mercado afectado –televisión de pago y servicios minoristas de comunicaciones electrónicas en paquetes 5 P–.
- (248) Debe recordarse que tanto la LDC como la jurisprudencia son claras respecto a la cifra de negocios que debe ser tenida en cuenta. El artículo 63.1 especifica que las sanciones se fijarán como un porcentaje –con el límite máximo que corresponda según la gravedad– sobre el *“volumen de negocios total de la empresa infractora en el ejercicio inmediatamente anterior al de imposición de la multa”*.
- (249) Además, el Tribunal Supremo aclaró en su sentencia de 29 de enero de 2015 (recurso 2872/2013) que *“la expresión “volumen de negocios” no es en sí misma conceptualmente diferente de la expresión “volumen de negocios total”, como se ha destacado con acierto. Sin embargo, cuando el legislador de 2007 ha añadido de modo expreso el adjetivo “total” al sustantivo “volumen” que ya figuraba, sin adjetivos, en el precepto análogo de la Ley anterior (así ha sucedido con el artículo 63.1 de la Ley 15/2007 frente a la redacción del artículo 10.1 de la Ley 16/1989), lo que ha querido subrayar es que la cifra de negocios que emplea como base del porcentaje no queda limitada a una parte sino al “todo” de aquel volumen. En otras palabras, con*

la noción de "volumen total" se ha optado por unificar el concepto de modo que no quepa distinguir entre ingresos brutos agregados o desagregados por ramas de actividad de la empresa autora de la infracción".

- (250) Lo anterior no significa que la facturación de la empresa en el mercado afectado por la infracción no deba tenerse en cuenta. Al contrario, debe utilizarse para asegurar la proporcionalidad de las sanciones, especialmente en aquellos casos en los que el mercado afectado representa una proporción pequeña de la actividad total de la empresa. Por ello precisamente la PR explica que la DC ha tenido en cuenta la cifra de abonados a Fusión, los ingresos por la televisión de pago y por líneas 5P así como el ingreso mensual por abonado y paquete en su proceso de determinación de la sanción.
- (251) Por último, TELEFÓNICA alega que la sanción que propone imponer la DC es de carácter desproporcionado tratándose de una infracción de menos de cuatro meses, que no aseguraría la correlación y equilibrio entre la culpabilidad del infractor y la sanción impuesta. Señala que la sanción es contraria al principio de proporcionalidad por no haberse tenido en cuenta para su determinación la ausencia de efectos significativos en el mercado y por haber considerado la DC que concurre una circunstancia agravante del artículo 64.2.a) por la comisión repetida de infracciones. Además, según Telefónica concurriría una circunstancia atenuante del artículo 64.3 de la LDC, por la realización de actuaciones que pongan fin a la infracción.
- (252) Como se ha explicado en los párrafos anteriores, la DC tuvo en cuenta para su propuesta de sanción todos los elementos relevantes, incluyendo la duración de la conducta y la extensión e intensidad de sus efectos, entre otros muchos criterios. Así lo explica la PR, concluyendo que según su valoración correspondería imponer una sanción de 6 millones de euros, que representa aproximadamente un 0,05% del volumen de Telefónica sobre un máximo posible del 10%. La propuesta de sanción, situada en el tramo bajo del arco sancionador –próximo al 0%– no podría ser más reducida y a la vez resultar disuasoria.
- (253) Con respecto a la concurrencia de la circunstancia agravante por la comisión repetida de infracciones tipificadas en la LDC, conviene señalar que TELEFÓNICA ha sido sancionada por la resolución de la CNMC de 10 de octubre de 2019 en el expediente SNC/DC/102/19 TELEFÓNICA/CMG, cuya infracción, como la presente resolución, es el incumplimiento de los compromisos derivados de la concentración C/0612/14 TELEFÓNICA/DTS.
- (254) Por otro lado, no puede admitirse la alegación de TELEFÓNICA sobre la conveniencia de aplicar circunstancias atenuantes en el cálculo de la sanción que le corresponda puesto que no se han apreciado actuaciones de TELEFÓNICA tendentes a poner fin a la infracción.

- (255) Frente a lo alegado por TELEFÓNICA, la presentación el 27 de agosto de 2021 ante la CNMC de una serie de aclaraciones de las condiciones contractuales no puede considerarse una actuación para poner fin a la conducta. De hecho, tales aclaraciones traen causa de la resolución del Consejo de la CNMC, de 22 de julio de 2021, en la que se declara que la oferta comercial lanzada por TELEFÓNICA el 11 de abril de 2021 de productos Fusión con smartphone contiene determinadas previsiones contrarias a lo señalado en los apartados 1.1 y 1.1.2 de los compromisos, quedando obligada TELEFÓNICA a **“introducir los ajustes necesarios o aclarar los términos de las condiciones comerciales de tales productos para adecuarlos a los compromisos”**.
- (256) De ello se deriva, en primer lugar, que TELEFÓNICA no actuó a iniciativa propia cuando envió tales aclaraciones, sino que lo hizo a raíz del mandato de la CNMC contenido en la resolución de 22 de julio de 2021, y, en segundo lugar, que las aclaraciones no constituyen por sí mismas una prueba de la voluntad de TELEFÓNICA de poner fin a conducta que reprocha la CNMC, sino que tales aclaraciones se deberían haber dirigido a adecuar los términos de los productos Fusión con smartphone a los compromisos a los que se condicionó la autorización, como indica el Consejo de la CNMC.

5. 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 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.U.

Tercero. Imponer a TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.UNIPERSONAL una sanción por importe de **6.000.000 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.