

RESOLUCIÓN DE EJECUCIÓN DE SENTENCIA

EXPEDIENTE ACUERDOS TELEFÓNICA/YOIGO

(VS/0490/13)

CONSEJO. SALA DE COMPETENCIA

Presidenta

D^a. Cani Fernández Vicién

Consejeros

D. Carlos Aguilar Paredes

D. Josep Maria Salas Prat

D^a María Jesús Martín Martínez

D. Bernardo Lorenzo Almendros

Secretario del Consejo

D. Miguel Bordiu García-Ovies

En Madrid, a 15 de marzo de 2023

La Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, con la composición expresada, ha dictado la siguiente resolución en el Expediente VS/0490/13 ACUERDOS TELEFÓNICA/YOIGO cuyo objeto es la ejecución de la sentencia de la Audiencia Nacional de 1 de junio de 2021 por la que se estima parcialmente el recurso interpuesto por XFERA MÓVILES S.A. (XFERA) contra la resolución de la Sala de Competencia de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia de 16 de julio de 2015 (Expediente S/0490/13 ACUERDOS TELEFÓNICA/YOIGO).

1. ANTECEDENTES

- (1) Por resolución de 16 de julio de 2015, el Consejo de la CNMC acordó en el expediente de referencia lo siguiente:

“PRIMERO. - Declarar que en el presente expediente se ha acreditado una infracción única y continuada del artículo 1 de la Ley 1 512007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia y del artículo 1 del TFUE, consistente en la suscripción de acuerdos o cláusulas de acuerdos por parte de XFERA MÓVILES, S.A.U., TELEFÓNICA MÓVILES DE ESPAÑA, S.A.U. y TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U. en los mercados de comunicaciones electrónicas, que tienen por objeto y efecto restringir la competencia efectiva en los mismos.

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

- a. La cláusula 5.1 del acuerdo de 29 de abril de 2008 que otorga a TELEFÓNICA MÓVILES DE ESPAÑA, S.A.U. un derecho de veto absoluto sobre la reventa por parte de XFERA MÓVILES, S.A.U. de la capacidad mayorista adquirida, en la medida que restringe sin justificación objetiva suficiente la competencia en el mercado mayorista de acceso y originación de comunicaciones móviles en España, al excluir del mismo a XFERA MÓVILES, S.A.U.
- b. La cláusula 5 del acuerdo de 31 de julio de 2013 que permite a TELEFÓNICA MÓVILES DE ESPAÑA, S.A.U. acortar la duración de la itinerancia nacional de XFERA MÓVILES, S.A.U. sobre la red móvil de TELEFÓNICA MÓVILES DE ESPAÑA, S.A.U. al 31 de diciembre de 2014, en el caso de que desde un punto de vista regulatorio o de competencia se pongan objeciones al acuerdo de itinerancia nacional de TELEFÓNICA MÓVILES DE ESPAÑA, S.A.U. sobre la red 4G de XFERA MÓVILES, S.A.U., en la medida que permite a TELEFÓNICA MÓVILES DE ESPAÑA, S.A.U. sin justificación objetiva suficiente eliminar los efectos procompetitivos que derivan de este bloque de acuerdos, generando la exclusión de XFERA MÓVILES, S.A.U. del mercado minorista de comunicaciones móviles en España.
- c. La ejecución de la cláusula primera del acuerdo de 29 de abril de 2008, según consta en el acuerdo de 31 de julio de 2013, que extiende el objeto del acuerdo a la tecnología LTE y que permite a XFERA MÓVILES, S.A.U. la itinerancia nacional sobre la red 4G de TELEFÓNICA MÓVILES DE ESPAÑA, S.A.U. en ámbitos urbanos donde XFERA MÓVILES, S.A.U. disponga o sea razonable desde un

punto de vista económico que disponga de red 4G propia, puesto que esto restringiría sin justificación objetiva suficiente la competencia entre TELEFÓNICA MÓVILES DE ESPAÑA, S.A.U. Y XFERA MÓVILES, S.A.U. en el mercado minorista de comunicaciones móviles en España.

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

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

- a. *La cláusula tercera, en la medida que permite cada 6 meses a TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U. dejar sin efecto el acuerdo de agencia, lo que puede ser utilizado por TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U. como instrumento de retorsión para disciplinar el comportamiento competitivo de XFERA MÓVILES, S.A.U. en los mercados afectados en España.*
- b. *La limitación contenida en el manual operativo acordado por TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U. y XFERA MÓVILES, S.A.U. el 12 de agosto de 2013 ("Oferta base: operativa de atención y tramitación") a la capacidad de XFERA MÓVILES, S.A.U. de captar a los clientes de banda ancha fija preexistentes de TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U. en el marco de este acuerdo de agencia, lo que constituye una restricción desproporcionada a la competencia que puede plantear XFERA MÓVILES, S.A.U. con sus ofertas convergentes de servicios fijos-móviles, lo que contribuye a limitar la competencia entre XFERA MÓVILES, S.A.U. y TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U. en el mercado minorista de comunicaciones móviles.*
- c. *La configuración y comercialización de los productos de comunicaciones fijas de TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U. incluidos por este operador en el acuerdo de agencia, en la medida que la limitación en la comercialización autónoma de estos productos de comunicaciones fijas por parte de TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U., al comercializar este operador de forma más activa productos de contenido equivalente más caros para el consumidor final, permite a TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U. utilizar su autonomía en la fijación de los precios de estos productos de comunicaciones fijas incluidos en el acuerdo de agencia como instrumento de retorsión para disciplinar el comportamiento competitivo de XFERA MÓVILES, S.A.U. en los mercados afectados en España.*

QUINTO. - De acuerdo con la responsabilidad atribuida en el Fundamento de Derecho Séptimo, declarar responsables de la citada infracción a las siguientes empresas:

- XFERA MOVILES, S.A.U
- TELEFÓNICA MÓVILES DE ESPAÑA, S.A.U. y TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U., solidariamente.

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

- A XFERA MOVILES, S.A.U una multa de 300.000 euros
- A TELEFÓNICA MÓVILES DE ESPAÑA, S.A.U. y TELEFONICA DE ESPAÑA, S.A.U., solidariamente, una multa de 6.000.000 euros (...).”

- (2) Contra la citada resolución XFERA interpuso recurso contencioso-administrativo, que fue estimado parcialmente mediante sentencia dictada por la Audiencia Nacional el 1 de junio de 2021 (Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección 6ª). El 21 de febrero de 2022 se ha recibido Testimonio de firmeza de dicha sentencia.
- (3) En cuanto al pago de la multa, XFERA solicitó la suspensión del pago de la multa, que le fue concedida condicionada a la aportación de aval. Con fecha 17 de marzo de 2022, se ha solicitado a la Audiencia Nacional el levantamiento del aval presentado por XFERA.
- (4) La Sala de Competencia aprobó esta resolución en su sesión del día 15 de marzo de 2023.

2. FUNDAMENTOS DE DERECHO

2.1. Competencia para resolver

- (5) De acuerdo con el artículo 5.1.c) de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, a la CNMC compete “aplicar lo dispuesto en la Ley 15/2007, de 3 de julio, en materia de conductas que supongan impedir, restringir y falsear la competencia”. El artículo 20.2 de la misma ley atribuye al Consejo la función de “resolver los procedimientos sancionadores previstos en la Ley 15/2007, de 3 de julio” y según el artículo 14.1.a) del Estatuto orgánico de la CNMC aprobado por Real Decreto 657/2013, de 30 de agosto, “la Sala de Competencia conocerá de los asuntos relacionados con la aplicación de la Ley 15/2007, de 3 de julio”.
- (6) En consecuencia, la competencia para resolver este procedimiento corresponde a la Sala de Competencia del Consejo de la CNMC.

2.2. Sobre la ejecución de la sentencia de la Audiencia Nacional

- (7) Según establece el artículo 104 de la Ley 29/1998, de 13 de Julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, la Administración que hubiera realizado la actividad objeto del recurso deberá llevar a puro y debido efecto las sentencias firmes, practicando lo que exige el cumplimiento de las declaraciones contenidas en el fallo.
- (8) Tal y como se ha recogido en los antecedentes, la resolución del Consejo de la CNMC de 16 de julio de 2015 declaró responsables a XFERA, TELEFÓNICA MÓVILES DE ESPAÑA, S.A.U. y TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U., de una infracción única y continuada, prohibida en el artículo 1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC) y en el artículo 101 del TFUE consistente en la suscripción de acuerdos o cláusulas de acuerdos con el objeto de restringir la competencia efectiva en distintos mercados de comunicaciones electrónicas, todos ellos en España: el mercado mayorista de acceso y originación de servicios móviles, el mercado minorista de comunicaciones móviles y el mercado de servicios fijos a clientes finales empaquetados con servicios móviles.
- (9) Contra la mencionada resolución, XFERA interpuso recurso contencioso-administrativo, que fue estimado parcialmente por la Sentencia de la Audiencia Nacional de 1 de junio de 2021 (PO 702/2015).
- (10) La Audiencia Nacional señala que el recurso interpuesto por XFERA se ha planteado en similares términos al formulado por TELEFÓNICA MÓVILES DE ESPAÑA, S.A.U. y TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U. por lo que se remiten a la sentencia dictada el 5 de mayo de 2021.
- (11) En su FD Séptimo concluye que *“De los anteriores razonamientos, y especialmente de la remisión que hemos hecho a la sentencia 5 de mayo de 2021, recurso 684/2015, se desprende que el presente recuso debe ser parcialmente estimado, con anulación en parte de la resolución impugnada, en la medida que deben reputarse contrarias a los artículo 1 de la LDC y 101 del TFUE las cláusulas a las que se refiere la parte dispositiva del acuerdo, **a excepción de las identificadas en los apartados b) y c) de punto segundo**”*. (énfasis añadido)
- (12) Es decir, la Audiencia Nacional anula únicamente los apartados b) y c) del punto segundo del resuelve de la resolución de 16 de junio de 2015.

“b) La cláusula 5 del acuerdo de 31 de julio de 2013 que permite a TELEFÓNICA MÓVILES DE ESPAÑA, S.A.U. acortar la duración de la itinerancia nacional de XFERA MÓVILES, S.A.U. sobre la red móvil de TELEFÓNICA MÓVILES DE ESPAÑA, S.A.U. al 31 de diciembre de 2014, en el caso de que desde un punto de vista regulatorio o de competencia se pongan objeciones al acuerdo de itinerancia nacional de TELEFÓNICA MÓVILES DE ESPAÑA, S.A.U. sobre la red 4G de

XFERA MÓVILES, S.A.U., en la medida que permite a TELEFÓNICA MÓVILES DE ESPAÑA, S.A.U. sin justificación objetiva suficiente eliminar los efectos procompetitivos que derivan de este bloque de acuerdos, generando la exclusión de XFERA MÓVILES, S.A.U. del mercado minorista de comunicaciones móviles en España.

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

2.3. Determinación de la sanción

2.3.1. Hechos probados y determinación de la sanción en la resolución de 16 de julio de 2015

- (13) Para la ejecución de la sentencia de la Audiencia Nacional y la determinación de la nueva multa correspondiente a XFERA es necesario partir de los hechos acreditados que se le imputan a esta entidad en la resolución de 16 de julio de 2015.
- (14) En este contexto, y sin perjuicio de hacer íntegra remisión a los hechos probados y fundamentación jurídica de la resolución sancionadora, cabe señalar que, como ya se ha mencionado, XFERA incurrió en una infracción muy grave continuada del artículo 1 de la LDC y 101 del TFUE consistente en la suscripción de acuerdos o cláusulas de acuerdos por parte de XFERA, TELEFÓNICA MÓVILES DE ESPAÑA, S.A.U. y TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U. en los mercados de comunicaciones electrónicas, que tenían por objeto y efecto restringir la competencia efectiva en los mismos.
- (15) El porcentaje sancionador, que se aplicó al volumen de negocios total de cada entidad infractora, se determinó partiendo de los criterios de graduación del artículo 64.1 de la LDC, siguiendo las pautas establecidas por la jurisprudencia del Tribunal Supremo.
- (16) En cuanto a las características del mercado afectado (art. 64.1.a) se consideró como mercados particularmente afectados por las conductas el mercado minorista de comunicaciones móviles, mercado mayorista de acceso y originación de comunicaciones móviles, y el mercado de comunicaciones fijas, en los que TELEFÓNICA ostentaba una clara situación de prevalencia con respecto a XFERA.
- (17) En cuanto a las cuotas de mercado (art. 64.1.b), en la resolución se indica que – siempre en el período 2011-2013 y según ingresos– en el mercado de servicios

minoristas de comunicaciones móviles la cuota de TELEFÓNICA pasó del 45,2% al 36,5% y la de XFERA del 3,5% al 5,4%; en el mercado de servicios minoristas fijos, la cuota de TELEFÓNICA pasó del 63,9% al 57,8% (la cuota de XFERA era muy reducida); y en el mercado mayorista de acceso y originación de comunicaciones móviles, la cuota de TELEFÓNICA pasó del 49% al 36% (de nuevo, la cuota de XFERA era muy reducida).

- (18) En cuanto al alcance (art. 64.1.c), la resolución indicó que los acuerdos sancionados tenían ámbito geográfico nacional, con capacidad para afectar al comercio intracomunitario.
- (19) En lo que se refiere a la duración de las conductas (art. 64.1.d), si bien el primer acuerdo se remonta al año 2008 (con una duración total de la conducta de 78 meses), la mayor intensidad antijurídica se produjo a partir del año 2013 (y en este caso la duración se limita 14 meses), puesto que en ese año se amplió el objeto del acuerdo de 2008 al uso de las redes 4G, se incluyó la cláusula de resolución del contrato de 2008, se constataron los efectos reales de la prohibición de reventa por parte de TELEFÓNICA a XFERA, y asimismo se firmaron los contratos de itinerancia de TELEFÓNICA sobre la red de XFERA y el de agencia entre ambos operadores.
- (20) En cuanto a los efectos de la conducta (art. 64.1.e), la resolución consideró que, aunque a los efectos de considerar la existencia de infracción era suficiente que la conducta fuera potencialmente dañina, debía tenerse en cuenta el hecho de que no todas las conductas se realizaron efectivamente, y que además tuvieron una incidencia real escasa para los sujetos infractores y esto aconsejaba mitigar significativamente el importe de la sanción a imponer.
- (21) En la valoración de la conducta individual de las entidades, la resolución original consideró que era necesario tener en cuenta varios factores adicionales para que la sanción reflejara la efectiva participación de cada una en la infracción.
- (22) TELEFÓNICA se encontraba en una clara situación de prevalencia frente a XFERA en todos los mercados afectados por las conductas, prevalencia en términos de posicionamiento que se trasladó igualmente a los acuerdos suscritos entre ambas partes, en los que se evidencia una posición de privilegio del citado operador frente a XFERA que fue utilizada para ejercer una presión injustificada a un competidor.
- (23) Además, la resolución sancionó a TELEFÓNICA por todas las restricciones detectadas en el expediente sancionador, por cuanto consideró que resultaba evidente que se había beneficiado de ellas a la vez que causaba perjuicios a XFERA.
- (24) Por todo lo anterior, a pesar de que XFERA era responsable de participar en los acuerdos anticompetitivos, la resolución no le asignó el mismo grado de responsabilidad que a TELEFÓNICA, tanto por su menor relevancia en los mercados

afectados por las conductas como por los menores beneficios obtenidos, llegando en algunos casos –como sucedió con la prohibición de reventa– a verse claramente perjudicado.

- (25) El conjunto de factores expuestos en la resolución original condujo a la CNMC a considerar que el reproche sancionador debía estar en el tramo inferior dentro de la escala legal que discurre hasta el 10% del volumen de negocios total de las empresas en el año previo a la sanción.
- (26) Por todo ello, la multa impuesta a TELEFÓNICA por su participación en las conductas restrictivas ascendió a 6.000.000 euros mientras que a XFERA se le impuso una sanción de 300.000 euros. En ambos casos, la sanción fue significativamente inferior al 1% del volumen de negocio total de estas empresas en 2014.
- (27) La Audiencia Nacional consideró en la sentencia 5 de mayo de 2021 sobre el recurso 684/2015 presentado por TELEFÓNICA, que *“la sanción se movió dentro de los márgenes y criterios marcados por la jurisprudencia del Tribunal Supremo, sin que existan razones fundadas en las que podamos apreciar arbitrariedad o falta de motivación de la sanción impuesta”*.

2.3.2. Criterios y determinación de la nueva sanción

- (28) Para la ejecución de la sentencia de la Audiencia Nacional y la determinación de la nueva multa correspondiente a XFERA, es necesario partir de los hechos acreditados en la resolución de 16 de julio de 2015, salvo lo modificado por la sentencia, que – como se ha dicho anteriormente– anula parcialmente la mencionada resolución sancionadora cuando declaraba las cláusulas de los acuerdos identificadas en los apartados b) y c) del punto segundo como contrarias a la normativa de competencia nacional y comunitaria.
- (29) Para realizar el cálculo de la sanción, esta Sala considera que los elementos de graduación recogidos en el art.64 de la LDC han sido confirmados por los Tribunales y no se ven modificados, por lo que cabe remitirse a la motivación esgrimida en la resolución de 16 de julio de 2015 en lo que se refiere a la gravedad, duración y efectos en el mercado.
- (30) Sin embargo, teniendo en cuenta que la sentencia de la Audiencia Nacional que se ejecuta en esta resolución anula dos cláusulas que habían sido declaradas restricciones anticompetitivas contrarias al artículo 1 de la LDC y al 101 del TFUE, la intensidad de la infracción única se ve necesariamente reducida y, por tanto, también el importe de la multa impuesta, que queda fijado para XFERA en la cuantía de 200.000 euros.

Vistos los preceptos citados y los demás de general aplicación, el Consejo de la CNMC en Sala de Competencia

3. RESUELVE

Único. – Imponer a XFERA MOVILES, S.A.U una multa por importe de **200.000 euros**, en ejecución de la sentencia de la Audiencia Nacional de 1 de junio de 2021 y en sustitución de la inicialmente impuesta por la resolución del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia de 16 de julio de 2015 (Expte. S/0490/13, ACUERDOS TELEFÓNICA/YOIGO).

Comuníquese esta resolución a la Audiencia Nacional y a la Dirección de Competencia, y notifíquese a la parte interesada haciéndole saber que la misma ha sido dictada en ejecución de sentencia de conformidad con lo previsto en el artículo 104 de la Ley 29/1998 de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa y que contra ella pueden interponer recurso contencioso administrativo ordinario, en el plazo de dos meses desde el día siguiente al de notificación de la resolución.