

RESOLUCIÓN

TELEFÓNICA ACUERDO DAZN

SNC/DC/010/23

CONSEJO. PLENO

Presidenta

D^a. Cani Fernández Vicién

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

Secretaria del Consejo

D.^a. María Ángeles Rodríguez Paraja

En Madrid, a 25 de julio 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 marco del expediente sancionador SNC/DC/010/23 TELEFÓNICA ACUERDO DAZN, incoado por la Dirección de Competencia contra TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U. por incumplimiento de lo dispuesto en los compromisos 2.9, 2.10 y Anexo 1 a que fue condicionada la autorización de la operación de concentración C/0612/14 TELEFÓNICA/DTS de la resolución del Consejo de la CNMC de 22 de abril de 2015.

ÍNDICE DE CONTENIDO

1. ANTECEDENTES.....	4
2. HECHOS ACREDITADOS	6
2.1. Compromisos a que fue condicionada la autorización de la operación de concentración C/0612/14	6
2.2. Derechos de emisión de las competiciones de Fórmula 1.....	8
2.3. Acuerdos entre TELEFÓNICA y DAZN.....	9
2.3.1. Acuerdo abreviado de 7 de enero de 2021 (<i>Short Form Agreement</i>).....	9
2.3.2. Acuerdo de modificación de 15 de junio de 2021	11
2.3.3. Acuerdos de terminación (<i>Termination Agreement</i>) de fecha 15 de febrero de 2022 y abreviado (<i>Short Form Agreement</i>) de fecha 15 de febrero de 2022 y 28 de marzo de 2022.....	12
2.4. Resolución del Consejo de la CNMC de 22 julio de 2022.....	14
2.5. Oferta mayorista de canales.....	14
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.....	18
3.4.2. Duración de la infracción	39
3.4.3. Antijuridicidad	39
3.4.4. Responsabilidad y culpabilidad	41
3.4.5. Otras alegaciones de TELEFÓNICA	44
4. DETERMINACIÓN DE LA SANCIÓN.....	50
4.1. Criterios para la determinación de la sanción	50
4.2. Sanción impuesta a TELEFÓNICA	51
4.3. Alegaciones a la propuesta de sanción.....	52
RESUELVE	54

INDICE DE TABLAS

Tabla 1. Clientes de TELEFÓNICA que han accedido a la oferta de DAZN con las condiciones acordadas en el <i>Short Form Agreement</i> de 7 de enero de 2021	14
--	----

1. ANTECEDENTES

- (1) Mediante resolución de 22 de abril de 2015¹, el Consejo de la CNMC autorizó la operación de concentración económica TELEFÓNICA/DTS (expediente C/0612/14 TELEFÓNICA/DTS), subordinada al cumplimiento de los compromisos presentados por TELEFÓNICA 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 2020² 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 Dirección de Competencia abrió el expediente de vigilancia VC/0612/14 TELEFÓNICA/DTS.
- (3) Con fecha 20 de mayo de 2021³ la Dirección de Competencia remitió 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 de los compromisos 2.9, 2.10 y Anexo 1, en relación con un acuerdo de fecha 7 de enero de 2021 suscrito entre TELEFÓNICA, y DAZN Spain, S.L.U. (**DAZN**). Con fecha 15⁴ y 21⁵ de junio de 2021 TELEFÓNICA formuló alegaciones a la propuesta de informe parcial de vigilancia. Con fecha 2 de julio de 2021 la Dirección de Competencia remitió al Consejo de la CNMC el correspondiente informe parcial de vigilancia⁶.
- (4) Con fecha 22 de julio de 2021 el Consejo de la CNMC adoptó una resolución de vigilancia⁷ del expediente VC/0612/14 relativa al informe parcial de vigilancia antes señalado. Resolvió en el apartado PRIMERO de dicha resolución declarar que el acuerdo de 7 de enero de 2021 suscrito entre TELEFÓNICA y DAZN contiene determinadas previsiones contrarias a lo señalado en los apartados 2.9, 2.10 y Anexo 1 de los compromisos a que fue condicionada la autorización de la

¹ Folios 6-52.

² Folios 67-111.

³ Folios 263-277.

⁴ Folios 278-419.

⁵ Folios 420-424.

⁶ Folios 426-467.

⁷ Folios 468-509. Versión pública folios 510-546.

operación de concentración C/0612/14 TELEFÓNICA-DTS en los términos que quedaron expuestos en la citada resolución.

- (5) Con fecha 20 de agosto de 2021 TELEFÓNICA interpuso recurso contencioso-administrativo contra la resolución de 22 de julio de 2021, con solicitud de suspensión cautelar de su ejecutividad. La suspensión cautelar fue denegada por la Audiencia Nacional mediante auto de fecha 2 de diciembre de 2022.
- (6) Con fecha 26 de abril de 2023 la Dirección de Competencia acordó⁸ la apertura de actuaciones previas bajo la referencia SNC/DC/010/23, al amparo de lo previsto en los artículos 55 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (**LPAC**), y 70.2 de la LDC.
- (7) Con fecha 26 de abril de 2023 la Dirección de Competencia acordó⁹ la incorporación al expediente SNC/DC/010/23 de determinada documentación obrante en el expediente de vigilancia VC/612/14 necesaria para el esclarecimiento de los hechos investigados.
- (8) 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 LPAC, la Dirección de Competencia acordó¹⁰, con fecha 27 de abril de 2023, la incoación de expediente sancionador contra TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U. por una posible infracción tipificada en el artículo 62.4.c) de la LDC motivada por el incumplimiento de lo dispuesto en los apartados 2.9, 2.10 y Anexo 1 de los compromisos a que fue subordinada la autorización de la concentración C/0612/14 TELEFÓNICA/DTS, otorgando un plazo de diez días para formular alegaciones y, en su caso, proponer prueba.
- (9) Con fecha 18 de mayo de 2023 tuvo entrada en el registro de la CNMC escrito de alegaciones de TELEFONICA al acuerdo de incoación¹¹.
- (10) Con fecha 9 de junio de 2023 la Dirección de Competencia dictó y notificó a TELEFÓNICA la propuesta de resolución¹². Con fecha 26 de junio de 2023 TELEFÓNICA remitió a la CNMC escrito de alegaciones¹³.

⁸ Folios 1-2.

⁹ Folios 3-5.

¹⁰ Folios 633-636.

¹¹ Folios 660-674.

¹² Folios 675-718.

¹³ Folios 736-764.

- (11) Con fecha 26 de junio de 2023, la Dirección de Competencia elevó al Consejo la propuesta de resolución del procedimiento¹⁴, junto al resto del expediente administrativo, en la que se propone sancionar a TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U. por una infracción muy grave, conforme a lo previsto en el artículo 62.4.c) de la LDC.
- (12) El Pleno del Consejo de la CNMC ha aprobado esta resolución en su sesión del día 25 de julio de 2023.
- (13) Es interesada TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U.

2. HECHOS ACREDITADOS

2.1. Compromisos a que fue condicionada la autorización de la operación de concentración C/0612/14

- (14) Entre los compromisos a que fue condicionada la autorización de la operación de concentración C/0612/14¹⁵, y su posterior prórroga, los más relevantes a los efectos de este procedimiento se recogen a continuación.
- (15) El compromiso “2.9 Oferta mayorista de canales de televisión propios”, obliga a TELEFÓNICA a poner a disposición de otros operadores de televisión de pago en España una oferta mayorista de canales propios *premium* en los siguientes términos:

“La oferta mayorista de canales propios se pondrá a disposición de todos los operadores de televisión de pago en España en régimen de no exclusividad, incluidos los OTT¹⁶, y podrá ser distribuida a nivel minorista por los adquirentes tanto en el segmento residencial como no residencial.

[...]

La oferta mayorista de canales propios vendrá integrada por todos los canales de la oferta minorista de la entidad resultante que se consideren premium e incluirá no solo los canales lineales, sino también los asimilados que emiten contenidos en modalidad no lineal SVOD¹⁷.

[...]

A estos efectos, se considera canal premium aquél que incluya algún contenido audiovisual no deportivo de estreno de los grupos empresariales denominados

¹⁴ Folio 765.

¹⁵ Los compromisos se encuentran recogidos en el Fundamento de Derecho Segundo de la Resolución del Consejo de la CNMC de 22 de abril de 2015 por la que se autorizó la operación de concentración económica TELEFÓNICA/DTS (expediente C/0612/14 TELEFÓNICA/DTS). Folios 12-39.

¹⁶ Acrónimo de ‘Over-The-Top’ o servicio de transmisión libre.

¹⁷ Acrónimo de ‘Subscription Video On Demand’ o suscripción de video bajo demanda.

Majors sobre el que la entidad resultante disponga de derechos de emisión en exclusiva en España, tal como se ha definido en el apartado 2.2.a), o algún evento deportivo en directo de la Liga de Primera División de Fútbol, Copa de S.M. el Rey de Fútbol, Champions League de Fútbol, Europa League de Fútbol, Campeonato del Mundo de Fútbol, Campeonato Mundial de Baloncesto, Fórmula 1, Moto GP y los Juegos Olímpicos, sobre el que la entidad resultante disponga de derechos de emisión en exclusiva en España.

[...]

Cada grupo empresarial de operadores de televisión de pago podrá adquirir un número de canales equivalente como máximo al 50% (con redondeo al alza) del número total de canales que integren la oferta mayorista de canales premium propios de la entidad resultante (incluida la oferta de contenidos en modalidad SVOD desvinculada de un servicio lineal), teniendo el adquirente libertad de elección de canales dentro de esta oferta mayorista.

[...]

La oferta mayorista de canales propios premium se hará en condiciones equitativas, razonables, objetivas, transparentes y no discriminatorias, conforme a lo previsto en el Anexo 1, pudiéndose diferenciar tales condiciones según el segmento de demanda (residencial o no residencial) al que se dirija en su acción de reventa el tercer operador de televisión de pago adquirente del canal mayorista.

[...]

TELEFÓNICA tiene la obligación respecto a la oferta mayorista de cada uno de los canales propios premium de no incurrir en estrechamiento de márgenes y de permitir la replicabilidad efectiva de las ofertas comerciales minoristas de la entidad resultante que incluyen cada uno de estos canales.”

- (16) El compromiso “2.10 Adquisición de derechos de emisión en España de canales de televisión editados por terceros”, señala que:

“La entidad resultante no adquirirá ni explotará derechos exclusivos de emisión, transporte, difusión o explotación en España de canales de televisión editados por terceros. Se considerará que también existe adquisición exclusiva cuando los contratos limiten a algún operador la explotación de los contenidos o limiten de alguna forma las modalidades de emisión, la calidad o los dispositivos utilizados que pueden adquirir terceros. Tampoco se permitirá la inclusión en los contratos de cláusulas que de una u otra forma permitan las exclusivas de facto (i.e. Cláusula de nación más favorecida).

Este compromiso afecta no solo a los canales existentes actualmente sino a cualquier otro canal que pueda ser editado y comercializado por terceros en un futuro y se entenderá exigible respecto a cualquier plataforma tecnológica de explotación de televisión de pago, incluyendo la televisión móvil y la televisión por Internet.”

- (17) El Anexo 1.1.a) de los compromisos establece un sistema de determinación del precio de determinados canales de la oferta mayorista de canales premium de TELEFÓNICA, en particular de canales de Fútbol, Fórmula 1 y Moto GP. Dicho sistema establece que el precio de estos canales para los operadores que

deseen contratarlos estará sujeto a un sistema de Coste Mínimo Garantizado (**CMG**) que tiene por objeto compartir el riesgo que asume TELEFÓNICA en la adquisición de derechos de emisión exclusiva en España de los citados contenidos audiovisuales de las modalidades deportivas señaladas.

- (18) De acuerdo con ello, la parte fija del coste de dichos derechos se repercutirá a los operadores de televisión de pago que adquieran dicho canal, y se repartirá entre TELEFÓNICA y los operadores de televisión de pago que adquieren dicho canal en función de tres criterios señalados en dicho compromiso:
- El 75% de este coste se repartirá en base al porcentaje de abonados de televisión de pago del operador.
 - El 20% del coste se repartirá en base al porcentaje de accesos de banda ancha fija que el operador de televisión de pago tenga en servicio y sean aptos para ofrecer servicios de televisión de pago.
 - El 5% restante del coste se repartirá en base al mercado potencialmente accesible en España que el operador de televisión de pago pueda disfrutar en función de la modalidad tecnológica de prestación de servicios de televisión de pago por la que haya optado en relación con el total de hogares de España.

2.2. Derechos de emisión de las competiciones de Fórmula 1

- (19) Con fecha 17 de febrero de 2021 la Dirección de Competencia remitió un escrito¹⁸ a TELEFÓNICA en el que se solicitaba, entre otros, copia de determinados documentos relativos a sus contratos para la adquisición de derechos de emisión de las competiciones de Fórmula 1.
- (20) En respuesta a esa solicitud, mediante escrito de 8 de marzo de 2021¹⁹ TELEFÓNICA remitió a la Dirección de Competencia, entre otros, copia de los siguientes documentos:
- Contrato de 15 de octubre de 2020²⁰ entre *Formula One World Championship Limited (FOM)* y TELEFÓNICA para la adquisición de los derechos de retransmisión audiovisual del campeonato de Fórmula 1.
 - *Letter of Variation*²¹ al contrato de 15 de octubre de 2020, suscrita el 25 de enero de 2021, por la que FOM autoriza a TELEFÓNICA la sublicencia de los derechos de la competición de Fórmula 1 a DAZN.
- (21) De acuerdo con el contrato de 15 de octubre de 2020, TELEFÓNICA habría adquirido en exclusiva los derechos de retransmisión audiovisual del

¹⁸ Folios 157-159.

¹⁹ Folios 160-169.

²⁰ Folios 170-256.

²¹ Folios 257-262.

campeonato de Fórmula 1 para el territorio español durante el periodo entre el **[CONFIDENCIAL]**. El precio base de los derechos adquiridos es de **[CONFIDENCIAL]**€ sin incluir el IVA u otros impuestos, así como otros costes adicionales y prestaciones complementarias.

- (22) Por su parte, la *Letter of Variation* de 25 de enero de 2021 autoriza la sublicencia de los derechos exclusivos en favor de DAZN. De acuerdo con este acuerdo, TELEFÓNICA quedaba obligada a **[CONFIDENCIAL]**.
- (23) Con fecha 3 de febrero de 2023 FOM suscribe, a petición de TELEFÓNICA, una segunda *Letter of variation* de su contrato que autoriza a TELEFÓNICA a incluir los contenidos de Fórmula 1 en su oferta mayorista de canales. Esta autorización se hace efectiva desde el 15 de febrero de 2022.²²

2.3. Acuerdos entre TELEFÓNICA y DAZN

2.3.1. Acuerdo abreviado de 7 de enero de 2021 (*Short Form Agreement*)

- (24) Con fecha 22 de enero de 2021 la Dirección de Competencia remitió una solicitud de información²³ a TELEFÓNICA en la que se requería, entre otra información, copia de un contrato suscrito con DAZN por el que DAZN habría adquirido en exclusiva los derechos de emisión de la Fórmula 1 para las temporadas 2021, 2022 y 2023, y que permitirá el acceso de TELEFÓNICA a todos los contenidos de DAZN.
- (25) Mediante escrito²⁴ de 11 de febrero de 2021 TELEFÓNICA aporta, entre otra documentación, una copia de un acuerdo bajo la forma de *Short Form Agreement* (o acuerdo abreviado), de fecha 7 de enero de 2021, suscrito entre DAZN SPAIN, S.L.U., TELEFÓNICA AUDIOVISUAL DIGITAL, S.L.U. y TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U.²⁵
- (26) El acuerdo tiene por objeto los siguientes aspectos principales:
- Una cesión por TELEFÓNICA a DAZN de los derechos de emisión exclusiva de las competiciones de Fórmula 1 adquiridos a FOM para las temporadas 2021, 2022 y 2023.
 - No obstante, DAZN permitirá a TELEFÓNICA el acceso no exclusivo a todos sus contenidos, los mismos que ofrecerá desde su propia plataforma OTT, incluida también la Fórmula 1. Así, los clientes de televisión de pago de TELEFÓNICA

²² Folios 621-624.

²³ Folios 112-123.

²⁴ Folios 124-135.

²⁵ Folios 136-156.

tendrán acceso en un paquete a todos los contenidos de DAZN (**Paquete DAZN**) que se presentarán en dos canales:

- i. el canal '*DAZN F1*' que contiene el canal de Fórmula 1 equivalente al que tenía hasta ahora TELEFÓNICA, y
- ii. el canal '*DAZN 1*' que incluye otros contenidos *premium* (MotoGP, Copa del Rey, Euroliga y Premier League), además de otros contenidos adicionales (Copa Libertadores, *Ultimate Fighting Championship*, *EuroCup Basketball Champions League* y *Carabao Cup*).

Estos dos canales podrán completarse con hasta 3 canales "*pop-up*" complementarios que proporciona DAZN cuando coincidan retransmisiones en directo de varios contenidos de manera simultánea y estarán disponibles durante la emisión de cada evento.

- Asimismo, los clientes de TELEFÓNICA podrán contratar, bajo modalidad a la carta, el servicio de la plataforma OTT de DAZN (**DAZN ALC**) (esto se producirá de manera alternativa a la opción anterior)²⁶.
- TELEFÓNICA ofrecerá a DAZN servicios de producción audiovisual, publicidad, promoción y marketing, facturación y atención al cliente.

- (27) TELEFÓNICA podrá ofrecer el paquete DAZN a **[CONFIDENCIAL]** usuarios residenciales que ya tengan contratado con TELEFÓNICA un paquete con televisión de pago y el canal de F1 a un máximo de **[CONFIDENCIAL]**, y la opción a la carta a todos sus usuarios residenciales.
- (28) La *DAZN App*, utilizada por DAZN para distribuir sus servicios OTT, se integrará en los descodificadores de TELEFÓNICA antes de abril de 2022. Una vez finalizada la integración, DAZN podrá interrumpir el suministro del canal *DAZN 1* (y canales *pop-up* complementarios) para clientes residenciales o bien negociar condiciones para su continuidad.
- (29) Ambas partes acuerdan que TELEFÓNICA se encargue de la producción del canal *DAZN F1*, manteniendo DAZN el control editorial.
- (30) El acuerdo establece que los abonados de empaquetamientos de TELEFÓNICA que contraten el paquete DAZN (canales *DAZN 1* y *DAZN F1*), así como los que accedan al servicio DAZN OTT (a la carta) computarán también como clientes de DAZN a efectos de calcular el CMG previsto en los compromisos de la C/0612/14 en caso de que DAZN adquiera algún canal de la oferta mayorista sujeto a este modelo de precio.
- (31) Las partes acuerdan un precio de **[CONFIDENCIAL²⁷]** que DAZN deberá pagar a TELEFÓNICA por la cesión de derechos y la producción de canal F1, y una

²⁶ Clausula 6 del acuerdo: **[CONFIDENCIAL]**.

²⁷ De acuerdo con lo señalado en el escrito de TELEFÓNICA de 12 de abril de 2023 en respuesta a una solicitud de información de 13 de marzo de 2023, conforme a la cláusula 9

cantidad **[CONFIDENCIAL]** que TELEFÓNICA deberá pagar a DAZN por el acceso al Paquete DAZN que podrá estar disponible para un máximo de **[CONFIDENCIAL]**.

- (32) En cuanto al servicio a la carta, TELEFÓNICA deberá pagar a DAZN un precio mensual mayorista específico de **[CONFIDENCIAL]** cuando el cliente de TELEFÓNICA contrate el servicio a la carta²⁸, precio mayorista para clientes a la carta que **[CONFIDENCIAL]**.
- (33) DAZN podrá establecer acuerdos con terceros para dar acceso a sus contenidos y servicios, si bien en este caso TELEFÓNICA podrá solicitar una reducción en los precios²⁹ y beneficiarse de una cláusula de nación más favorecida³⁰. Las concretas condiciones económicas para este supuesto no se detallan en este acuerdo, estando previsto que se especifiquen en un contrato definitivo pendiente de ser suscrito.
- (34) TELEFÓNICA tendrá derecho de acceder a **[CONFIDENCIAL]**. TELEFÓNICA podrá poner fin el contrato en caso de que **[CONFIDENCIAL]**.
- (35) El acuerdo tiene una duración desde el **[CONFIDENCIAL]**. Las partes acuerdan negociar y suscribir un contrato definitivo (*Long Form Agreement*) y completo antes del 30 de junio de 2021.

2.3.2. Acuerdo de modificación de 15 de junio de 2021

- (36) Con fecha 21 de junio de 2021, TELEFÓNICA ha remitido a la CNMC un escrito³¹ con el que acompaña la formalización del acuerdo de 15 de junio de 2021 de modificación de las cláusulas 7 y 9 del acuerdo de 7 de enero de 2021. El acuerdo contempla que dicha modificación tendrá efectos retroactivos desde la fecha de ejecución del acuerdo de 7 de enero de 2021.
- (37) En este acuerdo de 15 de junio de 2021 se suprime en la cláusula 7 del acuerdo de enero de 2021 la referencia a las compensaciones de precio que podía solicitar TELEFÓNICA en caso de que DAZN alcanzase un acuerdo con terceros. Se modifica la cláusula 9 del acuerdo de enero de 2021 eliminándose la referencia directa a la cláusula de nación más favorecida pactada en favor de TELEFÓNICA que es sustituida por un nuevo texto. El contenido de la cláusula

del *Short Form Agreement* **[CONFIDENCIAL]** en el año 2021, y se corresponde con el “*Additional Fee*” pactado en la *Letter of Variarion* entre TELEFÓNICA y FOM de 25 de enero de 2021 (Folios 621-624).

²⁸ Clientes denominados en el acuerdo como “*ALC subscribers*”.

²⁹ **[CONFIDENCIAL]**.

³⁰ **[CONFIDENCIAL]**.

³¹ Folios 420-424.

9 tras esta revisión prevé que los precios mayoristas a pagar por TELEFÓNICA se basan en que **[CONFIDENCIAL]**³².

2.3.3. Acuerdos de terminación (*Termination Agreement*) de fecha 15 de febrero de 2022 y abreviado (*Short Form Agreement*) de fecha 15 de febrero de 2022 y 28 de marzo de 2022

- (38) Con fecha 9 de febrero de 2023 la Dirección de Competencia remitió una solicitud de información³³ a TELEFÓNICA en la que se solicitaba, entre otros, la copia de los contratos suscritos entre TELEFÓNICA y DAZN desde la resolución del Consejo de 22 de julio de 2021 en relación con la Fórmula 1.
- (39) En respuesta a esa solicitud, mediante escrito de 2 de marzo de 2023³⁴ TELEFÓNICA remitió a la Dirección de Competencia, entre otros, copia de los siguientes documentos suscritos por TELEFÓNICA y DAZN³⁵:
- *Termination Agreement* de fecha 15 de febrero de 2022³⁶
 - *Short Form Agreement* de fecha 15 de febrero de 2022, modificado parcialmente mediante adenda de 28 de marzo de 2022³⁷
- (40) En el *Termination Agreement* de 15 de febrero de 2022, las partes acuerdan finalizar el contrato *Short Form Agreement* (acuerdo abreviado) suscrito entre TELEFÓNICA y DAZN de fecha 7 de enero de 2021 (modificado con fecha 15 de junio de 2021). De acuerdo con el documento la fecha de terminación del acuerdo habría sido el 31 de diciembre de 2021. Acuerdan sin embargo un periodo transitorio entre el 31 de diciembre y la fecha en la que DAZN tenga acceso efectivo al canal Fórmula 1 a través de la oferta mayorista de canales de TELEFÓNICA, en caso de solicitar DAZN acceso a este canal. Durante este periodo transitorio DAZN tendrá acceso a los contenidos de Fórmula 1 en **[CONFIDENCIAL]** y en las condiciones fijadas en el acuerdo de 7 de enero de 2021³⁸. Si DAZN no solicitara acceso al canal Fórmula 1 a través de la oferta mayorista debería cesar las emisiones del canal.

³² **[CONFIDENCIAL]** (Subrayado añadido).

³³ Folios 571-574.

³⁴ Folios 575-578.

³⁵ DAZN SPAIN, S.L.U., TELEFÓNICA AUDIOVISUAL DIGITAL, S.L.U. y TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U.

³⁶ Folios 579-582.

³⁷ Folios 583-605.

³⁸ **[CONFIDENCIAL]**.

- (41) En el *Short Form Agreement* entre TELEFÓNICA y DAZN de 15 de febrero de 2022, las partes acuerdan condiciones que permiten a determinados clientes de TELEFÓNICA tener acceso en un paquete a todos los contenidos de DAZN (*Paquete DAZN*). Asimismo, las partes acuerdan que TELEFÓNICA preste determinados servicios a DAZN. En el documento se prevé que el acuerdo será efectivo desde el 1 de enero de 2022.
- (42) Con fecha 13 de marzo de 2023 la Dirección de Competencia remitió un escrito³⁹ a TELEFÓNICA en el que se solicitaba, entre otros, información relativa a la fecha en que DAZN ha tenido acceso efectivo a los contenidos de Fórmula 1 a través de la oferta mayorista de canales, el desarrollo del acuerdo *Short Form Agreement* de 7 de enero de 2021, en particular sobre clientes de TELEFÓNICA que habían tenido acceso a los contenidos *DAZN Package* y los que habían contratado el servicio *DAZN ALC* (a la carta), ingresos obtenidos y pagos realizados a DAZN por el servicio *DAZN ALC*.
- (43) En respuesta a esa solicitud, mediante escrito de 12 de abril de 2023⁴⁰, TELEFÓNICA precisa que la fecha en la que DAZN ha tenido acceso efectivo al canal *Fórmula 1* de la oferta mayorista de canales ha sido el 22 de febrero de 2022. Asimismo, TELEFÓNICA ha remitido a la Dirección de Competencia, entre otros documentos, información mensual sobre clientes e ingresos y pagos relacionados con los contenidos y servicios de DAZN⁴¹.
- (44) De acuerdo con ello, y con el *Termination Agreement* de 15 de febrero de 2022, el 31 de diciembre de 2021 se ha producido la finalización del *Short Form Agreement* de fecha 7 de enero de 2021, si bien manteniendo en vigor ciertas cláusulas bajo determinadas condiciones hasta el 22 de febrero de 2022.
- (45) A partir de la información proporcionada por TELEFÓNICA en su escrito de 12 de abril de 2023 se recogen en la tabla siguiente los datos⁴² sobre clientes de TELEFÓNICA con acceso a la oferta de DAZN en las condiciones acordadas en el *Short Form Agreement* de fecha 7 de enero de 2021:

³⁹ Folios 606-609.

⁴⁰ Folios 610-620.

⁴¹ Folios 625-632.

⁴² Estos datos incluyen para las modalidades *DAZN Package* y *DAZN ALC* el número de clientes a final de cada mes, los ingresos mensuales de estos clientes correspondientes a paquetes de TV de pago con servicios de comunicaciones electrónicas, e ingresos mensuales por servicios de TV de pago (en el caso de *DAZN ALC* ingresos por suscripciones a este servicio).

Tabla 1. Clientes de TELEFÓNICA que han accedido a la oferta de DAZN con las condiciones acordadas en el *Short Form Agreement* de 7 de enero de 2021

[CONFIDENCIAL]

Fuente: Elaboración propia a partir de datos del expediente.

2.4. Resolución del Consejo de la CNMC de 22 julio de 2022

- (46) A la vista de los hechos descritos en el informe parcial de vigilancia de 2 de julio de 2021, el Consejo de la CNMC, en su resolución de 22 de julio de 2021 en el marco del expediente VC/0612/14 TELEFÓNICA/DTS acordó:

“PRIMERO. - Declarar que el acuerdo de 7 de enero de 2021 suscrito entre Telefónica y DAZN contiene determinadas previsiones contrarias a lo señalado en los apartados 2.9, 2.10 y Anexo 1 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.

SEGUNDO. - Declarar que Telefónica debe introducir los ajustes señalados por la Dirección de Competencia en su informe parcial de vigilancia de 2 de julio de 2021, en relación a lo recogido en los apartados 2.9, 2.10 y Anexo 1 de los compromisos a que fue condicionada la autorización de la operación de concentración C/612/14 Telefónica-DTS en los términos señalados en el fundamento de derecho OCTAVO Y NOVENO de la presente resolución, con el objeto de que se cumplan los compromisos presentados el 14 de abril de 2015, recogidos en la resolución del Pleno del Consejo de la CNMC de 22 de abril de 2015 recaída en el citado expediente C/0612/14.”

2.5. Oferta mayorista de canales

- (47) En un escrito de fecha 28 de noviembre de 2019⁴³ TELEFÓNICA informa que, con fecha 27 de noviembre de 2019, ha comunicado a los operadores de TV de Pago, en el marco de la Oferta Mayorista de Canales de Televisión de Pago vigente, las condiciones particulares del canal “Movistar Fórmula 1” correspondientes a la temporada 2020. Acompaña a este escrito un documento⁴⁴ en el que se detallan las condiciones particulares aplicables a la distribución del canal denominado “Movistar Fórmula 1” de su oferta mayorista de canales.
- (48) En este documento de condiciones particulares del canal *Movistar Fórmula 1*, se precisa que entre los contenidos principales incluidos en el canal se encuentran

⁴³ Folio 53.

⁴⁴ Folios 54-66.

todas las carreras del campeonato mundial de Fórmula 1, las sesiones de clasificación y los entrenamientos.

- (49) Se indica que el Canal estará disponible hasta 31 de diciembre de 2020. Se precisa asimismo que a partir del 1 de enero de 2021 (dado que en ese momento la Oferta Mayorista Global de canales en vigor tendrá una vigencia del 1/8/2020 al 31/7/2021) el Operador podrá optar por cualquiera de las siguientes opciones para el periodo comprendido entre el 1 de enero de 2021 y el 31 de julio del 2021:
- Contratar cualquiera de los canales de motor que la Entidad Oferente hubiera ofertado con un mes de antelación a dicha fecha.
 - Contratar cualquier otro de los canales integrantes de la Oferta Mayorista Global vigente en ese momento, por los meses que restan de la vigencia de la Oferta Mayorista Global vigente en ese momento.
- (50) De acuerdo con la información disponible, TELEFÓNICA no ha incluido en su oferta mayorista el canal *Fórmula 1* los contenidos de esta modalidad deportiva para el periodo de 2021.
- (51) En un escrito de fecha 1 de julio de 2021⁴⁵ TELEFÓNICA informa que con fecha 30 de junio de 2021 ha comunicado a los operadores de televisión de pago una nueva Oferta Mayorista de Canales de Televisión de Pago. Esta oferta de canales de televisión de pago no incluye canales con contenidos de Fórmula 1.
- (52) En un escrito de fecha 30 de julio de 2021⁴⁶ TELEFÓNICA informa que, con fecha 29 de julio de 2021, ha comunicado a los operadores de televisión de pago una modificación de la Condición 6 de las Condiciones Tipo de la Oferta Mayorista de Canales 2021/2022. Esta modificación ha consistido en ampliar el número de canales que puede adquirir y mantener cada operador, desde el 50% del total de canales de la oferta mayorista previsto en la oferta publicada el 30 de junio de 2021 hasta el 75%. Dado que la oferta mayorista de canales estaba compuesta por un total de 4 canales esta comunicación permitía la contratación de hasta 3 canales de la oferta en lugar de los 2 canales inicialmente previstos.
- (53) Mediante escrito de 16 de febrero de 2022⁴⁷ TELEFÓNICA informa acerca de la comunicación enviada a los operadores de televisión de pago con fecha 15 de febrero de 2022, en relación con las condiciones particulares del Canal Formula1 correspondiente a la temporada 2022, que se incluye en la Oferta Mayorista de Canales 2021/2022 para prestadores de servicios de televisión de pago.

⁴⁵ Folio 425.

⁴⁶ Folios 547-549.

⁴⁷ Folio 550.

Acompaña al escrito copia de dicha comunicación y del Anexo de Condiciones Particulares del Canal⁴⁸.

- (54) De acuerdo con estos documentos la comunicación a los operadores se ha efectuado el 15 de febrero de 2022 a las 14:02 horas. Los operadores interesados en participar en el proceso de adquisición del canal debían enviar un correo electrónico con determinada documentación, estableciéndose las 14:00 h. del jueves 17 de febrero de 2022 como fecha y hora límite.
- (55) El Anexo de condiciones particulares del Canal *Fórmula 1* detalla que este canal incluye, como principales contenidos, todas las carreras del campeonato mundial de Fórmula 1 (incluyendo sus carreras soporte, F2, F3 y *Porsche Supercup* o las que las pudieran complementar o sustituir sujeto a la disponibilidad de derechos), las sesiones de clasificación y los entrenamientos. El canal estaría disponible hasta el 31 de diciembre de 2022.
- (56) Mediante escrito de 28 de febrero de 2022⁴⁹ TELEFÓNICA ha remitido a la CNMC copia de la carta de aceptación referida a la contratación por parte de DAZN del Canal *Fórmula 1* para la temporada 2021/2022, precisando que, de acuerdo con lo establecido en la Condición 24 de las condiciones tipo de la oferta mayorista vigente, perfeccionan la contratación de dicho canal. La carta de aceptación del canal tiene fecha 22 de febrero de 2022.
- (57) Como se ha señalado, en su escrito de 12 de abril de 2023 TELEFÓNICA precisa que la fecha en la que DAZN ha tenido acceso efectivo al canal *Fórmula 1* de la oferta mayorista de canales ha sido el 22 de febrero de 2022.

3. FUNDAMENTOS DE DERECHO

3.1. Competencia para resolver

- (58) 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, compete a este organismo aplicar la LDC “*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 LDC.
- (59) 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

⁴⁸ Folios 551-567.

⁴⁹ Folios 568-570.

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 Reglamento de Defensa de la Competencia, aprobado por el Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero (**RDC**) precisa que el Consejo de la CNMC “resolverá las cuestiones que puedan suscitarse durante la vigilancia”, previa propuesta de la Dirección de Competencia.

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

3.2. Normativa general aplicable

- (61) La tramitación del expediente sancionador se registrará, en lo no previsto en la LDC y en el RDC, por lo dispuesto en la LPAC. 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

- (62) La Dirección de Competencia considera que TELEFÓNICA ha incumplido los compromisos a que fue subordinada la autorización de la operación de concentración C/0612/14 TELEFÓNICA/DTS mediante resolución del Consejo de la CNMC de 22 de abril de 2015.
- (63) Concretamente, considera que ha incumplido los apartados 2.9, 2.10 y Anexo 1.1 de los compromisos en los siguientes términos:
- TELEFÓNICA ha incumplido el compromiso 2.9 (en particular sus epígrafes a, c y j) relativo a su obligación de poner a disposición de otros operadores de televisión de pago en España una oferta mayorista que incluya los contenidos *premium* de Fórmula 1 adquiridos en exclusiva por TELEFÓNICA, en condiciones no discriminatorias, al haber excluido los contenidos de Fórmula 1 de su oferta mayorista y haberlos comercializado en exclusiva en favor de DAZN, durante el periodo entre el 1 de enero de 2021 y el 22 de febrero de 2022.
 - TELEFÓNICA ha incumplido el compromiso 2.9 y el Anexo 1 (en su apartado 1.1) de los compromisos, consistente en la inclusión en el acuerdo de 7 de enero de 2021 de una previsión por la que cualquier abonado de TELEFÓNICA que reciba contenidos de DAZN en base al acuerdo, también contará como abonado de DAZN a los efectos del cálculo del CMG en el marco de la oferta de canales mayoristas de TELEFÓNICA en España, disuadiendo a DAZN de contratar canales de la oferta mayorista, durante el periodo entre el 20 de enero de 2021 y el 22 de febrero de 2022.

- TELEFÓNICA ha incumplido el compromiso 2.10 por la inclusión en el acuerdo de 7 de enero de 2021 (modificado mediante acuerdo de 15 de junio de 2021) de cláusulas que de una u otra forma permitan las exclusivas de facto (i.e. Cláusula de nación más favorecida), prohibidas en el compromiso 2.10, durante el periodo entre el 20 de enero de 2021 y el 22 de febrero de 2022.
- (64) De conformidad con lo anterior, la Dirección de Competencia propone que se declare a TELEFÓNICA DE ESPAÑA S.A.U. responsable de una infracción administrativa de carácter muy grave, prevista en el artículo 62.4.c) de la LDC, y que se le imponga una sanción de multa por la cuantía de 7.500.000 euros (siete millones y medio de euros), de acuerdo con lo previsto en el artículo 63.1 de la LDC.

3.4. Valoración del Consejo

3.4.1. Tipificación

- (65) El artículo 62.4.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*”.
- (66) 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.
- (67) 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.
- (68) 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.

- (69) 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.
- (70) 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.
- (71) 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.
- (72) 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.
- (73) Como ha indicado la CNMC en precedentes similares⁵⁰, 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.
- (74) En el caso que nos ocupa, la autorización de la concentración entre TELEFÓNICA y DTS quedó subordinada al cumplimiento de los compromisos propuestos por TELEFÓNICA con fecha 14 de abril de 2015.
- (75) En sus alegaciones al acuerdo de incoación (en su escrito de 18 de mayo de 2023) TELEFÓNICA argumenta la ausencia de tipicidad de la conducta, indicando que los incumplimientos descritos en el Acuerdo de Incoación y su tipificación como posible infracción muy grave de las previstas en el artículo 62.4.c) de la LDC exigen que *“aquellos que se tiene por incumplido sea perfectamente claro y no sujeto a interpretaciones, ni a aplicaciones por*

⁵⁰ Resoluciones de 25 de enero de 2018 (Expte. VC/0550/14 REPSOL/PETROCAT), de 9 de diciembre de 2020 (Expte. VC/0468/12 DISA/SHELL/SAE/JV).

analogía". Alega asimismo que no existe identidad del precepto supuestamente infringido y la conducta de TELEFÓNICA que se identifican como contrarias a los compromisos, y que responden a interpretaciones extensivas del contenido de los compromisos.

- (76) Del mismo modo, en sus alegaciones a la propuesta de resolución (en su escrito de 26 de junio de 2023), TELEFÓNICA considera que la Dirección de Competencia ha llevado a cabo una interpretación particular, exorbitada y contraria a la doctrina del Tribunal Supremo, pareciendo querer reescribir los compromisos y hacer una interpretación extensiva de los mismos, incurriendo en una desviación de poder.
- (77) Al respecto, como ya hiciera el órgano instructor, este Consejo reitera que 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.
- (78) Con respecto a la interpretación de los compromisos a los que la CNMC condiciona la autorización de una concentración económica, la Audiencia Nacional afirma que⁵¹: *“Los compromisos deben interpretarse de forma conjunta, coherente y coordinada, y no de manera aislada, incongruente y descoordinada porque esto permitiría el efectivo vaciamiento de los mismos”*.
- (79) Por ello, como se motiva en los siguientes subepígrafes, la interpretación llevada a cabo por el Dirección de Competencia, a juicio de este Consejo, resulta coherente, coordinada, previsible y se encuentra en línea con el espíritu de los compromisos aprobados, por lo que no cabe, de ningún modo, defender dicha interpretación como una suerte de desviación de poder objeto de anulabilidad.

3.4.1.1. Incumplimiento del compromiso 2.9 en lo relativo a la exclusión de los contenidos de Fórmula 1 de la oferta mayorista de canales

- (80) Mediante contrato de 15 de octubre de 2020 TELEFÓNICA ha adquirido con carácter exclusivo la *Formula One World Championship Limited (FOM)*, los derechos del campeonato de Fórmula 1 para las temporadas 2021, 2022 y 2023.
- (81) En virtud del acuerdo abreviado de fecha 7 de enero de 2021, suscrito entre TELEFÓNICA y DAZN, TELEFÓNICA ha concedido (sublicenciado) a DAZN en exclusiva sus derechos del campeonato de Fórmula 1, que TELEFÓNICA había adquirido con carácter exclusivo a FOM, para las temporadas 2021, 2022 y 2023, tal y como se detalla en la cláusula 3 y en la cláusula 14⁵² del mencionado

⁵¹ Sentencia de la Audiencia Nacional, de 30 de marzo de 2012, ECLI:ES:AN:2012:1533.

⁵² **[CONFIDENCIAL]**.

acuerdo. La sublicencia exclusiva ha sido autorizada por FOM con fecha 25 de enero de 2021.

- (82) El compromiso 2.9 obliga a TELEFÓNICA a poner a disposición de otros operadores de televisión de pago en España una oferta mayorista de canales propios *premium*, al establecer que *“la oferta mayorista de canales propios se pondrá a disposición de todos los operadores de televisión de pago en España en régimen de no exclusividad, incluidos los OTT, y podrá ser distribuida a nivel minorista por los adquirentes tanto en el segmento residencial como no residencial”*.
- (83) El apartado c) del compromiso 2.9 precisa que *“c) La oferta mayorista de canales propios vendrá integrada por todos los canales de la oferta minorista de la entidad resultante que se consideren premium e incluirá no solo los canales lineales, sino también los asimilados que emiten contenidos en modalidad no lineal SVOD.”*
- (84) Según el apartado d) del compromiso 2.9, se considera canal *premium* aquél que incluya, entre otros contenidos, algún evento deportivo en directo de Fórmula 1.
- (85) El compromiso 2.9 establece por tanto un sistema de comercialización regulado para contenidos *premium* a través de una oferta mayorista de canales. La cesión en exclusiva de estos contenidos en favor de un determinado operador, en este caso DAZN, y su consiguiente exclusión de la oferta mayorista, se considera contraria al compromiso 2.9.
- (86) Por otra parte, el proporcionar a DAZN acceso a estos contenidos en condiciones diferentes al resto de operadores es contrario al compromiso 2.9.j que exige que la oferta mayorista se realice en condiciones no discriminatorias.
- (87) A ello ha de unirse que, en el mismo acuerdo de 7 de enero de 2021 en el que TELEFÓNICA sublicencia estos contenidos de Fórmula 1 en exclusiva en favor de DAZN, TELEFÓNICA adquiere simultáneamente para sus propios clientes los derechos correspondientes a estos mismos contenidos. El resultado práctico ha sido que TELEFÓNICA ha seguido disponiendo de los contenidos de Fórmula 1 para sus clientes. Ello ha tenido como resultado eludir la obligación de los compromisos de ofrecer estos contenidos *premium* al resto de competidores del mercado de televisión de pago, incluyéndolos en la oferta mayorista de canales.
- (88) Además de la imposibilidad de que los competidores de TELEFÓNICA pudieran tener acceso a los contenidos *premium* de Fórmula 1, la desaparición del canal *Fórmula 1* de la oferta mayorista ha provocado el efecto de reducir el número máximo de canales de la oferta mayorista que podían contratar. El compromiso 2.9.f prevé que *“Cada grupo empresarial de operadores de televisión de pago podrá adquirir un número de canales equivalente como máximo al 50% (con redondeo al alza) del número total de canales que integren la oferta mayorista”*

de canales premium propios de la entidad resultante (incluida la oferta de contenidos en modalidad SVOD desvinculada de un servicio lineal)”.

- (89) Con anterioridad al momento en que el canal *Fórmula 1* fue eliminado de la oferta mayorista, TELEFÓNICA había venido incluyendo en su oferta mayorista, bien seis canales (en las tres primeras ofertas mayoristas) o bien cinco canales (en las ofertas mayoristas siguientes), por lo cual, según el compromiso 2.9.f) cada operador podía contratar hasta tres canales.
- (90) Sin embargo, desde que el canal *Fórmula 1* queda excluido de la oferta mayorista de TELEFÓNICA de 2021 (la sexta oferta mayoristas), la oferta mayorista contaba con cuatro canales, quedando por tanto limitado a dos el número máximo de canales que otros operadores podían adquirir. Este efecto negativo sobre el resto de los operadores se ha mantenido hasta el 29 de julio de 2021, fecha en la que TELEFÓNICA modifica las condiciones de la oferta mayorista para permitir la contratación de un 75% del total de canales de la oferta (es decir 3 canales).
- (91) Si bien TELEFÓNICA alega que no estaba obligada a incluir un número de terminado de canales en la Oferta Mayorista, este Consejo, en coincidencia con el órgano instructor, reitera que lo anterior no es objeto de reproche sancionador, toda vez que no constituye en sí mismo un incumplimiento del compromiso 2.9.f) puesto que no se ha alterado la regla prevista en este compromiso. No obstante, se trae a colación en la presente resolución por ser manifestación de uno de los efectos negativos para la competencia en el mercado provocados por el acuerdo abreviado de 7 de enero de 2021, al generar una disminución del número de canales disponibles en la Oferta Mayorista para su contratación por terceros operadores, o dicho de otro modo, por elevar el peso porcentual que tiene cada canal premium disponible de la oferta mayorista de cara a su contratación por otros operadores que se recuerda, los compromisos fijaban en el 50% del total.
- (92) El Canal *Fórmula 1* ha sido incluido en la oferta mayorista de canales con fecha 16 de febrero de 2022. El acceso efectivo al canal por parte de DAZN, el operador que ha adquirido este canal a través de la oferta mayorista se ha producido con fecha 22 de febrero de 2022.
- (93) De acuerdo con todo ello, TELEFÓNICA ha incumplido el compromiso 2.9 (en particular sus epígrafes a, c y j) relativo a su obligación de poner a disposición de otros operadores de televisión de pago en España una oferta mayorista que incluya los contenidos *premium* de *Fórmula 1* adquiridos en exclusiva por TELEFÓNICA, en condiciones no discriminatorias, al haber excluido los contenidos de *Fórmula 1* de su oferta mayorista de 2021 y haberlos comercializado en exclusiva en favor de DAZN, durante el periodo comprendido entre el 7 de enero de 2021, fecha en la que se firmó el acuerdo abreviado, y el

31 de diciembre de 2021, fecha en la que, según el *Termination Agreement* de 15 de febrero de 2022, se habría dado por finalizado dicho acuerdo de 7 de enero de 2021⁵³, abriéndose a partir de ese momento un periodo transitorio, acordado entre las partes, para permitir a DAZN que pudiera continuar con su oferta comercial en el caso de que decidiese acceder al canal mayorista que TELEFÓNICA pondría a disposición de terceros en el marco de la Oferta Mayorista para la temporada 2022..

- (94) Como resultado de la exclusión de los contenidos de Fórmula 1 de la oferta mayorista, además de la imposibilidad de que los competidores pudieran acceder a este contenido *premium*, otra de las consecuencias es que durante ese periodo los operadores de televisión de pago han visto limitada su capacidad para contratar canales de la oferta mayorista que se ha reducido de tres a dos canales, como consecuencia de la eliminación de los contenidos de Fórmula 1.
- (95) TELEFÓNICA alega en el acuerdo de incoación y en la propuesta de resolución que el compromiso 2.9 se refiere exclusivamente a canales y no a contenidos. Alega además que el compromiso 2.9 no ampara la obligación impuesta por la resolución de 22 de julio de 2021 de incorporar los contenidos de Fórmula 1 en la oferta mayorista de canales de Telefónica. Argumenta para ello que conforme el compromiso 2.9.c solo deben formar parte de la oferta mayorista aquellos canales *premium* que formen parte de la oferta minorista de Telefónica. TELEFÓNICA alega que es libre para desinvertir los derechos sobre contenidos individuales que hubiera adquirido y rentabilizarlos. TELEFÓNICA también alega que sería libre para determinar el número de canales de su oferta mayorista, así como sus contenidos. Todo ello en el marco de la libertad de empresa.
- (96) A juicio de este Consejo, como del órgano instructor, si bien el compromiso 2.9 hace referencia a los canales de televisión lineales, contempla igualmente en los apartados antes resaltados que dicha oferta deberá también estar disponible para OTT, y no estará limitada a canales lineales, sino que también en lo que se refiere a modalidades de explotación no lineales (**SVOD**). Estas modalidades de explotación no lineales, contempladas específicamente en los compromisos, hacen referencia por tanto esencialmente a contenidos para su explotación en modalidades no lineales propias del modelo de negocio de los OTT. Una interpretación de los compromisos que quedara limitada a canales lineales excluiría a los OTT de la oferta mayorista (cuando el compromiso incluye explícitamente a los OTT).
- (97) Los propios compromisos en su nota al pie 1 definen lo que ha de entenderse por SVOD señalando que se trata de una modalidad desvinculada de la emisión lineal (canales): *“Permite el acceso en la modalidad de emisión no lineal (y*

⁵³ Folios 579-582.

totalmente desvinculada de la emisión lineal) a una parte de los contenidos audiovisuales de la plataforma mediante el pago de una tarifa plana, que suele ser mensual”.

- (98) La inclusión en la oferta mayorista de la explotación de contenidos bajo modalidad SVOD resulta por tanto explícita y es además perfectamente consistente con la finalidad y espíritu de los mismos.
- (99) Por otro lado, respecto a la inclusión de contenidos *premium* en la oferta de canales, el análisis efectuado en el año 2015 con motivo de la concentración C/0612/14 que fue autorizada con compromisos resulta clarificadora en cuanto al alcance de las obligaciones de TELEFÓNICA relacionadas con el contenido de la oferta mayorista de canales. En el Informe Propuesta en segunda fase del expediente C/0612/14 TELEFÓNICA/DTS⁵⁴ (IP en segunda fase) recoge en sus apartados (1057) y (1058)⁵⁵ y (1078) a (1100) una clara referencia a que TELEFÓNICA debe poner a disposición del resto de operadores los contenidos *premium* que TELEFÓNICA hubiera adquirido en exclusiva.
- (100) Los propios compromisos abundan en esta interpretación de que la oferta mayorista debe incorporar los contenidos *premium* que haya adquirido TELEFÓNICA, y recogen al mismo tiempo determinadas limitaciones al contenido de su oferta mayorista.
- (101) Por una parte el compromiso 2.9.e) señala en su párrafo segundo lo siguiente: *“En el caso en que la entidad resultante no sea titular de la totalidad de los derechos de emisión en España correspondientes a las competiciones de la Liga de Primera División de Fútbol y Copa de S.M. el Rey de Fútbol, no estará obligada a poner a disposición los derechos que disfrute a aquellos grupos empresariales que, siendo igualmente titulares de derechos de emisión en exclusiva en la misma competición y temporada, no cedan recíprocamente a la entidad resultante sus correspondientes derechos en condiciones equivalentes.”*

⁵⁴ https://www.cnmc.es/sites/default/files/755700_18.pdf.

⁵⁵ *“(1057) Por el contrario, las exclusividades de los contratos referidos a contenidos deportivos (compromiso 2.4) deben ser admitidas para cualquier modalidad de emisión tal como viene produciéndose hasta ahora, con el fin de permitir a la entidad resultante cierta diferenciación respecto de sus competidores, al igual que con las exclusividades anteriormente mencionadas en relación con los derechos de contenidos no deportivos para la emisión lineal y SVOD de estreno, y en particular para rentabilizar los elevados importes que se pagan por los mismos.*

(1058) En este sentido, se ha considerado más efectivo permitir exclusividades en este tipo de contenidos pero obligando a la entidad resultante a poner a disposición del resto de operadores dichos contenidos a través de una oferta mayorista de canales editados por la entidad resultante que incluyen contenidos premium, que prohibir las exclusividades, con el riesgo de que se establezcan exclusividades de facto y los desincentivos a la diferenciación entre los operadores.”

- (102) De este compromiso se deduce de manera inequívoca, en línea con lo ya recogido en el IP en segunda fase, que TELEFÓNICA se obliga a poner a disposición de terceros los derechos de determinadas competiciones futbolísticas, sobre un principio de reciprocidad. Este compromiso ofrecido por la propia TELEFÓNICA no hace referencia a canales sino a contenidos *premium* concretos que, conforme al objetivo de la oferta mayorista, deberán estar a disposición de sus competidores.
- (103) Por otra parte, el compromiso 2.9.f) establece en su párrafo sexto que “*La entidad resultante podrá excluir del canal contenidos propios, siempre y cuando no se deteriore significativamente la calidad del canal ofertado y se sustituyan dichos contenidos por otros de calidad suficiente de forma que no haya franjas horarias en negro.*”
- (104) Una vez más, se establecen limitaciones respecto de los contenidos que deben incluirse en los canales de la oferta mayorista al objeto de garantizar no solo que se ofrecen los contenidos calificados como *premium* a los competidores sino también que se preserva la calidad de los canales ofertados.
- (105) En conclusión, por las razones señaladas, los compromisos incluyen la obligación de ofrecer a través de la oferta mayorista los contenidos *premium* que haya adquirido TELEFÓNICA, tanto a través de canales lineales de televisión, como para su explotación en modalidad SVOD.
- (106) Los argumentos señalados sobre el alcance de sus obligaciones en relación con la oferta mayorista responden a elementos que ya eran conocidos por la propia TELEFÓNICA y estaban bien delimitados con anterioridad, muchos de ellos desde el año 2015 con motivo del análisis de la concentración C/0612/14.
- (107) Respecto a la libertad de empresa de TELEFÓNICA (para desinvertir en los derechos adquiridos y rentabilizarlos, así como para configurar su oferta mayorista con libertad en cuanto al número de canales y sus contenidos), procede reiterar que los compromisos fueron ofrecidos de manera voluntaria por parte de TELEFÓNICA, y que la autorización de la concentración se subordinó al cumplimiento de los mismos, todo ello con el objeto de paliar los diversos efectos negativos para la competencia identificados en el análisis de la operación en diferentes mercados. Dichos compromisos incluyen determinadas limitaciones a la capacidad de actuación de TELEFÓNICA, entre otros aspectos en la adquisición de contenidos y en su comercialización que, como no puede ser de otra manera, conllevan unas restricciones a la libertad de empresa durante el periodo en el que los compromisos se mantengan en vigor.
- (108) Es por ello que la capacidad de TELEFÓNICA para rentabilizar y comercializar los derechos adquiridos, y para configurar su oferta mayorista de canales, debe

quedar sujeta en todo caso a lo que lo que señalan los compromisos, presentados por la propia empresa.

- (109) Así, los compromisos establecen un determinado mecanismo para la adquisición y explotación de contenidos audiovisuales, basado en ciertas limitaciones para su adquisición (compromisos 2.1 a 2.8) y un sistema reglado para comercialización y explotación de los contenidos *premium* (compromiso 2.9 y Anexo 1), en particular garantizando que estos contenidos exclusivos y de alto valor, estuvieran a disposición del resto de operadores presentes en el mercado de la televisión de pago (incluidos los OTT) en condiciones regladas y no discriminatorias a través de una oferta mayorista de canales lineales.
- (110) Por las razones ya señaladas y que ya quedaron delimitadas y precisadas en la autorización de la operación de concentración, TELEFÓNICA debe garantizar que los contenidos calificados como *premium* conforme al compromiso 2.9.d) primer párrafo⁵⁶ estén a disposición del resto de operadores a través de la oferta mayorista de canales tanto a través de canales lineales y también en la modalidad no lineal SVOD.
- (111) En virtud del acuerdo con DAZN de 7 de enero de 2021, TELEFÓNICA ha comercializado los contenidos *premium* de Fórmula 1 en favor de un determinado operador (DAZN) cuando los compromisos establecen un procedimiento reglado para la comercialización de estos contenidos *premium* que deben estar accesibles a todos los operadores de manera transparente y no discriminatoria, y al mismo tiempo sigue disponiendo para sus clientes de estos contenidos en condiciones similares a los que ya venía disfrutando, con incumplimiento de lo previsto en el compromiso 2.9 respecto de la obligación de poner a disposición del resto de operadores una oferta mayorista.
- (112) Si bien este Consejo coincide con TELEFÓNICA cuando pone de manifiesto que los compromisos no establecen el número mínimo o máximo de canales de dicha oferta, o la concreta organización de los contenidos dentro de los mismos, cuestiones que no se reprochan en este procedimiento sancionador, lo cierto es que dicha organización de los contenidos en los canales no queda al completo arbitrio de TELEFÓNICA, dado que los propios compromisos establecen determinados límites que viene obligada a respetar.

⁵⁶ A estos efectos, se considera canal *premium* aquél que incluya algún contenido audiovisual no deportivo de estreno de los grupos empresariales denominados *Majors3* sobre el que la entidad resultante disponga de derechos de emisión en exclusiva en España, tal como se ha definido en el apartado 2.2.a), o algún evento deportivo en directo de la Liga de Primera División de Fútbol, Copa de S.M. el Rey de Fútbol, *Champions League* de Fútbol, *Europa League* de Fútbol, Campeonato del Mundo de Fútbol, Campeonato Mundial de Baloncesto, Fórmula 1, Moto GP y los Juegos Olímpicos, sobre el que la entidad resultante disponga de derechos de emisión en exclusiva en España.

- (113) Lo relevante a los efectos del presente procedimiento es que desde enero de 2021 TELEFÓNICA ha eliminado uno de los canales de su oferta mayorista, el canal *Formula 1*, canal y contenido que quedaron inaccesibles al resto de operadores desde dicha fecha como exigían los compromisos.
- (114) A juicio de este Consejo, el subterfugio utilizado por TELEFÓNICA para poder comercializar sus contenidos *premium* de Fórmula 1 al margen de la Oferta mayorista fijada en los compromisos ofrecidos por ella misma en el expte. C/0612/14 TELEFÓNICA/DTS, ha sido acogerse a una interpretación restrictiva e incoherente de los compromisos, bajo cuya perspectiva sus derechos de explotación exclusiva de la Formula 1 no estarían bajo el alcance de los compromisos acordados al tratarse de ‘contenidos’ y no de un ‘canal’ *premium* - obviando, no obstante, que en la temporada inmediatamente anterior a su acuerdo con DAZN el canal ‘*Movistar Fórmula 1*’ configurado con base en estos mismos ‘contenidos’ fue objeto de dicha Oferta Mayorista -.
- (115) Así, TELEFÓNICA defiende la cesión de sus derechos de explotación de la Fórmula 1 en exclusiva a DAZN, al margen de la Oferta mayorista, bajo una extensiva y equivocada alusión al derecho a la libertad de empresa. Lo anterior es así, porque ignora que los compromisos adquiridos en el marco de una concentración suponen precisamente un límite a dicho derecho porque persiguen garantizar la protección de otro bien jurídico, como es la existencia de una competencia efectiva en los mercados que, en todo caso, también se incardina dentro del ámbito subjetivo del art. 38 de la Constitución española.
- (116) Es decir, si bien TELEFÓNICA alega que no disponía de los derechos de los contenidos de Fórmula 1 desde que entró en vigor su acuerdo con DAZN **[CONFIDENCIAL]**, siendo DAZN libre para firmar cualquier otro acuerdo comercial con otros operadores, lo cierto es que en el mismo acuerdo de cesión de derecho, TELEFÓNICA volvió a tener acceso a dichos contenidos -si es que en alguna ocasión los perdió- al acordar con DAZN la inclusión en el marco de su oferta minorista los canales “*DAZN F1*” y “*DAZN 1*” **[CONFIDENCIAL]**.
- (117) De este modo, TELEFÓNICA pudo obviar y abstraer de la Oferta Mayorista los contenidos *premium* de Fórmula 1, a la vez que los comercializaba bilateralmente con DAZN sin, además, renunciar a su acceso, lo que tuvo como efecto negativo -que no sancionable en sí mismo, pero sí representativo de los efectivos nocivos en el mercado-, que el número de canales de la oferta mayorista que podían contratar los competidores se redujera de tres a dos, limitando la capacidad de terceros operadores para contratar dichos canales, de forma que se materializa el incumplimiento de lo señalado en el compromiso 2.9.

3.4.1.2. Incumplimiento del compromiso 2.9 y del Anexo 1.1 en lo relativo al cómputo de abonados de DAZN a los efectos del cálculo del coste mínimo garantizado.

- (118) La cláusula 22 del acuerdo *Short Form Agreement* de 7 de enero de 2021 establecía que cualquier abonado de TELEFÓNICA que reciba canales de DAZN (*DAZN package*) y/o el servicio *DAZN OTT Service* (DAZN ALC o a la carta), en base al acuerdo también contaría como abonado de DAZN a los efectos del cálculo del coste mínimo garantizado (**CMG**) en el marco de la oferta de canales mayoristas de TELEFÓNICA en España en cualquier momento, de la misma forma que el resto de los abonados de DAZN en España lo hacen actualmente⁵⁷.
- (119) Según este acuerdo, estos clientes debían ser computados por tanto como abonados de TELEFÓNICA y también como abonados de DAZN a los efectos del criterio del 75%, por ejemplo, en el caso de que DAZN optase por adquirir un canal de la oferta mayorista (por ejemplo, un canal de fútbol) sujeto al sistema de precios de CMG.
- (120) Este Consejo considera que dicha cláusula no es acorde con lo contemplado en el Anexo 1.1.a de los compromisos, que establece un sistema de determinación del precio de ciertos canales de la oferta mayorista de canales *premium* de TELEFÓNICA, en particular de canales de Fútbol, Fórmula 1 y Moto GP. Este sistema establece que el precio de estos canales para los operadores que deseen contratarlos estará sujeto a un sistema de CMG que tiene por objeto compartir el riesgo que asume TELEFÓNICA en la adquisición de derechos de emisión exclusiva en España de los citados contenidos audiovisuales de las modalidades deportivas señaladas.
- (121) Según el Anexo 1.1.a, la parte fija del coste de dichos derechos se repercutirá a los operadores de televisión de pago que adquieran dicho canal, y se repartirá entre TELEFÓNICA y los operadores de televisión de pago que adquieren dicho canal en función de tres criterios señalados en dicho compromiso. En particular el 75% de este coste se repartirá en base al porcentaje de abonados de televisión de pago del operador.
- (122) El número de abonados a la TV de pago bajo el criterio del 75% de los compromisos depende por tanto de los clientes de cada operador que son computables de acuerdo a los compromisos. La forma de realizar el cómputo ha sido objeto de varias precisiones realizadas al efecto en las resoluciones de la CNMC que han abordado esta cuestión cuando se han planteado dudas o consultas (ya sean éstos, clientes de empaquetamientos o clientes de otro tipo,

⁵⁷ **[CONFIDENCIAL]**.

siempre que sean facturados por dicho operador y deban ser computables a los efectos de dicho criterio del 75%).

- (123) TELEFÓNICA alega que ni el compromiso 2.9 ni el Anexo I amparan el cómputo de abonados conforme a la interpretación de la resolución de 22 de julio de 2021 a los efectos del cálculo del CMG. Se remite TELEFÓNICA a las alegaciones formuladas en el marco del expediente de vigilancia VC/0612/14 que dio lugar a la resolución de 22 de julio de 2021. Alega TELEFÓNICA que los clientes de TELEFÓNICA que acceden a los contenidos de DAZN aceptan las condiciones de este operador y que la interpretación realizada por la Dirección de Competencia resulta excesivamente formalista. Argumenta TELEFÓNICA que se trata de una situación no contemplada en los compromisos y que el cómputo de abonados adoptado y lo previsto en los compromisos tiene por objeto reducir el riesgo de adquisición de contenidos. Finalmente, señala TELEFÓNICA que su actuación es consistente con el criterio adoptado por la CNMC en el cómputo de abonados de *Yomvi* en la evaluación de la concentración.
- (124) De acuerdo con lo previsto en el acuerdo de 7 de enero de 2021, los clientes de TELEFÓNICA que hayan tenido acceso al paquete *DAZN Package* ya eran abonados de TELEFÓNICA que optan por este contenido adicional como parte de su contrato de servicios de televisión de pago, cuya facturación y cobro por estos servicios realiza TELEFÓNICA. El acceso al *DAZN Package* no conlleva para el cliente la suscripción de ningún contrato con DAZN ni este operador en consecuencia realiza facturación a estos clientes. En consecuencia, eran previamente clientes de TELEFÓNICA y lo seguirían siendo tras acceder a los canales del paquete *DAZN Package*, sin que puedan ser considerados clientes de DAZN, dado que no guardaban relación contractual alguna con este último operador.
- (125) La Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de la Comunicación Audiovisual (**LGCA**), en su artículo 2 (definiciones), define al “5. *Servicio de comunicación audiovisual de pago. Son servicios mediante pago o de pago aquellos servicios de comunicación audiovisual y servicios conexos que se realizan por el prestador del servicio de comunicación audiovisual a cambio de contraprestación del consumidor. Esa contraprestación se puede realizar, entre otras, en la forma de suscripción, pre-pago o pago por visión directa, ya sea para visionar o escuchar canales, programas o paquetes de programas.*” En este sentido, la contraprestación por el acceso a los contenidos de DAZN es recibida por TELEFÓNICA, por lo que serán abonados exclusivamente de TELEFÓNICA, con independencia de las características técnicas que tenga el acceso físico a dichos contenidos desde la correspondiente plataforma de TELEFÓNICA o quien sea el prestador mayorista de los mismos (i.e. DAZN).

- (126) De igual forma, el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (**LGDCU**) y otras leyes complementarias, establece en su artículo 59.bis la definición de “*b*) *“contrato de servicios”*: *todo contrato, con excepción de un contrato de venta, en virtud del cual el empresario preste o se comprometa a prestar un servicio al consumidor y usuario y éste pague o se comprometa a pagar su precio.*”. Luego, tanto en la LGCA como en la LGDCU la vinculación entre el abonado y el operador se establece por el pago del servicio en el contexto de un contrato.
- (127) La prestación del servicio minorista no puede desligarse del operador que recibe la contraprestación del cliente en base a un contrato. De igual forma, los clientes que disfrutaban de los canales (mayoristas) de fútbol *Movistar LaLiga* o *Movistar Liga de Campeones* son (solo) clientes del operador que adquirió el canal y con el que tienen un contrato por el que abonan la cuota del producto que incluye ese contenido (p.ej. TELEFÓNICA y ORANGE en la temporada 2020/2021). Así, los clientes de ORANGE no se agregan como clientes también de TELEFÓNICA (que presta el servicio mayorista).
- (128) Por otra parte, no es el acceso a un contenido concreto (por ejemplo, de DAZN) el que determina que sea abonado a la televisión de pago de un operador a los efectos del criterio del 75% del CMG, sino la capacidad para acceder a los canales de la oferta mayorista y la inmediatez en poder realizar dicho acceso como cliente del servicio contratado.
- (129) Por consiguiente, los abonados de TELEFÓNICA que hayan incorporado el paquete *DAZN Package*, no pueden computar como abonados a la TV de pago de DAZN de acuerdo al Anexo 1 de los compromisos (criterio del 75%), porque no son abonados de DAZN, siendo por tanto contraria a los compromisos la mención en el acuerdo a que “*también contarán como abonados de DAZN*”.
- (130) Respecto a la alegación de TELEFÓNICA de que esta cuestión (el rol simultáneo de cliente para ambos operadores TELEFÓNICA y DAZN) no estaba prevista en los compromisos, el Consejo coincide con el órgano instructor en que no existe ninguna “*laguna*” en este caso en los compromisos presentados por TELEFÓNICA el 14 de abril de 2015, sino que supone una interpretación incorrecta del Anexo 1 de los compromisos que los clientes a computar fuesen tanto minoristas como mayoristas.
- (131) En primer lugar, la referencia en los compromisos a los abonados a la televisión de pago no puede desviarse del concepto de la demanda de clientes finales en los respectivos segmentos, residencial y no-residencial, lo que determina de forma clara que los abonados a la televisión de pago son siempre abonados minoristas.

- (132) En segundo lugar, como tales abonados minoristas a la televisión de pago, resulta irrelevante a qué contenidos de terceros operadores accede el abonado salvo, como ya se ha establecido en resoluciones y respuestas a consultas, por tener la capacidad o potencialidad de acceder a canales de la oferta mayorista de forma inmediata (o disponer ya de ellos). En este sentido, el concepto de compartición del riesgo solo tiene sentido en el contexto del CMG de los compromisos cuando aquél está asociado a la adquisición exclusiva de contenidos en canales que forman parte de la oferta mayorista. En consecuencia, dado que los contenidos o canales de DAZN no forman parte de la oferta mayorista, en el reparto del CMG no puede contemplarse ninguna compartición por riesgo de adquisición computando para DAZN el número de abonados que accedan a dichos contenidos, pues su efecto solo repercutirá sobre los canales de la oferta mayorista que, sin embargo, no contienen tales contenidos.
- (133) En tercer lugar, el abonado a la televisión de pago (del segmento residencial o no-residencial) para un mismo servicio solo puede computar como cliente de un único operador adquirente, aquél que le identifica como abonado a su servicio en base al producto de televisión de pago por el cual el abonado/cliente final recibe la factura de su operador. Un abonado no puede tener dos contratos o recibir dos facturas de distintos operadores por la prestación del mismo servicio de televisión de pago, y solo podrá computar como cliente/abonado del operador con quien tiene realmente contratado el servicio y le factura, pues, de otro modo, se producirán distorsiones en el cálculo del CMG no solo para los operadores que suman dos veces a los mismos abonados, sino también para resto de los operadores adquirentes del canal, pudiendo repercutir potencialmente sobre la obligación de replicabilidad a la que debe sujetarse TELEFÓNICA en los compromisos.
- (134) No nos encontramos por tanto en una situación nueva o no prevista en los compromisos, sino que los clientes de TELEFÓNICA que acceden a los contenidos de DAZN son clientes exclusivamente de TELEFÓNICA al no mantener ninguna relación contractual con DAZN ni realizar ningún pago a este operador, por lo que su cómputo a efectos del CMG debe ser el señalado en el Anexo 1 de los compromisos.
- (135) En lo que se refiere al argumento relativo a la existencia de un cambio de criterio en el cálculo de cuotas respecto del adoptado en el análisis de la concentración para determinar el cómputo de abonados de *Yomvi*, debe señalarse que los dos supuestos esgrimidos por TELEFÓNICA no resultan comparables.
- (136) En el caso del análisis realizado en 2015 al que se refiere TELEFÓNICA, este se encuentra recogido en el ya citado IP en segunda fase de la C/0612/14 elaborado por la Dirección de Competencia, en concreto en su apartado VIII.1.3.

En ese apartado se realiza una valoración sobre la estructura del mercado de la televisión de pago, y en concreto sobre la evolución y estructura de la oferta.

- (137) Una parte de ese análisis se refería a la presencia de operadores de televisión de pago OTT en el mercado, entre los que se incluía *Yomvi*, un operador OTT perteneciente a DTS. El objetivo de ese análisis era por tanto tratar de estimar la oferta de servicios de televisión de pago realizada por el conjunto de operadores OTT en relación con el mercado global de televisión de pago y en concreto con los servicios de televisión de pago tradicionales. Resulta inmediato señalar que una evaluación de la presencia de operadores OTT en el mercado de la televisión de pago no resulta equiparable a una concreta fórmula de cálculo de abonados recogida en los compromisos para fijar el reparto de costes de adquisición de contenidos entre operadores que contratan la oferta mayorista de TELEFÓNICA también prevista en los compromisos.
- (138) El cálculo de abonados para determinar el CMG responde por el contrario a un procedimiento específico que viene determinado en los compromisos ofrecidos por TELEFÓNICA, y que viene fijado en el apartado 1.1.a) del Anexo 1 de los compromisos, y en lo que concierne al presente caso el criterio “*Cuota de abonados recurrentes de televisión de pago*” para el reparto del 75% del coste. En este compromiso se recoge una concreta metodología para determinar el reparto entre TELEFÓNICA y otros operadores de televisión de pago del coste fijo de adquisición de derechos de emisión exclusiva en España de los contenidos audiovisuales de terceros de Fútbol, Fórmula 1 o Moto GP. Debe recordarse que esta metodología fue propuesta por la propia TELEFÓNICA en sus compromisos, y no por parte de la CNMC. Por ello no puede compartirse que la CNMC no estaría siendo consistente con actuaciones previas cuando la metodología para realizar este cálculo ha sido elaborada por TELEFÓNICA.
- (139) En definitiva, el hecho de que los abonados de TELEFÓNICA de productos con canales de DAZN, o que accedieran al servicio DAZN OTT como abonados a la carta, computaban simultáneamente también como abonados de DAZN para el cálculo del CMG, resultaba para DAZN en un trato discriminatorio contrario al compromiso 2.9.j y al Anexo 1 de los compromisos. Por consiguiente, y en contra de lo señalado en la cláusula 22 del acuerdo de enero de 2021, los abonados de TELEFÓNICA que hayan incorporado contenidos del paquete DAZN, no pueden computar como abonados a la TV de pago de DAZN de acuerdo al Anexo 1 de los compromisos (criterio del 75%), porque no son abonados de DAZN, estimando este Consejo que la mención en el acuerdo a que “*también contarán como abonados de DAZN*” resulta contraria a los compromisos.
- (140) El acuerdo de 7 de enero de 2021 ha sido finalizado mediante acuerdo *Termination Agreement* entre TELEFÓNICA y DAZN de 15 de febrero de 2022, con efectos retroactivos a 31 de diciembre de 2021, si bien se han mantenido

transitoriamente ciertas condiciones hasta que DAZN ha tenido acceso efectivo al canal *Fórmula 1* a través de la oferta mayorista de canales de 2022.

- (141) Todo ello implica un incumplimiento del compromiso 2.9 y del Anexo 1 (apartado 1.1) de los compromisos durante el periodo entre el 7 de enero y el 31 de diciembre de 2021.
- (142) Dicho incumplimiento tiene además efectos que se detallan a continuación. En el supuesto de que DAZN quisiera acceder a un canal de fútbol bajo el CMG, la antedicha cláusula conlleva el efecto de ‘incrementar’ el número de abonados de DAZN y su número global para todos los operadores que quisieran acceder al mismo canal, disminuyendo las cuotas aplicables por el 75% del CMG para TELEFÓNICA y otros operadores. En cambio, DAZN vería incrementada su cuota en el criterio del 75% de forma muy considerable (pues el número de abonados extra superaba con creces los propios).
- (143) Ello tiene como resultado limitar la capacidad de DAZN para poder acceder a la contratación de canales de la oferta mayorista de TELEFÓNICA sujetos al sistema de CMG (por ejemplo, canales de fútbol). A ello debe unirse que DAZN es competidor de TELEFÓNICA en el mercado minorista de televisión de pago en España y el principal competidor especializado en contenidos deportivos.

3.4.1.3. Incumplimiento del compromiso 2.10 en lo relativo a la consideración de exclusivas de facto

- (144) El compromiso 2.10 Adquisición de derechos de emisión en España de canales de televisión editados por terceros, señala que *“La entidad resultante no adquirirá ni explotará derechos exclusivos de emisión, transporte, difusión o explotación en España de canales de televisión editados por terceros. Se considerará que también existe adquisición exclusiva cuando los contratos limiten a algún operador la explotación de los contenidos o limiten de alguna forma las modalidades de emisión, la calidad o los dispositivos utilizados que pueden adquirir terceros. Tampoco se permitirá la inclusión en los contratos de cláusulas que de una u otra forma permitan las exclusivas de facto (i.e. Cláusula de nación más favorecida)”*.
- (145) Este compromiso afecta *“no solo a los canales existentes actualmente sino a cualquier otro canal que pueda ser editado y comercializado por terceros en un futuro y se entenderá exigible respecto a cualquier plataforma tecnológica de explotación de televisión de pago, incluyendo la televisión móvil y la televisión por Internet.”*
- (146) El acuerdo de 7 de enero de 2021, en lo relativo al denominado *DAZN Package*, incluía el acceso por los clientes de TELEFÓNICA a varios canales de televisión

de DAZN ('DAZN' 1 y 'DAZN F1'). En su cláusula 7 preveía compensaciones a TELEFÓNICA en caso de que DAZN alcanzase acuerdos con terceros para ofrecer sus contenidos, limitando en la práctica la capacidad de que disponía DAZN para llegar a acuerdos con otros operadores de TV de pago. Este aspecto debe ligarse también al reconocimiento en favor de TELEFÓNICA de una cláusula de '*nación más favorecida*' incluida en la cláusula 9 el acuerdo.

- (147) TELEFÓNICA se reservaba, por tanto, una capacidad de represalia ante potenciales acuerdos de DAZN con terceros sobre sus contenidos, **[CONFIDENCIAL]**, lo que, a la luz de lo planteado en el acuerdo que **[CONFIDENCIAL]**, se traduciría necesariamente en una compensación neta de DAZN a favor de TELEFÓNICA (o una solución alternativa). Dicha compensación es disuasoria para DAZN, frustrando cualquier posible acuerdo de cesión no exclusiva de los mismos derechos a terceros que pudiera plantearse, pues TELEFÓNICA disponía siempre de la capacidad de rechazar cualquier contrapartida planteada por DAZN y dar por terminado el acuerdo (ya sea el abreviado o el acuerdo final), al no estar especificado *ex ante* el mecanismo para la determinación de las potenciales compensaciones.
- (148) La cláusula 9 (tarifas) del acuerdo, ya referida, establecía además un sistema de *cláusula de nación más favorecida* en favor de TELEFÓNICA en relación con los acuerdos que pueda suscribir DAZN con terceros operadores, lo que se considera contrario al compromiso 2.10 que de manera expresa excluye la posibilidad de que TELEFÓNICA incorpore este tipo de cláusulas en los contratos que suscriba de adquisición de derechos de emisión en España de canales de televisión editados por terceros.
- (149) En la práctica estas cláusulas implican una limitación para que terceros operadores puedan alcanzar acuerdos con DAZN para acceder a los canales ofrecidos a TELEFÓNICA (*DAZN 1* y *DAZN F1*) con contenidos tan relevantes como Fórmula 1, MotoGP, la *Premier League* o la *Euroleague Basketball*, entre otros.
- (150) Debe tenerse en cuenta que, conforme al acuerdo, TELEFÓNICA adquirió el derecho a ofrecer estos canales a **[CONFIDENCIAL]**. Esta base de clientes para la que TELEFÓNICA adquirió el derecho de los canales señalados era superior al total de clientes de televisión de cualquiera de los operadores presentes en el mercado que en ese periodo ofrecían a sus clientes canales lineales de TV de pago, a excepción de Vodafone. Según los datos de CNMCData, a final de 2020 Vodafone contaba con 1,6 millones de clientes, Orange con 0,67 millones y Euskaltel con 0,45 millones. A final de 2020, **[CONFIDENCIAL]** de clientes de TELEFÓNICA disponían del *canal F1*, lo que representa alrededor del **[CONFIDENCIAL]**% de los 3,93 millones de clientes de TV de pago totales de este operador.

- (151) Una reducción en el precio unitario pagado por TELEFÓNICA que debiera asumir DAZN como consecuencia de la comercialización de sus contenidos a terceros superaría fácilmente el importe total de los ingresos que pudiera obtener DAZN por el acuerdo con terceros operadores debido a la reducida base de clientes de éstos últimos. Incluso en una hipótesis conservadora y asumiendo que un operador alternativo pudiera conseguir una penetración del **[CONFIDENCIAL]**%, similar a la conseguida por TELEFÓNICA cuando ha venido explotando su *canal F1* en exclusiva, nos llevaría en el caso del competidor con mayor base de clientes (Vodafone) a **[CONFIDENCIAL]** del total de clientes de TELEFÓNICA con acceso a contenidos de DAZN.
- (152) Una situación similar se ha mantenido durante el periodo entre enero de 2021 y febrero de 2022. En este periodo el promedio de clientes de TELEFÓNICA con acceso a los contenidos del *DAZN Package* ha sido de **[CONFIDENCIAL]**.
- (153) Por ejemplo, en diciembre de 2021 un total de **[CONFIDENCIAL]** clientes de TELEFÓNICA tenían acceso a contenidos de Fórmula 1 a través del *DAZN Package* lo que representa un **[CONFIDENCIAL]**% de los 3.712.835 accesos⁵⁸ de TV de pago de TELEFÓNICA en esa fecha. En esa misma fecha el segundo operador con canales lineales seguía siendo Vodafone con 1.521.758 accesos de TV de pago. Asumiendo que Vodafone pudiera conseguir una penetración similar a la conseguida permitiría a Vodafone alcanzar **[CONFIDENCIAL]** clientes con contenidos de Fórmula 1, aproximadamente un **[CONFIDENCIAL]**% del total de clientes de TELEFÓNICA con acceso a contenidos de DAZN.
- (154) En resumen, la aplicación de una rebaja, a modo de compensación, en el precio pagado por TELEFÓNICA a DAZN por acceder a sus canales lineales en caso de que DAZN comercializara sus contenidos a terceros operadores, dificulta esta comercialización y podría hacerla incluso inviable debido a la gran base de clientes de la plataforma de TELEFÓNICA frente a la de sus competidores y el hecho de que dicha penalización supera fácilmente los ingresos que DAZN obtendría a cambio de dar acceso a sus contenidos a los clientes de terceros operadores, todo ello en contravención del compromiso 2.10 que prohíbe a TELEFÓNICA “*la inclusión en los contratos de cláusulas que de una u otra forma permitan las exclusivas de facto (i.e. Cláusula de nación más favorecida)*”.
- (155) TELEFÓNICA alega que el Compromiso 2.10 que prohíbe las cláusulas que “*permitan las exclusivas de facto*” no ampara la obligación de supresión de las cláusulas siete y nueve del Acuerdo de 7 de enero de 2021.
- (156) Alega que la cláusula séptima “*preveía un derecho de compensación a favor de Telefónica, pero –y se trata de un matiz importante– no para el caso de que*

⁵⁸ CNMC Data.

DAZN pusiera el mismo paquete DAZN o el servicio OTT DAZN a disposición de terceros, sino para el caso de que DAZN decidiera explotar o autorizar la explotación de sus contenidos a través de otro canal, Servicio OTT, paquete o medio de distribución diferente al concedido a Telefónica o que dichos contenidos estuvieran disponibles en los canales de otros editores.”

- (157) En lo que se refiere a la cláusula novena TELEFÓNICA alega que tenía por objeto asegurar que no se diera un trato discriminatorio en perjuicio de Telefónica dado el elevado número de clientes que estaba comprometiendo por medio del acuerdo a favor de DAZN, respondiendo a una lógica económica evidente. Argumenta TELEFÓNICA que tanto esta cláusula como una posterior modificación de la misma fueron incorrectamente calificados como contrarios al compromiso 2.10.
- (158) A este respecto, cabe destacar que en el presente procedimiento no se hace referencia a que la cláusula 7 del acuerdo con DAZN esté relacionada con la puesta a disposición a terceros del mismo paquete DAZN, por lo que la valoración de la compatibilidad de esta cláusula con los compromisos se realiza a partir de la hipótesis de que se refiere a la explotación de contenidos mediante acuerdos con terceros. No existe por tanto diferencia entre lo alegado por TELEFÓNICA y lo evaluado en este expediente en cuanto al alcance del contenido de la cláusula 7 del acuerdo de enero de 2021.
- (159) Al margen de lo anterior, la referencia a la situación en la que DAZN explotará sus contenidos mediante acuerdos con terceros es más amplia que el caso concreto de que ofreciera a terceros el mismo “*paquete DAZN*” objeto del acuerdo de enero de 2021. Un acuerdo para ofrecer a terceros el “*paquete DAZN*” estaría comprendido dentro de la categoría más amplia de acuerdos con terceros para explotar contenidos. Por ello la concreta formulación del acuerdo por ser más amplia, resulta incluso más gravosa en cuanto al cumplimiento de los compromisos que una formulación que limitara la compensación en caso de acuerdos de DAZN con terceros para explotar exactamente los mismos canales y paquetes que los acordados con TELEFÓNICA en enero de 2021.
- (160) En lo relativo a la cláusula 9 del acuerdo de enero de 2021, el compromiso 2.10 señala expresamente que “*Tampoco se permitirá la inclusión en los contratos de cláusulas que de una u otra forma permitan las exclusivas de facto (i.e. Cláusula de nación más favorecida).*”
- (161) En el IP en segunda fase⁵⁹ elaborado en la C/0612/14, se hace una expresa referencia a las cláusulas de nación más favorecida y los motivos por los que

⁵⁹ Párrafo 807, nota al pie 88.

representan un riesgo de cierre de mercado que es aplicable de manera directa al presente procedimiento, y que señala lo siguiente:

“Pactando con el proveedor precios bastante elevados, con el compromiso de que si el proveedor vende el contenido a un competidor a un precio más bajo, el precio pagado por TELEFÓNICA se ajustaría a la baja, igualándose con el del competidor. Esto se puede convertir en un poderoso desincentivo de los proveedores a vender sus contenidos a terceros, que por su escasa base de clientes de televisión de pago no podrían igualar los precios pagados por la entidad resultante.”

- (162) La cláusula 9 del acuerdo establecía precisamente un sistema de *cláusula de nación más favorecida* en favor de TELEFÓNICA contrario a los compromisos.
- (163) En cuanto a las alegaciones de TELEFÓNICA respecto de la lógica económica de la cláusula 9 del acuerdo, y la necesidad de proteger su inversión, debe señalarse que el presente procedimiento tiene por objeto determinar si dicha cláusula conlleva un incumplimiento de los compromisos a que se condicionó la concentración C/612/14, y por tanto constituye una infracción de las previstas en la LDC.
- (164) No se cuestiona que dicha cláusula pueda tener mayor o menor lógica económica o que resulte favorable para TELEFÓNICA. Los compromisos constituyen precisamente limitaciones a la capacidad de actuación de TELEFÓNICA de manera que en lugar de poder actuar persiguiendo exclusivamente sus intereses como empresa, deba sujetarse a determinadas limitaciones para prevenir los riesgos para la competencia identificados en el análisis de la operación de concentración.
- (165) Resulta evidente que los compromisos no contemplan como excepción a su cumplimiento por parte de TELEFÓNICA elementos como que respondan a una lógica económica o sean beneficiosos para esta empresa por ejemplo para proteger sus inversiones, dado que los compromisos persiguen precisamente equilibrar los potenciales beneficios económicos que TELEFÓNICA pudiese obtener con la capacidad de competir en igualdad de condiciones por otros operadores.
- (166) Por todo ello, a juicio de este Consejo, las cláusulas 7 y 9 del acuerdo suponen una contravención del compromiso 2.10.
- (167) Mediante acuerdo de 15 de junio de 2021 se suprimió en la cláusula 7 del acuerdo de enero de 2021 la referencia a las compensaciones de precio que podía solicitar TELEFÓNICA en caso de que DAZN alcanzase un acuerdo con terceros. Se modificó la cláusula 9 del acuerdo de enero de 2021 eliminándose la referencia directa a la cláusula de nación más favorecida pactada en favor de TELEFÓNICA, que es sustituida por una nueva redacción. El contenido de la

cláusula 9, tras su modificación de fecha 15 de junio de 2021, prevé que los precios mayoristas a pagar por TELEFÓNICA se basan en que **[CONFIDENCIAL]**.

- (168) A juicio de este Consejo, al igual que el órgano instructor, esta referencia recogida en la nueva cláusula 9, resulta también incompatible con el compromiso 2.10, por las mismas razones ya expuestas respecto de las cláusulas 7 y 9 del acuerdo de 7 de enero de 2021 previas a la modificación.
- (169) El acuerdo de 7 de enero de 2021, modificado mediante acuerdo de 15 de junio de 2021, ha sido finalizado mediante acuerdo de entre TELEFÓNICA y DAZN de 15 de febrero de 2022 con efectos retroactivos a 31 de diciembre de 2021, si bien se han mantenido transitoriamente en vigor ciertas condiciones hasta el 22 de febrero de 2022 fecha en la que DAZN ha tenido acceso efectivo al canal *Fórmula 1* a través de la oferta mayorista de canales de 2022.
- (170) Todo ello implica un incumplimiento del compromiso 2.10 consistente en la inclusión en el acuerdo de 7 de enero de 2021 modificado mediante acuerdo de 15 de junio de 2021 de cláusulas que de una u otra forma permitan las exclusivas de facto (i.e. Cláusula de nación más favorecida), prohibidas en el compromiso 2.10, durante el periodo entre el 7 de enero y el 31 de diciembre de 2021.

3.4.1.4. Conclusión

- (171) En virtud de todo lo anterior, este Consejo considera que ha quedado acreditado el incumplimiento por parte de TELEFÓNICA de los compromisos a que fue condicionada la autorización de la operación de concentración C/0612/14 (mediante Resolución del Consejo de la CNMC de 22 de abril de 2015) identificándose una total identidad entre los hechos acreditados por la Dirección de Competencia y la conducta prohibida por los mencionados compromisos. En concreto, ha quedado acreditado:
- El incumplimiento del compromiso 2.9 (en particular sus epígrafes a, c y j), al haber excluido los contenidos premium de *Fórmula 1* de su oferta mayorista y haberlos comercializado en exclusiva en favor de DAZN.
 - El incumplimiento del compromiso 2.9 y el Anexo 1 (en su apartado 1.1), al haber incluido en el acuerdo de 7 de enero de 2021 una previsión por la que cualquier abonado de TELEFÓNICA que reciba contenidos de DAZN en base al acuerdo también contará como abonado de DAZN a los efectos del cálculo del coste mínimo garantizado (en el marco de la oferta de canales mayoristas de TELEFÓNICA en España).
 - El incumplimiento del compromiso 2.10, por la inclusión en el acuerdo de 7 de enero de 2021 (modificado mediante acuerdo de 15 de junio de 2021) de cláusulas que de una u otra forma permitan las exclusivas de facto (i.e. Cláusula de nación más favorecida).

3.4.2. Duración de la infracción

- (172) Atendiendo a las alegaciones de TELEFÓNICA en relación con el hecho de que la duración de la conducta habría sido en todo caso inferior a la planteada en la propuesta de resolución, este Consejo ha delimitado la duración de la misma al período comprendido entre el 7 de enero y el 31 de diciembre de 2021.
- (173) Lo anterior, bajo la consideración de que el incumplimiento de los compromisos y la conducta se habría materializado con la firma del acuerdo el 7 de enero de 2021 y al hecho de que según el *Termination Agreement* de 15 de febrero de 2022, se habría dado por finalizado el mencionado acuerdo con efectos retroactivos a 31 de diciembre de 2021⁶⁰, abriéndose a partir de ese momento un periodo transitorio, acordado entre las partes, para permitir a DAZN que pudiera continuar con su oferta comercial en el caso de que decidiese acceder al canal mayorista que TELEFÓNICA pondría a disposición de terceros en el marco de la Oferta Mayorista para la temporada 2022.

3.4.3. Antijuridicidad

- (174) TELEFÓNICA alega ausencia de antijuridicidad porque no se ha producido lesión del bien jurídico protegido, no hay perjuicio para los demás operadores ni ventaja competitiva para la propia TELEFÓNICA.
- (175) Argumenta que en el presente caso no existe una confrontación entre la conducta y el ordenamiento jurídico, ni se ha lesionado el bien jurídico protegido. Destaca que su acuerdo con DAZN es procompetitivo y no limita la libertad comercial de las partes, reportando un claro beneficio a los consumidores.
- (176) Sin embargo, a juicio de este Consejo, en consonancia con el órgano instructor, en el caso de la conducta señalada nos encontramos con un incumplimiento de los compromisos, cuyo contenido y alcance eran conocidos para TELEFÓNICA. Los aspectos analizados en el presente procedimiento se encuentran perfectamente motivados, responden a una interpretación correcta de los compromisos, incluso con referencia a la precisión del alcance de los mismos recogida en el IP en segunda fase que TELEFÓNICA conoce ya desde el año 2015 con motivo del expediente C/612/14 en el que se analizó la concentración, y se fundamentan en todos los casos en consideraciones objetivas y razonables.
- (177) Debe recordarse que el presente procedimiento tiene por objeto analizar la existencia de un incumplimiento de los compromisos a los que quedó subordinada la autorización de la operación de concentración y si ello constituye

⁶⁰ Folio 579.

una infracción de las establecidas en la LDC en particular tipificada en el artículo 62.4.c) de la LDC.

- (178) A este respecto los compromisos no contemplan excepciones al cumplimiento de los mismos atendiendo a un posible carácter procompetitivo de la conducta - que este Consejo niega-, ni al beneficio para los consumidores ni a los acuerdos comerciales suscriptor por TELEFÓNICA con otras partes.
- (179) Al contrario, pese a lo alegado por TELEFÓNICA, el incumplimiento del compromiso 2.9 (en particular sus epígrafes a, c y j), al haber excluido los contenidos premium de Fórmula 1 de su oferta mayorista y haberlos comercializado en exclusiva en favor de DAZN, provocó inicialmente⁶¹ una disminución del número de canales disponibles en la Oferta Mayorista para su contratación por terceros operadores. O dicho de otro modo, en el momento que el canal *Movistar Fórmula 1* quedó excluido de la oferta mayorista de TELEFÓNICA (la sexta oferta mayoristas), la oferta mayorista pasó a contar con cuatro canales, quedando por tanto limitado a dos el número máximo de canales que otros operadores podían adquirir.
- (180) Por otro lado, el incumplimiento del compromiso 2.9 y el Anexo 1 (en su apartado 1.1), al haber incluido en el acuerdo de 7 de enero de 2021 una previsión por la que cualquier abonado de TELEFÓNICA que reciba contenidos de DAZN, en base al acuerdo, también contará como abonado de DAZN a los efectos del cálculo del CMG (en el marco de la oferta de canales mayoristas de TELEFÓNICA en España), ha provocado que en el supuesto de que DAZN quisiera acceder a un canal de fútbol bajo el CMG, se vería incrementado el número de abonados de DAZN lo que disminuiría las cuotas aplicables por el 75% del CMG para TELEFÓNICA pero incrementándolas para DAZN de forma muy considerable (pues el número de abonados extra superaba con creces los propios).
- (181) Por ello, resulta evidente que, lejos de haber tenido efectos procompetitivos, el incumplimiento de los compromisos por parte de TELEFÓNICA ha desplegado unos evidentes efectos anticompetitivos en el mercado.
- (182) El artículo 62.4.c) de la 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.*”

⁶¹ Como ya se ha señalado previamente en esta resolución, este efecto negativo sobre el resto de los operadores se ha mantenido hasta el 29 de julio de 2021, fecha en la que TELEFÓNICA modifica las condiciones de la oferta mayorista para permitir la contratación de un 75% del total de canales de la oferta (es decir 3 canales).

- (183) El resuelve PRIMERO de la resolución de 22 de abril de 2015 acuerda “*subordinar la autorización de la concentración C/0612/14 TELEFÓNICA/DTS al cumplimiento de los compromisos presentados por TELEFÓNICA DE CONTENIDOS, S.A.U. ante la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia con fecha 14 de abril de 2015, que obligarán a TELEFÓNICA DE CONTENIDOS, S.A.U. y cualquiera de las empresas del grupo*”. El resuelve SEGUNDO prevé que los compromisos a cuyo cumplimiento se subordina la autorización de la concentración obligan a TELEFÓNICA. El resuelve TERCERO precisa que “*el incumplimiento de lo previsto en la presente Resolución se considera infracción muy grave de acuerdo con el artículo 62 de la LDC*”.
- (184) A la vista de los hechos acreditados, este Consejo concluye que TELEFÓNICA ha incumplido lo dispuesto en los apartados 2.9, 2.10 y Anexo 1.1 de los compromisos a que fue subordinada la autorización de la operación de concentración C/0612/14 TELEFÓNICA/DTS (de acuerdo con el resuelve PRIMERO de la resolución de 22 de abril de 2015), por lo que TELEFÓNICA ha incurrido en una infracción muy grave conforme a lo previsto en el artículo 62.4.c) de la LDC.

3.4.4. Responsabilidad y culpabilidad

- (185) 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.
- (186) De la infracción tipificada en el apartado de valoración jurídica, a resultas de lo recogido en los hechos probados, es responsable la mercantil TELEFONICA DE ESPAÑA S.A.U., 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.
- (187) En relación con la culpabilidad, las autoridades españolas de competencia han acogido⁶², naturalmente, que “*la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y*

⁶² 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

Tribunal Supremo viene afirmando que los principios del Derecho Penal son de aplicación, con matizaciones, al Derecho Administrativo Sancionador".

- (188) 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 diligencia*"⁶³.
- (189) 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 LRJSP).
- (190) TELEFÓNICA alega la ausencia de culpabilidad de la conducta reprochada, argumentando que ha actuado de buena fe, con transparencia y con la debida diligencia en el cumplimiento de los compromisos, considerando que (teniendo en cuenta todas sus alegaciones al acuerdo de incoación y a la propuesta de resolución) procede el archivo del procedimiento sancionador.
- (191) Este Consejo coincide con el órgano instructor en la consideración de que una actuación mínimamente diligente de TELEFONICA en relación con los compromisos presentados por la propia empresa en el marco de la concentración C/0612/14, a la resolución de la CNMC de 22 de abril de 2015, y cuyo cumplimiento corresponde a TELEFONICA, le habría permitido comercializar los derechos del campeonato de Fórmula 1 y acordar las condiciones para permitir a sus clientes acceder a los contenidos de DAZN de manera compatible con los mismos.
- (192) TELEFONICA 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.
- (193) Además, el 20 de mayo de 2021 se remitió a TELEFÓNICA una propuesta de informe parcial de vigilancia en el marco del mencionado expediente de vigilancia. En ese documento, analizado el acuerdo de 7 de enero de 2021 y otra documentación relevante, el órgano instructor ya ponía de manifiesto la

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.

⁶³ 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.

existencia de un posible incumplimiento de los compromisos 2.9, 2.10 y Anexo 1.1.

- (194) Aunque TELEFÓNICA defiende haber dado cumplimiento al contenido de la resolución que aprobó el informe parcial de vigilancia en cuanto le fue notificada, llevando a cabo las modificaciones al acuerdo con DAZN de 7 de enero de 2021, lo cierto es que las mismas se llevaron a cabo con posterioridad, una vez manifestados los efectos negativos de la conducta y, parte de ellas de forma que no resolvían los problemas de competencia derivados de la errónea interpretación de los compromisos acordados por telefónica en el expediente de concentración TELEFÓNICA/DTS (expte. C/0612/14 TELEFÓNICA/DTS), tal y como ya se ha indiciado a lo largo de esta resolución.
- (195) Así, en relación con la modificación de la cláusula 9 que eliminaba la referencia directa a la cláusula de nación más favorecida pactada en favor de TELEFÓNICA, sustituyéndola por una nueva redacción, que prevé que los precios mayoristas a pagar por TELEFÓNICA se basen en que **[CONFIDENCIAL]**, ya se ha mencionado por este Consejo que dicha referencia resulta también incompatible con el compromiso 2.10, por las mismas razones ya expuestas respecto de las cláusulas 7 y 9 del acuerdo de 7 de enero de 2021 previas a la modificación.
- (196) Sobre la modificación en la Oferta Mayorista de canales de televisión de pago durante la temporada 2021 por la que TELEFÓNICA procedió a modificar unilateralmente la Condición 6 de las Condiciones Tipo, con el fin de ampliar del 50% al 75% el límite máximo de adquisición de canales que integraban la oferta mayorista, ya se ha indicado en esta resolución que dicho efecto negativo sobre la competencia, producido como consecuencia de la reducción de canales disponibles en la oferta mayorista, -que en el momento en que el canal *Movistar Fórmula 1* quedó excluido de la oferta mayorista de TELEFÓNICA (la sexta oferta mayoristas), pasó a contar con cuatro canales, quedando por tanto limitado a dos el número máximo de canales que otros operadores podían adquirir-, no es reprochable en sí mismo desde el punto de vista sancionador, y desde luego no es objeto del presente procedimiento, si no que se ha traído a colación por tratarse de un efecto negativo derivado del incumplimiento de los compromisos por parte de TELEFÓNICA. Por ello, dicha ampliación del límite máximo de canales contratables por otros operadores si bien puede aliviar los efectos negativos del incumplimiento de los compromisos por parte de TELEFÓNICA, bajo ningún concepto puede considerarse que justifique el comportamiento típico, antijurídico y culpable de TELEFÓNICA declarado y probado sobradamente en el presente procedimiento.
- (197) Así, este Consejo considera, con base en jurisprudencia de la Audiencia Nacional, 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 le impone una actuación positiva [...]” (Sentencia de la Audiencia Nacional de 16 de febrero de 2006, recurso 564/2003).

3.4.5. Otras alegaciones de TELEFÓNICA

3.4.5.1. Sobre el mandato de la resolución de 22 de julio de 2021

- (198) 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 relativos a los contenidos de Formula 1 para adecuarla a los compromisos de la operación TELEFÓNICA/DTS.
- (199) A este respecto este Consejo estima oportuno recordar el tenor literal de la Resolución mencionada, en la que el Consejo expresamente resolvió:
- “PRIMERO. Declarar que el acuerdo de 7 de enero de 2021 suscrito entre Telefónica y DAZN contiene determinadas previsiones contrarias a lo señalado en los apartados 2.9, 2.10 y Anexo 1 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”*
- (200) Es por lo tanto irrefutable que la resolución del Consejo contiene una declaración de incumplimiento de los compromisos adoptados en el marco de la concentración TELEFÓNICA/DTS, y que consecuencia natural de la misma sea la incoación de un procedimiento sancionador.
- (201) 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. Así, por ejemplo, en su Sentencia de 22 de mayo de 2019 (recurso 663/2019) afirmó: *“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.”*

(202) De forma más detallada, el Tribunal Supremo 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)".

(203) De lo anterior se deriva, como ya ha señalado el órgano instructor en la propuesta de resolución, que en la resolución de 22 de julio de 2021 este Consejo no solamente declaró el incumplimiento de los compromisos previamente adoptados sino que, además, determinó que la vía más eficaz para el cumplimiento de las obligaciones de TELEFÓNICA recogida en los compromisos de la resolución de 22 abril de 2015 era la introducción de determinados ajustes recogidos en el Informe de Vigilancia de 2 de julio de 2021 tal y como se precisa en el resuelve SEGUNDO de la resolución de 22 de julio antes referida. Al respecto, 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.

(204) Por ello, como consecuencia del procedimiento de vigilancia y, ante la existencia de indicios de incumplimiento, de conformidad con la doctrina jurisprudencial mencionada, la Dirección de Competencia, con fecha 27 de abril de 2023, acordó

la incoación de un procedimiento sancionador como el actual, en el que se ha determinado, la infracción, la responsabilidad y la sanción correspondiente de acuerdo con el procedimiento legal establecido.

- (205) El acuerdo de incoación y el subsiguiente procedimiento sancionador, incluida la actual resolución, han tenido por objeto determinar si TELEFÓNICA ha incurrido en la infracción señalada en el artículo 62.4.c) de la LDC y en su caso imponer la pertinente sanción, actuación que no corresponde al procedimiento de vigilancia.
- (206) En consecuencia, el hecho de que este Consejo no haya instado expresamente a la Dirección de Competencia a incoar procedimiento sancionador no merma la relevancia de la declaración contenida en la resolución de 22 de julio de 2021, ni impide a la Dirección de Competencia actuar de conformidad con sus obligaciones legales, en virtud de lo dispuesto en los artículos 49 y 70 de la LDC.
- (207) Por otra parte, debe recordarse que el artículo 63 de la LPAC establece que *“Los procedimientos de naturaleza sancionadora se iniciarán siempre de oficio por acuerdo del órgano competente y establecerán la debida separación entre la fase instructora y la sancionadora, que se encomendará a órganos distintos. Se considerará que un órgano es competente para iniciar el procedimiento cuando así lo determinen las normas reguladoras del mismo.”*
- (208) A su vez, el artículo 70.2 de la LDC, estipula que la Dirección de Competencia será el órgano competente para la iniciación e instrucción del procedimiento sancionador y el Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia para la resolución del mismo.
- (209) Por tanto, tal y como se ha hecho en el presente procedimiento sancionador, ha correspondido a la Dirección de Competencia, como órgano instructor conforme a los preceptos señalados, iniciar el procedimiento sancionador, sin que pueda considerarse necesario que la iniciación deba producirse mediante orden directa de este Consejo como parece defender TELEFÓNICA.

3.4.5.2. Sobre la documentación incorporada al expediente sancionador

- (210) Realiza TELEFÓNICA determinadas consideraciones sobre la documentación incorporada al expediente sancionador, señalando que debió haberse notificado a TELEFÓNICA el acuerdo de incorporación y solicitado que se mantenga la confidencialidad de los documentos provenientes del expediente de vigilancia VC/0612/14, sin que se conceda acceso a terceros.
- (211) El órgano instructor ya ha evidenciado que TELEFÓNICA ha tomado vista del expediente y su contenido y ha tenido ocasión de formular en su escrito de 18

de mayo de 2023 y de 26 de junio de 2023 las alegaciones pertinentes respecto del acuerdo de incorporación y de la documentación incorporada.

- (212) En cuanto al tratamiento de la información confidencial, debe recordarse que el acuerdo de incorporación de 26 de abril de 2023 ha previsto⁶⁴ que “*Determinados documentos de los incorporados han sido declarados confidenciales en el expediente VC/0612/14. De acuerdo con el artículo 42.1 de la LDC, procede declarar cautelarmente confidenciales los documentos incorporados que tenían carácter confidencial en el expediente VC/0612/14.*”. Por ello la solicitud de TELEFÓNICA a este respecto se encuentra ya considerada en el acuerdo señalado.

3.4.5.3. Sobre el recurso de la resolución de 22 de julio de 2021

- (213) TELEFÓNICA alega que la resolución del 22 de julio de 2021 se encuentra recurrida ante la Audiencia Nacional (PO 2217-2021) y pendiente de resolver, por lo que debe suspenderse el plazo del presente expediente sancionador conforme al artículo 22.1.g) de la LPAC, en la medida que para la resolución del procedimiento es indispensable, según TELEFÓNICA, la obtención del pronunciamiento de la Audiencia Nacional. De lo contrario se estaría actuando en contra del principio de seguridad jurídica del artículo 9.3 de la Constitución española y del artículo 43 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de enjuiciamiento civil (LEC).
- (214) Al respecto, cabe señalar que la suspensión del procedimiento es facultativa y solo procedería si esta autoridad considerase indispensable el pronunciamiento judicial para la resolución del procedimiento sancionador.
- (215) TELEFÓNICA alega que la suspensión es indispensable a la vez que necesaria para la economía procesal o tramitación ordenada de los expedientes.
- (216) En tal sentido, la adecuada ordenación de los procedimientos administrativos al amparo de los principios de celeridad y economía procedimental aparece contemplada en los artículos 71 y siguientes de la LPAC, bajo la rúbrica de “*Ordenación del procedimiento*”. Así, es relevante destacar la referencia a las cuestiones incidentales en la tramitación de los procedimientos siendo así que, a tenor del artículo 74 del citado cuerpo legal se recoge expresamente que: “*Las cuestiones incidentales que se susciten en el procedimiento, incluso las que se refieran a la nulidad de actuaciones, no suspenderán la tramitación del mismo, salvo la recusación*”. De donde se extrae con claridad que, con base en los mencionados principios citados por el sancionado, la existencia de una cuestión que implicase la propia nulidad de lo actuado no suspende *per se* la tramitación

⁶⁴ Folio 4.

del propio procedimiento a resultas de las posibles consecuencias que eventualmente se derivasen de la debida instrucción y resolución del mismo.

- (217) En cuanto a la alegada prejudicialidad, se exige que para resolver sobre el objeto del actual proceso sea necesario decidir acerca de alguna cuestión que constituya el objeto principal de otro proceso pendiente. De este modo, a tenor del artículo 43 de la LEC se establece que: *“cuando para resolver sobre el objeto litigioso sea necesario decidir acerca de alguna cuestión que, a su vez, constituya el objeto principal de otro proceso pendiente ante el mismo o distinto tribunal civil, si no fuere posible la acumulación de autos, el tribunal, a petición de ambas partes o de una de ellas, oída la contraria, podrá mediante auto decretar la suspensión del curso de las actuaciones, en el estado en que se hallen, hasta que finalice el proceso que tenga por objeto la cuestión prejudicial”*.
- (218) En este sentido, es conveniente acudir a la STS de 28 de junio de 2005, que estima improcedente la aplicación supletoria del artículo 43 de la LEC en el orden jurisdiccional contencioso- administrativo, al existir un tratamiento específico en este ámbito para dilucidar los efectos de la eventual existencia de un pronunciamiento judicial que, por ser antecedente lógico del procedimiento principal, pudiera tener un contenido condicionante de éste, pero sin llegar a apreciar la citada prejudicialidad.
- (219) Más concretamente, el Alto Tribunal sostiene que *“La ley, en cambio, no se refiere para nada a las cuestiones de naturaleza administrativa, que tienen lugar cuando, previamente a la decisión sobre el fondo del asunto se necesita una determinación judicial acerca de un extremo de índole administrativa que condiciona tal decisión, por lo que no pueden calificarse como prejudiciales, en tanto que su resolución corresponde originariamente a los Jueces y Tribunales administrativos, sin que se dilucide extremo alguno que sea competencia de otro distinto orden jurisdiccional, razón por la que se engloban más bien en la categoría de cuestiones incidentales.”*
- (220) A este respecto, es necesario recordar de mano de la jurisprudencia anteriormente citada que el pronunciamiento llevado a cabo por este Consejo de la CNMC en la resolución de 22 de julio de 2021 fue meramente declarativo (*“su conclusión natural es una declaración de cumplimiento (o incumplimiento)”*), sin contenido punitivo alguno que sea susceptible de ejecución (*“no implica necesariamente que tal incumplimiento suponga la comisión de la infracción”*).
- (221) Así, de la comentada jurisprudencia se extrae de manera clara que, a pesar del contenido del pronunciamiento previo llevado a cabo por este Consejo en el contexto del expediente de vigilancia, ello no ha vinculado de manera directa el contenido de esta resolución en el marco del procedimiento sancionador, dado que dicho contenido únicamente puede venir dado por la legalmente preceptiva

instrucción del precedente procedimiento sancionador realizado por la Dirección de Competencia y de las actuaciones desarrolladas y alegaciones formuladas en el marco del mismo. Siendo en este punto necesario recordar que, solo tras la valoración de los elementos fácticos y jurídicos efectuados por este Consejo de la CNMC en esta resolución ha sido posible concluir de manera motivada y definitiva la existencia de la infracción y de la responsabilidad asociada a su comisión sobre la base de lo actuado y aportado durante su tramitación, sin que el pronunciamiento declarativo previo que ha dado origen a la incoación del presente procedimiento se haya erigido como presupuesto procesal o material necesario para decidir sobre el fondo del asunto.

- (222) En definitiva, que sean procedimientos de tramitación subsecuentes de acuerdo con la legislación aplicable no presupone en todo caso la existencia de prejudicialidad entre ellos que exija la suspensión del actual procedimiento. Antes bien, como ya se ha señalado, la Administración está habilitada, una vez constatado y declarado un incumplimiento de sus resoluciones, a llevar a término sus obligaciones legales previniendo una eventual prescripción de la infracción, y a hacer efectiva la responsabilidad inherente a la falta del debido y total cumplimiento de las mismas a través de la tramitación del procedimiento y la resolución por el órgano legalmente previsto para ello, sin que el cuestionamiento o la revisión de la resolución que dio lugar a su incoación pueda, por sí sola, considerarse como causa de prejudicialidad al no tratarse de un presupuesto material necesario que vincule de manera directa al contenido de la resolución que imponga la multa coercitiva al no tratarse de ningún elemento fáctico (las circunstancias objetivas del incumplimiento de la resolución de la CNMC) ni jurídico (la apreciación sobre la imputación de la responsabilidad inherente a dicha infracción) que hayan de integrar la presunta infracción cometido.
- (223) Por último, el derecho a tutela judicial efectiva de TELEFÓNICA queda plenamente garantizado, no solamente mediante la posibilidad de recurrir la Resolución de 22 de julio de 2021, como ya ha sucedido, sino también la futura posibilidad de recurrir la presente resolución, incluyendo, asimismo, en su caso, solicitud de la medida cautelar de suspensión de la ejecutividad del presente acto administrativo.

3.4.5.4. Sobre la supuesta desnaturalización de la información reservada

- (224) TELEFÓNICA alega en el marco de la propuesta de resolución una suerte de caducidad del procedimiento como consecuencia de la desnaturalización de la información reservada debido a que la Dirección de Competencia habría tardado casi dos años desde que tuvo conocimiento del acuerdo de 7 de enero de 2021 entre TELEFÓNICA y DAZN hasta que se incoó el presente procedimiento sancionador.

- (225) Sin embargo, cabe señalar que formalmente el inicio de las actuaciones previas que dieron lugar a la posterior incoación del presente procedimiento sancionador iniciaron mediante el acuerdo de apertura de actuaciones previas de 26 de abril de 2023⁶⁵, en cuyo marco tuvo lugar el acuerdo de incorporación de la documentación obrante en el expediente de vigilancia VC/612/14⁶⁶, información imprescindible para el esclarecimiento de los hechos investigados, e incoándose, solo un día después -el 27 de abril de 2023-, el respectivo procedimiento sancionador⁶⁷, por lo que decae por sí sola la alegación de TELEFÓNICA al respecto.

4. DETERMINACIÓN DE LA SANCIÓN

4.1. Criterios para la determinación de la sanción

- (226) 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.
- (227) La facturación de TELEFÓNICA en el año 2022 ascendió a 12.497 millones de euros.
- (228) 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 Tribunal Supremo (véase el artículo 5 del Reglamento (CE) nº 1/2003 del Consejo de 16 de diciembre de 2002 relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 101 y 102 del Tratado, cuando establece la imposición de multas sancionadoras previstas en el Derecho nacional).
- (229) 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 Tribunal Supremo y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. A este respecto, se cumple con la obligación de motivación al indicar los elementos de apreciación

⁶⁵ Folios 1-2.

⁶⁶ Folios 3-5.

⁶⁷ Folios 633-636.

que han permitido a este Consejo determinar la gravedad de la infracción, así como su duración, pero no existe una obligación de indicar los datos numéricos relativos al método de cálculo de la multa⁶⁸.

- (230) Dicho esto, en cuanto a las características del mercado afectado (art. 64.1.a), los principales mercados afectados son los de televisión de pago y de servicios minoristas de comunicaciones electrónicas en paquetes que incluyen servicios de TV de pago en particular 5P (telefonía fija, banda ancha fija, telefonía móvil, banda ancha y móvil, TV de pago). Durante los meses en que tuvieron lugar los antedichos incumplimientos, TELEFÓNICA tuvo una cifra promedio de abonados de televisión de pago con acceso a los contenidos de DAZN de **[CONFIDENCIAL]**. Durante este periodo los ingresos totales obtenidos por servicios de paquetes de servicios de comunicaciones electrónicas con TV de pago correspondientes a clientes con acceso a los contenidos de DAZN fue de **[CONFIDENCIAL]** millones de €.
- (231) En cuanto a la duración de la infracción (art. 64.1.d), atendiendo a las alegaciones de TELEFÓNICA, tal y como se ha indicado en el epígrafe relativo a la duración de la infracción, ésta se ha circunscrito al período comprendido entre el 7 de enero y el 31 de diciembre de 2021.
- (232) Por su parte, los apartados 2 y 3 del artículo 64 de la LDC enumeran, respectivamente, una serie de circunstancias agravantes y atenuantes que podrán ser tenidas en cuenta a la hora de fijar el importe de la sanción. En el presente caso, este Consejo 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 ya fue sancionada en la resolución del 10 de octubre de 2019 (expediente SNC/DC/102/19 TELEFÓNICA/CMG).

4.2. Sanción impuesta a TELEFÓNICA

- (233) En vista de todo lo anterior, analizadas todas las circunstancias del expediente, atendiendo a la naturaleza de la infracción y a la reducción de la duración de la conducta, este Consejo considera suficientemente disuasorio y proporcionado fijar la sanción en 5.000.000 de euros (cinco millones de euros), que equivaldría aproximadamente a un 0,04% del volumen de negocios de TELEFÓNICA en 2022.

⁶⁸ Véase en este sentido la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 22 de octubre de 2015 (Caso AC-*Treuhand*/Comisión).

4.3. Alegaciones a la propuesta de sanción

- (234) TELEFÓNICA alega en primer lugar que la propuesta de resolución es contraria al principio de proporcionalidad toda vez que la conducta sancionada habría tenido una duración inferior a la señalada por la Dirección de Competencia y debido a que adolece de un mínimo análisis de efectos.
- (235) Al respecto, cabe recordar que para el cálculo de la multa este Consejo ha procedido a valorar los criterios de modulación que establece el artículo 64 LDC para la determinación del importe de las sanciones a imponer a las empresas que incurran en conductas contrarias a la LDC, respetando igualmente las exigencias del citado artículo 64 LDC en su interpretación ofrecida por el TS, iniciada desde la sentencia de 29 de enero de 2015⁶⁹, y la aplicación de los principios de eficiencia, proporcionalidad y disuasión, igualmente de acuerdo con la jurisprudencia del TS y el TJUE.
- (236) Así, en cuanto a los efectos, y sin ánimo de resultar reiterativos sobre lo ya mencionado previamente en la presente resolución, ya se ha mencionado que, pese a lo alegado por TELEFÓNICA, el incumplimiento del compromiso 2.9 (en particular sus epígrafes a, c y j), al haber excluido los contenidos *premium* de Fórmula 1 de su oferta mayorista y haberlos comercializado en exclusiva en favor de DAZN, provocó inicialmente⁷⁰ una disminución del número de canales disponibles en la Oferta Mayorista para su contratación por terceros operadores. O dicho de otro modo, en el momento que el canal *Movistar Fórmula 1* quedó excluido de la oferta mayorista de TELEFÓNICA (la sexta oferta mayoristas), la oferta mayorista pasó a contar con cuatro canales, quedando por tanto limitado a dos el número máximo de canales que otros operadores podían adquirir.
- (237) Asimismo, también ha quedado acreditado que el incumplimiento del compromiso 2.9 y el Anexo 1 (en su apartado 1.1), al haber incluido en el acuerdo de 7 de enero de 2021 una previsión por la que cualquier abonado de TELEFÓNICA que recibiese contenidos de DAZN, en base al acuerdo, también contaría como abonado de DAZN a los efectos del cálculo del CMG (en el marco de la oferta de canales mayoristas de TELEFÓNICA en España), ha provocado que en el supuesto de que DAZN quisiera acceder a un canal de fútbol bajo el CMG, se vería incrementado el número de abonados de DAZN lo que disminuiría las cuotas aplicables por el 75% del CMG para TELEFÓNICA pero

⁶⁹ También, en idéntico sentido, sentencias del TS de 30 de enero de 2015 (rec. 1476/2014 y 1580/2013), entre otras.

⁷⁰ Como ya se ha señalado previamente en esta resolución, este efecto negativo sobre el resto de los operadores se ha mantenido hasta el 29 de julio de 2021, fecha en la que TELEFÓNICA modifica las condiciones de la oferta mayorista para permitir la contratación de un 75% del total de canales de la oferta (es decir 3 canales).

incrementándolas para DAZN de forma muy considerable (pues el número de abonados extra superaba con creces los propios).

- (238) Respecto a la duración de la conducta -considerando los tres distintos incumplimientos- como ya se ha señalado en el epígrafe anterior, se habría extendido desde el 7 de enero al 31 de diciembre de 2021, que ha sido el período considerado por este Consejo para el cálculo de la sanción.
- (239) En relación con la agravante por reincidencia, TELEFÓNICA alega que no sería aplicable bajo el entendimiento de que la conducta previa considerada para motivar dicha agravante habría sido una conducta manifiestamente diferente, sin firmeza judicial, y que, en todo caso, debería haberse considerado que el art. 29.3 de la LRJSP exige para la existencia de reincidencia la comisión en el término de un año de más de una infracción de la misma naturaleza.
- (240) Al respecto, este Consejo recuerda que, tal y como el Tribunal Supremo declaró en su sentencia *Telefónica/BT*⁷¹, este criterio de reincidencia recogido en la LDC es distinto al de la reincidencia prevista en el actual art. 29.3 de la LRJSP, que exige la comisión en el término de un año de más de una infracción de la misma naturaleza mediante resolución firme. De hecho, en sentencia posterior, el Tribunal Supremo confirmó que, al prever esta agravante, la LDC “*desplaza por su cualificación de «lex specialis», la aplicación de los criterios de graduación de las sanciones establecidos en el artículo 131.3 de la Ley 30/1992, que delimita la agravante de reincidencia por la comisión en el término de un año de más de una infracción de la misma naturaleza cuando así haya sido declarado por resolución firme*”⁷². En esta misma sentencia el Tribunal Supremo declaró que, para que concurra el requisito de reiteración, es suficiente con que exista una Resolución de la autoridad de competencia anterior que declare la existencia de una infracción de la LDC, sin requerirse, en consecuencia, que dicha resolución resulte firme en vía contencioso-administrativa. Igualmente, el TS declaró [en contra de lo previamente manifestado por la Audiencia Nacional⁷³] que no cabe descartar la concurrencia del requisito de reiteración por el hecho de que la infracción previa hubiera tenido lugar mucho tiempo antes.
- (241) En relación con la falta de similitud entre la conducta que se sanciona en el actual procedimiento y la previa conducta que motiva la existencia de la agravante por reincidencia, cabe señalar que ambas se refieren al incumplimiento de un mismo

⁷¹ STS, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 23 de marzo de 2005, recurso 4777/2002, FD 5.º.

⁷² STS, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 6 de mayo de 2008, recurso 5861/2005, FD 6.º.

⁷³ SAN, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 8 de mayo de 2002, *Telefónica/BT*, recurso 193/1999, FD 6.º.

paquete de compromisos propuestos por TELEFÓNICA en el marco de una misma concentración económica (expediente C/0612/14 TELEFÓNICA/DTS), aunque el período sancionado sea distinto y la cláusula infringida no coincida exactamente con las que se han considerado infringidas en esta resolución.

- (242) Al respecto, la constatación de una sanción precedente impuesta a una misma empresa por una infracción del mismo tipo (en el presente caso, incumplir o contravenir lo establecido en una resolución o compromiso adoptado en aplicación de la LDC, en materia de control de concentraciones), es suficiente para la apreciación de esta circunstancia agravante, sin que la mención a "*la comisión repetida de infracciones tipificadas en la presente Ley (LDC)*" se refiera a una infracción idéntica, como parece argumentar TELEFÓNICA, pues no es eso lo que dice el artículo 64.2.a) de la LDC, que se refiere únicamente a infracciones anteriores tipificadas en la presente Ley, lo que abarca cualquier infracción previa de las normas de competencia.
- (243) Por otro lado, TELEFÓNICA considera que la Dirección de Competencia no ha motivado las específicas razones por las que propone la sanción de 7.500.000 millones de euros ni detalla los cálculos, por lo que considera que le habría generado indefensión.
- (244) Como ya se ha indicado, esta alegación debe ser rechazada puesto que la resolución hace una valoración –no solamente una mención– de cada uno de los criterios del artículo 64.1 de la LDC para la determinación de la sanción. Si bien no se incluyen los cálculos concretos o el peso que la CNMC otorga a cada uno de los criterios de valoración, esta falta de detalle sobre la cuantificación no supone, en absoluto, falta de motivación, como ha indicado la jurisprudencia⁷⁴, que considera que la obligación de motivación se cumple cuando se indican los elementos de apreciación que han permitido a la autoridad determinar la gravedad de la infracción y su duración, sin que sea necesario indicar los datos numéricos relativos al método de cálculo de la multa.
- (245) En su virtud, vistos los artículos citados y los demás de general de aplicación, el Pleno del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia

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 Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, por el incumplimiento de la resolución de 22 de abril de 2015 del Consejo de la CNMC que autorizó la operación de

⁷⁴ Véase en este sentido la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 22 de octubre de 2015 (Caso AC-*Treuhand*/Comisión).

concentración económica TELEFÓNICA/DTS (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.U. una sanción por importe de **5.000.000 de euros (cinco millones de euros)**.

Comuníquese esta resolución a la Dirección de Competencia de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia y notifíquese al interesado haciéndole 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.