



COMISIÓN NACIONAL DE LOS
MERCADOS Y LA COMPETENCIA

RESOLUCIÓN DE VIGILANCIA

Expte. VC/0612/14 TELEFONICA/DTS

CONSEJO. SALA DE COMPETENCIA

PRESIDENTE

D. José María Marín Quemada

CONSEJEROS

D^a. María Ortiz Aguilar

D^a. Clotilde de la Higuera González

D^a María Pilar Canedo Arrillaga

SECRETARIO

D. Joaquim Hortalà i Vallvé

En Madrid, a 22 de mayo de 2018

La Sala de Competencia de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC), con la composición señalada, ha dictado la siguiente Resolución cuyo objeto es la vigilancia parcial del cumplimiento de la Resolución del Consejo de la CNMC de 22 de abril de 2015 recaída en el expediente C/0612/14 TELEFÓNICA/DTS.

INDICE

ANTECEDENTES DE HECHO	5
FUNDAMENTOS DE DERECHO	7
PRIMERO.- Habilitación competencial.....	7
SEGUNDO.- Objeto de la presente Resolución de Vigilancia	7
TERCERO.- Actuaciones llevadas a cabo por la Dirección de Competencia para la vigilancia del cumplimiento de los compromisos relacionados con el mercado minorista de televisión de pago (compromiso 1 y anexo 2, apartado 1.1)	9
3.1 Compromisos	9
3.2 Actuaciones	10
3.3 Valoración del grado de cumplimiento de los compromisos relacionados con el mercado minorista de televisión de pago	13
CUARTO.- Actuaciones realizadas por la Dirección de Competencia para la vigilancia del cumplimiento de los compromisos relacionados con la adquisición de contenidos audiovisuales individuales (Compromisos 2.1; 2.2; 2.3; 2.4; 2.5; 2.6; 2.7 y Anexo 2 apartado 2.1) y valoración de la DC de su cumplimiento.	14
4.1 Información general sobre los contratos suscritos.....	15
4.1.1 Contenidos audiovisuales deportivos.....	15
4.1.2 Contenidos audiovisuales no deportivos.....	15
4.2 compromisos y actuaciones relacionados con los plazos de vigencia y explotación de los derechos de emisión adquiridos y cartas a los proveedores afectados.	18
4.2.1 Contenidos deportivos (compromisos 2.4, 2.6 y anexo 2 apartado 2.1).....	18
4.2.2 Contenidos no deportivos (compromisos 2.1; 2.2; 2.6; y anexo 2 apartado 2.1)	19
4.3 Compromisos y actuaciones relacionados con exclusividades y holdbacks (compromisos 2.2; 2.3; 2.5; 2.6; y anexo 2 apartado 2.1).	23
4.3.1 Contenidos deportivos.....	24
4.3.2 Contenidos no deportivos.....	24
4.4 Compromisos y actuaciones relacionados con las cartas remitidas a los proveedores de contenidos en relación con los plazos y exclusividades no permitidos (compromiso 2.6)	29
4.4.1 Contenidos deportivos.....	30
4.4.2 Contenidos no deportivos.....	31
4.5 Compromisos y actuaciones relacionados con cláusulas prohibidas (compromiso 2.7 y anexo 2, apartado 2.1)	31
4.5.1 Contenidos deportivos.....	32
4.5.2 Contenidos no deportivos.....	33
4.6 Valoración del cumplimiento de los compromisos relacionados con los mercados de comercialización de contenidos audiovisuales individuales.....	35
4.6.1 Contratos vigentes a la fecha de entrada en vigor de los compromisos	35
4.6.2 Cartas a proveedores de contenidos audiovisuales	37
4.6.3 Contratos firmados con posterioridad a la entrada en vigor de los compromisos	40
QUINTO.- Actuaciones realizadas por la Dirección de Competencia para la vigilancia del cumplimiento de los compromisos relacionados con la oferta mayorista de canales, excepto fijación precios y replicabilidad (compromiso 2.9; Anexo 1 (apartados 3 y 4) y Anexo 2 (apartados 2.1.c. y 2.2.).....	43
5.1. Canales que han configurado la oferta mayorista y determinadas obligaciones descritas en el anexo 1. compromiso 2.9 (apartados a, b, d) y anexo 1 (apartados 3 y 4).	44

5.1.1 Primera oferta mayorista de canales.....	46
5.1.2 Segunda oferta mayorista de canales.....	48
5.2. Compromisos y actuaciones en relación con la obligatoriedad de ofertar en el mercado mayorista canales lineales y servicios SVOD (compromiso 2.9 apartados (c, y g) y anexo 2 (apartado 2.1.c)).....	50
5.2.1 Contenidos deportivos.....	51
5.2.2 Contenidos no deportivos.....	51
5.3. Compromisos y actuaciones relacionados con determinadas condiciones de comercialización de la oferta mayorista. compromiso 2.9 (apartados e, f, h, i, j, k).....	58
5.3.1. Compromiso 2.9, apartado (e).....	58
5.3.2 Compromiso 2.9, apartado (f).....	64
5.3.3 Compromiso 2.9 (h).....	69
5.3.4 Compromiso 2.9 (i).....	71
5.3.5 Compromiso 2.9, apartado (j).....	72
5.3.6 Compromiso 2.9, apartado (k).....	73
5.4 Valoración del cumplimiento de los compromisos relacionados con la oferta mayorista de canales, excepto fijación de precios y replicabilidad.....	74
5.4.1 Canales puestos a disposición y determinadas obligaciones descritas en el Anexo 1.....	74
5.4.2 Obligatoriedad de ofertar en el mercado mayorista canales lineales y servicios SVOD.....	77
5.4.3. Determinadas condiciones de comercialización de la oferta mayorista. Compromiso 2.9 (apartados e, f, h, i, j, k).....	79
SEXTO.- Principios que deben regir la determinación del precio variable de cada canal de la oferta mayorista de canales de televisión PREMIUM (Compromiso 2.9 (apartado j); anexo 1 (apartado 1); y anexo 2 (apartado 2.2)).....	88
6.1 Compromiso.....	88
6.1.1. Cálculo de los precios aplicables a los canales en la oferta mayorista (Anexo 1, apartado 1).....	88
6.2 Actuaciones.....	91
6.2.1 Información remitida por TELEFÓNICA a la CNMC (anexo 2, apartado 2.2) y otras informaciones recibidas.....	91
6.2.2 Coste por abonado (CPA) de los canales ofertados (anexo 1, apartados 1.1 y 1.2).....	94
6.3.2 Canales de Fútbol y Motor.....	106
6.3.3 Canales premium de cine y series. Principios de la oferta mayorista y análisis de replicabilidad.....	106
SÉPTIMO.- Actuaciones de la Dirección de Competencia en relación con los compromisos relacionados con la adquisición de canales editados por terceros (compromiso 2.10).....	113
7.1 COMPROMISO.....	114
7.2 Actuaciones.....	114
7.2.1 Canales de deportes.....	114
7.2.2 Canales no deportivos.....	115
7.3 Valoración del cumplimiento de los compromisos relacionados con la adquisición de canales a terceros.....	116
OCTAVO.- Actuaciones realizadas por la Dirección de Competencia en relación con los compromisos de distribución de canales de televisión de terceros (compromiso 2.11).	117
8.1. Compromiso.....	117
8.2. Actuaciones.....	117
8.3. Valoración.....	117

NOVENO.- Actuaciones realizadas por la Dirección de Competencia para la valoración del cumplimiento de los compromisos relacionados con los mercados de comunicaciones electrónicas (compromiso 3 y anexo 3).....	118
9.1. Compromisos	118
9.2. Actuaciones	119
9.2.1 Grupo de al menos tres ICP de renombre	120
9.2.2 Capacidad excedentaria de cada ICP de renombre	122
9.2.3 Quejas de Netflix sobre una mala calidad en la red de TELEFÓNICA.....	124
9.3. Valoración.....	126
DÉCIMO.- Valoración de la Dirección de Competencia sobre el cumplimiento de los compromisos analizados	127
10.1 Compromisos relacionados con el mercado minorista de televisión de pago	127
10.2 Compromisos relacionados con el mercado de comercialización de contenidos audiovisuales individuales.....	127
10.3 Compromisos relacionados con la oferta mayorista de canales de televisión PREMIUM ...	130
10.4 Principios que deben regir la determinación del precio variable de cada canal de la oferta mayorista de canales de televisión PREMIUM	132
10.5. Compromisos relacionados con la adquisición de canales editados por terceros.....	133
10.6 Compromisos relacionados con la distribución de canales de televisión de terceros	134
10.7 Compromisos relacionados con mercados de comunicaciones electrónicas	134
UNDÉCIMO.- Valoración de la Sala de Competencia de la CNMC	134
HA RESUELTO.....	138

ANTECEDENTES DE HECHO

1. Con fecha 17 de octubre de 2014, fue notificada a la CNMC la operación de concentración económica consistente en la adquisición por parte de TELEFÓNICA DE CONTENIDOS, S.A.U. del control exclusivo de DTS DISTRIBUIDORA DE TELEVISIÓN DIGITAL, S.A. (DTS), notificación que dio lugar al expediente C/0612/14 TELEFÓNICA/DTS.
2. Con fecha 22 de abril de 2015, el Consejo de la CNMC resolvió autorizar la operación de concentración económica TELEFÓNICA/DTS (expediente C/0612/14), 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).
3. Por acuerdo del Ministro de Economía y Competitividad de 30 de abril de 2015, la operación de concentración económica mencionada no fue elevada para su decisión al Consejo de Ministros, por lo que la Resolución del Consejo de la CNMC, citada anteriormente, devino firme en vía administrativa.
4. El resuelve cuarto de esta Resolución, encomienda a la Dirección de Competencia la vigilancia de lo establecido en la citada Resolución, conforme a lo previsto en el artículo 71.1 del Reglamento de Defensa de la Competencia (RDC), aprobado por el Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero. Esta vigilancia dio lugar a la apertura del expediente VC/0612/14. Por otro lado, en el resuelve tercero de dicha Resolución, el Consejo de la CNMC establece que el incumplimiento de lo previsto en ella se considera infracción muy grave de acuerdo con el artículo 62 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC), lo que en su caso dará lugar a las sanciones previstas en sus artículos 63 y 67.
5. El 12 de junio de 2015, VODAFONE solicitó la condición de interesado en el expediente (folios 485-490), solicitud que fue denegada mediante acuerdo de la Dirección de Competencia de 18 de junio de 2015 (notificada el 22 de junio de 2015) (folios 1879-1880).
6. El 24 de agosto de 2015, TELECABLE solicitó ser interesado en el expediente (folios 13808-13817) y, mediante acuerdo de fecha 9 de septiembre de 2015, la Dirección de Competencia denegó a TELECABLE la condición de interesado en el mismo (folios 14215-14221).
7. Con fecha 28 de septiembre de 2016, en relación con el cumplimiento de Resolución de la CNMC de 22 de abril de 2015, la Dirección de Competencia remitió al Consejo un primer Informe Parcial de Vigilancia sobre la revisión del coste mínimo garantizado aplicado por TELEFÓNICA a los operadores adquirentes de los canales de televisión de pago Abono Fútbol y Abono Fútbol 1 de su oferta mayorista.
8. Con fecha 4 de mayo de 2017, en relación con la determinación del coste mínimo garantizado asignado a cada operador que adquirió los canales de fútbol de la oferta

mayorista de TELEFÓNICA, la Sala de Competencia de la CNMC aprobó una Resolución de Vigilancia en el expediente VS/0612/14 TELEFÓNICA/DTS, en la que declaró que se debían introducir los ajustes señalados por la Dirección de Competencia en su informe parcial de vigilancia de 28 de septiembre de 2016, y en los términos señalados en los fundamentos de derecho cuarto y quinto de dicha resolución, con el objeto de que dichos cálculos fueran compatibles con los compromisos recogidos en la Resolución del Consejo de la CNMC de 22 de abril de 2015, e interesaba a la Dirección de Competencia la continuación de la vigilancia de dicha resolución.

9. Con fecha 3 de octubre de 2017, la Dirección de Competencia notificó a TELEFÓNICA la segunda propuesta de informe parcial de vigilancia, en la que se recoge, con la información disponible en el expediente de referencia hasta el 20 de julio de 2017, una revisión global del grado de cumplimiento por parte de TELEFÓNICA de los compromisos de 14 de abril de 2015 recogidos en la Resolución de la CNMC, a excepción de los relacionados con la fijación y distribución entre los distintos demandantes del coste mínimo garantizado de los canales deportivos de la oferta mayorista de TELEFÓNICA, en condiciones equitativas, razonables, objetivas, transparentes y no discriminatorias, en cumplimiento del punto 2.9 de los compromisos; y de los relacionados con el cumplimiento de la obligación de replicabilidad efectiva de las ofertas minoristas de TELEFÓNICA que incluyan canales de la oferta mayorista de este operador. Ambas cuestiones serán analizadas en vigilancias específicas para cada una de ellas.
10. Con fecha 31 de octubre de 2017, tuvieron entrada en la CNMC las alegaciones de TELEFÓNICA a la propuesta de informe parcial de vigilancia de 3 de octubre de 2017 (folios 44777-44937).
11. Con fecha 11 de diciembre de 2017, TELEFÓNICA remitió un escrito complementario de alegaciones y una serie de compromisos orientados a ajustar determinados contratos y comportamientos relacionados con las cláusulas preferenciales de adquisición de contenidos audiovisuales, los criterios de reparto del coste de dichos contenidos entre canales, y la política comercial minorista del servicio de televisión (folios 45505-45510).
12. Con fecha 27 de febrero de 2018, la Dirección de Competencia, de acuerdo con los artículos 41 de la LDC y 71 del RDC, ha elevado al Consejo de la CNMC el Informe parcial de vigilancia de la Resolución del Consejo de 22 de abril de 2015 en el expediente C/0612/14 TELEFÓNICA/DTS.
13. La Sala de Supervisión Regulatoria del Consejo de la CNMC, en su sesión de 17 de mayo de 2018, al amparo de lo dispuesto en el artículo 21.2 de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la CNMC (LCNMC), emitió informe favorable con determinadas consideraciones respecto del ámbito de competencias supervisoras.
14. La Sala de Competencia del Consejo deliberó y falló esta Resolución en su sesión del día 22 de mayo de 2018.
15. Son interesados:
 - TELEFÓNICA DE CONTENIDOS, S.A.U.

- DTS DISTRIBUIDORA DE TELEVISIÓN DIGITAL, S.A.
- TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Habilitación competencial

De acuerdo con el artículo 5.1 de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la CNMC (LCNMC), a la CNMC compete aplicar lo dispuesto en la LDC en materia de conductas restrictivas y concentraciones.

Con respecto a la vigilancia del cumplimiento de las obligaciones, resoluciones y acuerdos, y teniendo en cuenta lo dispuesto en la disposición adicional segunda de la LCNMC, el artículo 41 de la LDC establece que, *“1. La Comisión Nacional de Competencia [actualmente CNMC] vigilará la ejecución y el cumplimiento de las obligaciones previstas en la presente Ley y sus normas de desarrollo así como de las resoluciones y acuerdos que se adopten en aplicación de la misma, tanto en materia de conductas restrictivas como de control de concentraciones”*.

La LDC regula las actuaciones de vigilancia en su artículo 35, que establece entre las funciones de la ahora Dirección de Competencia, la de *“c) Vigilar la ejecución y cumplimiento de las obligaciones dispuestas en la presente ley y sus normas de desarrollo así como de las resoluciones y acuerdos realizados en aplicación de la misma, tanto en materia de conductas restrictivas como de control de concentraciones.”*

Entre las funciones del Consejo, el artículo 34.1.e) de la LDC establece, a propuesta de la actual Dirección de Competencia, la de *“resolver sobre el cumplimiento de las resoluciones y decisiones en materia de conductas prohibidas y de concentraciones”*.

Asimismo, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 20.5 de la LCNMC, el artículo 71 del RDC dispone, en su apartado 1, que la Dirección de Competencia llevará a cabo las actuaciones necesarias para vigilar la ejecución y el cumplimiento de las resoluciones que se adopten en materia de control de concentraciones y reitera, en su apartado 3, que el Consejo de la actual CNMC resolverá las cuestiones que puedan suscitarse durante la vigilancia, previa propuesta de la DC.

Finalmente, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 21 de la LCNMC, y con el artículo 14 del Estatuto Orgánico de la CNMC, aprobado por Real Decreto 657/2013, de 30 de agosto, la competencia para resolver el presente procedimiento corresponde a la Sala de Competencia del Consejo con informe de la Sala de Supervisión Regulatoria.

SEGUNDO.- Objeto de la presente Resolución de Vigilancia

El Informe parcial de vigilancia elevado por la Dirección de Competencia el pasado 24 de enero de 2018 recoge, con la información disponible en el expediente de referencia hasta el 20 de julio de 2017, una revisión global del grado de cumplimiento por parte de TELEFÓNICA de los compromisos de 14 de abril de 2015, con las siguientes excepciones:

- En primer lugar, en la propuesta de informe parcial de vigilancia no se ha analizado si la fijación y distribución entre los distintos demandantes del coste mínimo garantizado de los canales deportivos de la oferta mayorista de TELEFÓNICA, en cumplimiento del punto 2.9 de los compromisos, se ha realizado en condiciones equitativas, razonables, objetivas, transparentes y no discriminatorias.

Esta cuestión ya fue abordada en el informe parcial de vigilancia de la Dirección de Competencia de 28 de septiembre de 2016 y en la Resolución del Consejo de la CNMC de 4 de mayo de 2017 en lo que se refiere a los canales de fútbol de la oferta mayorista de TELEFÓNICA en la temporada 2015/2016.

Por otra parte, la Dirección de Competencia indica que el coste mínimo garantizado establecido por TELEFÓNICA en sus canales deportivos en siguientes temporadas será objeto de análisis en propuestas de informes parciales de vigilancia específicas.

- En segundo lugar, tampoco ha sido objeto de análisis en la propuesta de informe parcial de vigilancia de 3 de octubre de 2017, el cumplimiento de la obligación de replicabilidad efectiva de las ofertas minoristas de TELEFÓNICA que incluyan canales de la oferta mayorista de este operador. La Dirección de Competencia considera que, entre otras razones, esta cuestión debe ser analizada teniendo en cuenta las obligaciones establecidas a TELEFÓNICA en el marco de la regulación ex ante de los mercados de comunicaciones electrónicas, por lo que estima más pertinente analizar esta cuestión en propuestas de informes parciales de vigilancia específicas.

Así pues, en el Informe Parcial de Vigilancia elevado por la Dirección de Competencia se analiza el cumplimiento del resto de compromisos, esto es:

- Los compromisos relacionados con el mercado minorista de televisión de pago.
- Los compromisos relacionados con la adquisición de contenidos audiovisuales individuales.
- Los compromisos relacionados con la oferta mayorista de canales premium, excepto fijación de precios y replicabilidad.
- Principios para la determinación del precio variable de cada canal de la oferta mayorista de canales de televisión Premium.
- Los compromisos relacionados con la adquisición de canales editados por terceros.
- Los compromisos con la distribución de canales de televisión de terceros.
- Los compromisos relacionados con mercados de comunicaciones electrónicas.

En relación con estos compromisos analizados, el informe elevado por la Dirección de Competencia cubre todas las actuaciones de vigilancia relacionadas con los mismos desde el inicio de su aplicación hasta el 20 de julio de 2017, con las siguientes particularidades:

- En relación con el compromiso 2.9.e) –disponibilidad de los canales propios Premium de TELEFÓNICA para su contratación a la carta- se analizan las

condiciones de comercialización minorista de canales anteriores al 8 de julio de 2017.

- El análisis de los compromisos relacionados con los mercados de adquisición de derechos de emisión de contenidos audiovisuales individuales se refiere a los contratos vigentes durante el periodo 30 de abril de 2015 a 30 de abril de 2017.
- El de los compromisos relacionados con los mercados de comercialización mayorista de canales afecta a las dos primeras ofertas mayoristas de canales, lanzadas en julio de 2015 y julio de 2016.

En su Informe Parcial de Vigilancia, la Dirección de Competencia ha reflejado, respecto de cada uno de los aspectos de los compromisos objeto de análisis, las actuaciones de vigilancia realizadas por la Dirección de Competencia, las actuaciones de TELEFÓNICA y sus alegaciones a las distintas cuestiones planteadas, así como las denuncias y otros escritos presentados por agentes presentes en los mercados de comunicaciones electrónicas y/o televisión de pago, tal y como se detalla en los siguientes apartados.

TERCERO.- Actuaciones llevadas a cabo por la Dirección de Competencia para la vigilancia del cumplimiento de los compromisos relacionados con el mercado minorista de televisión de pago (compromiso 1 y anexo 2, apartado 1.1)

3.1 Compromisos

Las obligaciones incluidas en el compromiso primero, relativo al mercado minorista de televisión de pago, se pueden agrupar en dos grandes bloques: (i) compromisos orientados a facilitar la movilidad de los clientes que consumen los servicios de televisión de pago de TELEFÓNICA y (ii) compromisos orientados a mantener temporalmente la situación preexistente respecto de los servicios de televisión de pago por internet (OTT) de DTS distribuidos por terceros operadores.

En el primer grupo se encuentran:

- Compromiso 1.1.1, por el que TELEFÓNICA se compromete a tramitar las bajas solicitadas en un plazo máximo obligatorio de quince (15) días para los clientes de servicios no empaquetados de televisión de pago. En el caso de los servicios empaquetados de televisión de pago y comunicaciones electrónicas, se observarán las obligaciones y plazos establecidos en la regulación específica aplicable a los servicios de comunicaciones electrónicas.
- Compromiso 1.1.2, por el que TELEFÓNICA se compromete a renunciar a su derecho a exigir el cumplimiento de las condiciones de permanencia asociadas directa o indirectamente al servicio de televisión de pago (o al pago de la correspondiente indemnización por incumplimiento a los actuales clientes de servicios de televisión de pago en España de la entidad resultante), y a no incluirlas en los futuros contratos asociadas directa o indirectamente a los servicios de televisión de pago (empaquetados o no con servicios de comunicaciones electrónicas).

- Compromiso 1.1.3 que prohíbe a TELEFÓNICA realizar prácticas de recuperación de clientes de servicios de televisión de pago en España que tuvieran contratados servicios de televisión de pago de DTS, así como a los futuros clientes de servicios de televisión de pago contratados *stand-alone*, desde el momento de la solicitud de la baja del servicio y hasta transcurridos dos meses contados desde la fecha en que dicha baja se hubiera materializado.

En cuanto a los compromisos orientados a mantener temporalmente la situación preexistente respecto de los servicios OTT de DTS distribuidos por terceros operadores, TELEFÓNICA se compromete a asegurar el mantenimiento y cumplimiento íntegro de los contratos vigentes de DTS con otros operadores de comunicaciones electrónicas para que distribuyan YOMVI (vía OTT) o la oferta satélite, hasta el fin de la vigencia de los actuales contratos, debiendo prorrogar el servicio YOMVI a los clientes finales durante un plazo de al menos seis (6) meses desde la finalización del contrato de distribución (compromiso 1.2), y renunciar también a realizar ventas activas a los clientes que contrataron este servicio con operadores intermediarios (compromiso 1.3).

3.2 Actuaciones

En lo que se refiere a la tramitación de las bajas (compromiso 1.1.1), la Dirección de Competencia no tiene constancia de que se haya producido ningún incumplimiento por parte de TELEFÓNICA respecto del plazo máximo que fijan los compromisos.

En cuanto a las cláusulas de permanencia, TELEFÓNICA se comprometió a que la renuncia a exigir el cumplimiento de las condiciones de permanencia se comunicase a los clientes en el plazo de tres meses desde que la resolución en segunda fase del expediente C/0612/14 fuese firme en vía administrativa. Asimismo, TELEFÓNICA debía remitir a la CNMC copia de los modelos de comunicación utilizados (Anexo 2 apartado 1.1.a).

El 29 de julio de 2015 TELEFÓNICA aportó a la Dirección de Competencia copia de los modelos utilizados para comunicar a sus clientes de televisión de pago sujetos a obligaciones de permanencia asociados directa o indirectamente al servicio de televisión de pago, su renuncia a exigir el cumplimiento de las condiciones de permanencia, así como la renuncia a exigir la correspondiente indemnización por incumplimiento (folios 13154-13164).

En concreto, fueron aportados por TELEFÓNICA los siguientes documentos:

- Modelo de comunicación en e-factura para clientes con Fusión TV sin Línea Móvil Adicional, Fusión TV con Línea Móvil Adicional y sólo Línea Móvil Adicional.
- Modelo de comunicación en carta para clientes con Fusión TV sin Línea Móvil Adicional y con Fusión TV con Línea Móvil Adicional.
- Modelo de comunicación en SMS para clientes con Línea Móvil Adicional.

TELEFÓNICA aportó también copia de los modelos utilizados por DTS para comunicar a los clientes de televisión de pago sujetos a obligaciones de permanencia asociados directa o indirectamente al servicio de televisión de pago, su renuncia a exigir el

cumplimiento de las condiciones de permanencia, así como la renuncia a exigir la correspondiente indemnización por incumplimiento (13165-13170).

En concreto, fueron aportados por TELEFÓNICA los siguientes documentos:

- Modelo de comunicación en carta para clientes residenciales que reciban la señal vía satélite.
- Modelo de comunicación en carta para locales públicos, colectividades y locales de apuestas.
- Modelo de comunicación en e-mail para clientes residenciales a través de YOMVI.
- Modelo de comunicación en recibo bancario enviado a todos los clientes.

Asimismo, TELEFÓNICA se comprometió (Anexo 2 apartado 1.1.b), en el plazo de dos meses desde que la resolución en segunda fase del expediente C/0612/14 fuese firme en vía administrativa, a aportar información completa sobre las condiciones económicas y jurídicas de los nuevos contratos que oferte con televisión de pago (ya sean empaquetados o no empaquetados). Entre otras cuestiones, TELEFÓNICA debía aportar las condiciones generales y particulares de todos los modelos de contrato que la entidad resultante utilice en la comercialización, empaquetada o no, de servicios de televisión de pago.

Adicionalmente, las modificaciones de estos modelos de contrato o los nuevos modelos de contrato que desarrolle la entidad resultante en la comercialización, empaquetada o no, de servicios de televisión de pago, deben ser comunicados a la CNMC en un plazo de diez días desde su primera utilización.

En cumplimiento de dicha obligación de información periódica, TELEFÓNICA aportó el 30 de junio de 2015 las condiciones de comercialización minorista de las ofertas vigentes de televisión de pago aplicables a partir del 8 de julio de 2015 (folios 2281-2385) y, hasta la fecha, ha venido remitiendo las condiciones generales y particulares de los distintos modelos de contrato utilizados por TELEFÓNICA en la comercialización de servicios de televisión de pago, ya sean empaquetados o no empaquetados¹.

¹ Entre otras:

- 07/08/2015 condiciones generales del servicio de televisión "Movistar vigentes desde 31/07/2015 (folios 13511-13549).
- 25/09/2015 condiciones generales del servicio de televisión "Movistar TV" vigentes desde el 17 de septiembre de 2015 (folios 14549-14593).
- 09/10/2015 condiciones generales del servicio de televisión "Movistar TV" vigentes desde el 3 de octubre de 2015 (folios 14855-14899).
- 26/11/2015 condiciones particulares del servicio Movistar Fusión vigentes desde el 13 de noviembre de 2015 (folios 15633-15658).
- 14/12/2015 condiciones generales del servicio de televisión "Movistar +" desde el 6 diciembre de 2015 (folios 16235-16280).
- 11/02/2016 condiciones particulares del servicio "Movistar Fusión" vigentes desde el 5 de febrero de 2016 (folios 26745-26772).

Sobre las prácticas de recuperación de clientes (compromiso 1.1.3), la Dirección de Competencia no tiene constancia de que se haya producido ninguna actuación por parte de TELEFÓNICA que contravenga lo dispuesto en este compromiso.

En cuanto al resto de los compromisos orientados a mantener temporalmente la situación preexistente respecto de los servicios OTT de DTS distribuidos por terceros operadores, con fecha 1 de julio de 2015, tuvo entrada en la CNMC una denuncia formulada por Vodafone España, S.A.U. (VODAFONE) de incumplimiento del compromiso 1.2, al haber modificado TELEFÓNICA los canales que serán distribuidos a través de YOMVI según los contratos firmados con DTS con fechas 31 de julio de 2013 y 30 de junio de 2014 (folios 12500-12501). En concreto, según VODAFONE, Grupo TELEFÓNICA le comunicó que en las próximas semanas se producirían los siguientes cambios:

- Desaparición de Canal Sportmanía (por cese de producción)
- Canal+1 desaparecería de la oferta comercial de DTS. En la medida en que dicho canal se seguía distribuyendo a [...] clientes, aproximadamente, que lo habían contratado en el marco la oferta anterior a diciembre de 2014, TELEFÓNICA se comprometía a llevar acabo las acciones oportunas de cara a migrar a dichos clientes a una combinación de paquetes con contenido equivalente si era solicitado por el cliente.
- Canal+ Liga (que incluye los partidos que se emitían anteriormente en Canal+ 1) dejaría de suministrarse en la modalidad *smartphone stand-alone*.
- Se sustituiría Canal+2 por Canal+ Estrenos

Por su parte, Jazz Telecom, S.A.U. (JAZZTEL) denunció el 9 de octubre de 2015 el incumplimiento del apartado 1.2 de los Compromisos (folios 14900-15033).

-
- 19/08/2016 condiciones generales del servicio de Televisión "Movistar + y Movistar Fusión vigentes desde el 16 y 9 de agosto de 2016 respectivamente (folios 34472-34512) y condiciones particulares Movistar + fusión (folios 34513-34545).
 - 15/11/2016 condiciones generales de contratación de suministro y recepción de servicios de televisión digital para colectividades vigentes desde el 14 de noviembre de 2016. (Folios 35178–35187).
 - 28/02/2017 Condiciones generales del servicio Movistar+ a partir del 24 de febrero de 2017 (folios 35787-35834).
 - 8/03/2017 condiciones particulares servicio Movistar Fusión vigentes desde 1 de marzo de 2017 (folios 35858-35889).
 - 07/04/2017 condiciones particulares del servicio Movistar Fusión y condiciones generales de contratación de los servicios de Movistar + vigentes desde el 5 de abril de 2017 (folios 35999 – 36040).
 - 20/04/2017 condiciones generales de contratación de los servicios de Movistar + de TELEFÓNICA, vigentes desde el 18 de abril de 2017 (folios 36134 – 36187).
 - 5/05/2017 condiciones generales de contratación de los servicios de Movistar + de TELEFÓNICA, vigentes desde el 1 de mayo de 2017. (folios 36390 – 36443).
 - 12/05/2017 condiciones generales de contratación de los servicios de Movistar + de TELEFÓNICA, y copia de las Condiciones Particulares del servicio "Movistar Fusión" de TELEFÓNICA y vigentes desde el 5 de mayo de 2017. (Folios 36517 – 36602).
 - 22/06/2017 condiciones Particulares del servicio "Movistar Fusión" de TELEFÓNICA vigentes desde el 18 de junio de 2017 (Folios 36975 – 37012).

Concretamente, a juicio de la denunciante, TELEFÓNICA había incumplido dicho apartado de los compromisos al haber disminuido DTS la calidad técnica de los canales de forma unilateral, haber modificado DTS la oferta existente, haber incluido una cuota de alta de 100 euros en la contratación vía satélite a los clientes de JAZZTEL, haber retrasado la comunicación sobre contenidos y promociones de los servicios de OTT de fútbol y haber excluido el partidazo en la oferta de comercialización conjunta de servicios OTT *stand-alone*, contraviniendo lo pactado en el acuerdo de comercialización conjunta de 23 de abril de 2010 y modificaciones de 22 de febrero de 2011² y 24 de noviembre de 2014.

3.3 Valoración del grado de cumplimiento de los compromisos relacionados con el mercado minorista de televisión de pago

Tal como se ha descrito anteriormente, la Dirección de Competencia no tiene constancia de que se haya producido ningún incumplimiento de los compromisos referidos a la tramitación de bajas o a la retención de clientes.

En cuanto a las condiciones de permanencia, según la información disponible, TELEFÓNICA ha cumplido las exigencias del compromiso 1.1.2, así como las obligaciones de información periódica que establece el Anexo 2, apartado 1.1.

Por lo que se refiere a los compromisos orientados a mantener temporalmente la situación preexistente respecto de los servicios OTT de DTS distribuidos por terceros operadores, la Dirección de Competencia ha verificado que los contratos de comercialización conjunta de servicios de televisión de DTS con JAZZTEL y VODAFONE otorgan a las partes plena libertad para decidir acerca de la composición, contenido y características de las ofertas televisivas de pago (canales, precio, promociones, etc.) y de los servicios de comunicaciones electrónicas, formen o no parte de la oferta conjunta³.

La propia JAZZTEL reconoce en su denuncia que el contrato de 24 de noviembre de 2014 incluye una cláusula en relación con los derechos del fútbol, por la que “[...]”. Esta cláusula se reproduce en el contrato DTS-VODAFONE de fecha 30 de junio de 2014.

Teniendo en cuenta lo anterior, y que TELEFÓNICA ha modificado la composición de sus paquetes, ofreciendo la migración a los clientes de estos operadores a canales equivalentes sin variación de precio (folio 14394), la Dirección de Competencia entiende que no se dispone de indicios de incumplimiento de contrato ni de discriminación frente a dichos operadores.

En cuanto a la decisión de TELEFÓNICA de no ofrecer el partidazo en la comercialización conjunta con JAZZTEL de los servicios OTT-*stand alone*, ni el Canal+ Liga en la modalidad Smartphone *stand-alone*, la Dirección de Competencia considera que, tras la concentración, TELEFÓNICA ha implementado una nueva estrategia comercial promoviendo los productos Fusion+ y cesando en la comercialización *stand-alone* del servicio OTT de YOMVI.

² Folios 991-1053 del expediente C/0612/14.

³ Cláusula 2.8 del contrato de 23/04/2010 DTS-JAZZTEL; cláusula segunda A) del contrato de 31/07/2013; y cláusula 1.4 del contrato DTS VODAFONE de 30/06/2014.

Por lo tanto, estas decisiones comerciales en relación con la comercialización conjunta con JAZZTEL son, a juicio de la Dirección de Competencia, consistentes con la nueva política comercial de TELEFÓNICA y no discriminatorias.

Tampoco resulta discriminatorio, a juicio de la Dirección de Competencia, exigir una cuota de alta a los servicios de televisión vía satélite, en la medida que MOVISTAR también la exigía a sus propios clientes (folios 2380 y 13769).

Asimismo, no puede hablarse de incumplimiento de contrato por la supuesta reducción de calidad de tres canales no *premium* cuando, según DTS, ello ha respondido a cuestiones de optimización operativa, sin que la calidad actual se halle por debajo de los niveles aceptables en el sector y, además, se ha aumentado la calidad de otros cuatro canales.

En cuanto a los retrasos en la comunicación de contenidos y condiciones de los servicios OTT de fútbol, a juicio de la Dirección de Competencia, se trata de cuestiones menores que, en cualquier caso, pueden ser dirimidas en la jurisdicción mercantil y que no tienen transcendencia suficiente como para constituir un incumplimiento de los compromisos.

En ese contexto, y dado que los compromisos no buscan la fosilización de la oferta comercial de DTS ni la dependencia de los competidores respecto a este operador, no resulta contrario a los compromisos que TELEFÓNICA deje de subvencionar los costes de instalación en los nuevos clientes del satélite, que se limite el atractivo comercial de la oferta OTT de YOMVI o que se cese la comercialización *stand-alone* de este servicio OTT.

Por tanto, a juicio de la Dirección de Competencia, con la información disponible en el expediente de referencia, no se dispone de indicios de que TELEFÓNICA haya incumplido las obligaciones establecidas en el compromiso 1. Asimismo, con la información disponible, TELEFÓNICA habría remitido en plazo la información señalada en el anexo 2, apartado 1.1.

CUARTO.- Actuaciones realizadas por la Dirección de Competencia para la vigilancia del cumplimiento de los compromisos relacionados con la adquisición de contenidos audiovisuales individuales (Compromisos 2.1; 2.2; 2.3; 2.4; 2.5; 2.6; 2.7 y Anexo 2 apartado 2.1) y valoración de la DC de su cumplimiento.

Este apartado analiza el cumplimiento de los compromisos relacionados con los contratos de adquisición de derechos de emisión en España de contenidos audiovisuales individuales, firmados por TELEFÓNICA con terceros operadores, que han estado vigentes de forma total o parcial a partir del 30 de abril de 2015, tanto los que han sido suscritos con anterioridad a esta fecha como los suscritos con posterioridad.

Para ello, se han analizado todos los contratos aportados por TELEFÓNICA hasta el 30 de abril de 2017.

Los compromisos relacionados con la adquisición de derechos de emisión en España de contenidos audiovisuales individuales únicamente afectan a la adquisición de derechos de emisión en España a terceros. Por tanto, quedan excluidas de la aplicación de estos compromisos las producciones propias y las coproducciones en las que TELEFÓNICA

disponga de al menos el 50% de los derechos de explotación económica y propiedad intelectual.

4.1 Información general sobre los contratos suscritos

4.1.1 Contenidos audiovisuales deportivos

De acuerdo con lo establecido en el apartado 2.1 del Anexo 2 de los compromisos, conforme a la información disponible en el expediente de referencia, TELEFÓNICA ha remitido en plazo y forma los listados de adquisición de derechos de emisión en España de contenidos audiovisuales deportivos vigentes a 22 de abril de 2015 (folios 64-66). Asimismo, a requerimiento de la Dirección de Competencia, TELEFÓNICA envió con fecha 1 de julio de 2015 copia de los contratos suscritos (folios 2683-4217).

Con fecha 29 de enero de 2016, en respuesta a un requerimiento de información de 8 de enero de 2016, TELEFÓNICA remitió los contratos vigentes suscritos a partir del 22 de abril de 2015 (folios 23802-24204), entre ellos:

- El contrato suscrito por DTS con Liga Nacional de Fútbol Profesional (LNFP) de 10 de julio de 2015 para la emisión de los partidos de la Liga de primera y segunda división de fútbol y Copa del Rey de fútbol de la temporada 2015/2016 (folios 23948-23970).
- El contrato de 4 de diciembre de 2015 con LNFP para la adjudicación de los derechos de emisión para abonados residenciales (lote 5)⁴, de determinados partidos de los campeonatos de Liga de primera y segunda división de fútbol para las temporadas 2016/2017 a 2018/2019 (folios 23924-23947).

TELEFÓNICA ha adquirido también derechos de emisión de otras competiciones deportivas, así como los derechos de emisión de las ferias taurinas de España.

Con fecha 6 de junio de 2016, TELEFÓNICA remitió los listados actualizados de los contratos suscritos y copia de los contratos firmados desde enero de 2016 a 30 de abril de 2016 (folios 32258-32262; y 31998-32257).

Con fecha 31 de mayo de 2017, TELEFÓNICA envió los listados actualizados de los contratos vigentes a 30 de abril de 2017, (folios 36791-36798). Durante este periodo grupo TELEFÓNICA ha firmado contratos de ferias taurinas, liga europea de baloncesto y otros campeonatos de rugby, béisbol, etc.

Con fecha 27 de junio de 2017, TELEFÓNICA remitió a la CNMC copia de los contratos suscritos a partir del 30 de abril de 2016 hasta el 30 de abril de 2017 (folios 37052-37474).

4.1.2 Contenidos audiovisuales no deportivos

Los listados de contratos de adquisición exclusiva de derechos de emisión en España de contenidos audiovisuales de terceros, firmados con anterioridad a la entrada en vigor

⁴ Un partido por jornada de primera división de fútbol en primera selección; un partido por jornada de segunda división de fútbol en primera selección; y seis partidos de ascenso a primera división de fútbol.

de los compromisos, fueron remitidos por TELEFÓNICA en plazo y forma, salvo en algunos casos puntuales que se describen en los siguientes párrafos, a la vez que se analizan otros compromisos relacionados con la comercialización mayorista de contenidos audiovisuales no deportivos (folios 62-87 y 1867).

A requerimiento de la Dirección de Competencia, TELEFÓNICA ha remitido a la CNMC copia de los contratos de adquisición de derechos de emisión en España de contenidos audiovisuales individuales vigentes a la fecha de autorización de esta operación de concentración (folios 4218-12499), excepto los siguientes contratos de DTS:

- Contrato en negociación con Disney que figura en el listado remitido
- Contrato con Sony de 18/12/2013
- Contrato con Antena 3 Films/Aparte Films/Telefónica Estudios de 17/07/2014 (Perdiendo el Norte).

Estos contratos fueron requeridos a TELEFÓNICA y esta compañía envió el 11 de diciembre de 2015 copia de algunos de los contratos requeridos. Tras detectar que había enviado información incompleta por error, el 14 de diciembre de 2015 TELEFÓNICA envió nuevamente copia de todos los contratos suscritos con anterioridad al 22 de abril de 2015 (folios 16281-23315), incluidos los dos últimos contratos citados⁵. El contrato con Disney no fue remitido porque, según indicó TELEFÓNICA, se corresponde con un título [...] (folio 16024).

De la información remitida a la Dirección de Competencia con fecha 1 de julio de 2015 (contratos suscritos con anterioridad a la entrada en vigor de los compromisos), se deduce que **DTS** tiene firmados contratos de adquisición exclusiva de derechos de emisión en España de contenidos audiovisuales con todos los grandes estudios norteamericanos (*majors*)⁶ y con numerosas productoras independientes (más de setenta), para su emisión en distintas modalidades (TVOD, SVOD y lineal) títulos de cine, series y documentales, tanto de estreno como de catálogo.

⁵ DTS-Sony de 18/12/2013 (Folios 16152-16212); y DTS-Antena3Films/Telefónica Estudios de 17/07/2014 (folios 16213-16229).

⁶ **Twentieth Century FOX International Television Inc**, dos Contratos [...] de 12/02/1998 (folios 4361-4391 y 4533-4560) y posteriores modificaciones, el 30/07/2009 (folios 4430-4446), el 13/03/2012 (folios 35484-35554), el 7/03/2014 (folios 4488-4501), y el 16/09/2014 (folios 4505-4507); ; **Warner Bros International**, Contrato de 31/12/2012 (folios 4971-5011); **Paramount Spain S.L.U.** Contrato de 1/01/2011 (folios 4707-4748) y Contrato de 15/01/2014 (folios 4748-4764) (en negociación en junio de 2017); **CBS** contrato de 3/12/2014 (folios 8319-8368) en negociación en junio de 2017; **Showtime** contrato de 13/08/2013 (folios 8664-8712) en negociación en junio de 2017; **HBO Enterprises** contrato de 1/01/2013 (folios 4647-4706) y modificación de 1/10/2014 (folios 11128-11134) y **amendment** de 17/11/2014 (folios 8469-8470) , **Sony Pictures Television Sales España** contrato de 25/09/1997 (primera modificación de 30/07/2003 (folios 4878-4887) en esta modificación se incluyen opciones de proveedor para extender el contrato en tres ocasiones llegando si se ejercita la opción hasta el 31/12/2013, segunda modificación de Junio 2008 (folios 4888-4895); Mediante cartas de 19/02/2002, 19/02/2007, y 12/02/2010 (folios 4846 - 4899) se ejercita las tres opciones de prórroga, y modificación de 19/11/2012 (folios 4900-4916). Contrato de 18/12/2013 (folios 16151-16212) y adenda de 5/03/2015 (folios 4765-4828); contrato de 13/03/2015 (folios 8713-8717); **Universal Studios International** contratos de 16/07/2014 (folios 4930-4943) y 28/07/2011 (folios 4944-4970); **The Walt Disney Company Limited**, contratos de 27/02/2009 (folios 4306-4342); 19/02/2015 (folios 4249-4305); y 25/03/2015 (folios 11406-11454).

Por su parte, **TELEFÓNICA** tiene firmados hasta julio de 2015 contratos de adquisición exclusiva de derechos de emisión en España de contenidos (series) con cuatro *majors*⁷ y con dos grandes productoras independientes⁸. **TELEFÓNICA** tiene también diez contratos de coproducción⁹ en los que dispone de menos del 50% de los derechos de propiedad intelectual y más de 20 contratos con proveedores independientes para adquisición de derechos de emisión en TVOD.

Con fecha 28 de enero de 2016, **TELEFÓNICA** envió copia de los contratos suscritos con posterioridad al 22 de abril de 2015. Entre estos contratos figuran dos firmados por DTS con *majors*¹⁰ y numerosos contratos con productoras independientes (folios 24205-26650).

Con fecha 6 de junio de 2016, **TELEFÓNICA** remitió los listados actualizados de los contratos suscritos y copia de los contratos firmados desde enero de 2016 a 30 de abril de 2016 (folios 28758-31997; 32258-322259; y 32263-32290). En este periodo, **TELEFÓNICA** ha firmado un contrato con Sony¹¹ y tiene cuatro contratos en negociación, según figura en los listados remitidos (folios 32281 y 32286), uno con WARNER donde se han adelantado los contenidos cinematográficos mediante "*letter agreements*"¹², y tres contratos en los que se licencian series: una propuesta comercial con Warner para emitir *Shameless*¹³, otra propuesta comercial con CBS (series de catálogo) y dos contratos en negociación con Universal de 17 de mayo de 2016 (*Downton Abbey*; *Mr Robot*, *Game of Silence*, entre otras) y de junio de 2016 (*Allegiance* y reposiciones de *Downton Abbey*). Tras un requerimiento de información de fecha 27 de junio de 2016 (folios 32838-32841) **TELEFÓNICA** remitió, el 14 de julio de 2016, los borradores actualmente en negociación de tres contratos¹⁴ y tras otro requerimiento de información de 26 de enero de 2017, **TELEFÓNICA** envió el 16 de febrero de 2017, los dos contratos firmados con UNIVERSAL que estaban en negociación (folios 35669-35680 y 35620-35631). Respecto de las propuestas comerciales mencionadas, **TELEFÓNICA** indicó el 14 de julio de 2016 que todavía no se habían plasmado en un contrato (folio 33667). Además, grupo **TELEFÓNICA** ha firmado numerosos contratos con proveedores independientes.

⁷ **Sony** contrato de 18/11/2014 (folios 11631-11698); **Disney** contrato de 19/12/2014 (folios 11733-11790); **HBO** contrato de 20/11/2014 (folios 11791-11827); **CBS** International Televisión de 1/12/2014 (folios 12017-12033).

⁸ **Lions Gate** International contrato de 27/01/2015 (folios 11828-11847); **All3Media International** contrato de 10/04/2015 (folios 11848-11860).

⁹ Folios 11501-11630.

¹⁰ Contrato con **Disney** de 14/09/2015 (folios 25011-25058) y otra adenda de fecha 18/09/2015 del contrato con **FOX** de 12/02/1998 (folios 25261-25263).

¹¹ **DTS-SONY** de 21/03/2016 (folios 31203-31290).

¹² *Letter agreement* de 18/12/2015 (folios 31806-31811); addenda 15/02/2016 (folios 31799-31805).

¹³ Contrato **TELEFÓNICA-WARNER** firmado el 9/05/2017 (folios 43376-43385).

¹⁴ **DTS-WARNER** (folios 33717-33757) y **DTS-UNIVERSAL** dos contratos cuyos borradores datan de junio de 2016 (folios 33758-33769 y folios 33770-33781) firmados el 28/10/2016 (folios 35669-35680) con efectos desde el 10/12/2014 (contrato principal folios 28578-28613) y el 24/11/2016 (35620-35631) con efectos desde el 1 de mayo de 2016.

Con fecha 31 de mayo de 2017, TELEFÓNICA envió los listados actualizados de los contratos vigentes a 30 de abril de 2017, detallando altas/bajas y modificaciones (folios 36791-36795 y 36799-36830). Durante este periodo grupo TELEFÓNICA ha firmado modificaciones de contratos con cuatro *majors*¹⁵ y nuevos contratos con cuatro *majors*¹⁶, además de firmar contratos con numerosas productoras independientes.

Con fecha 27 de junio de 2017, TELEFÓNICA remitió a la CNMC copia de los contratos suscritos a partir del 30 de abril de 2016 hasta el 30 de abril de 2017, así como de las adendas o modificaciones firmados a partir del 30 de abril de 2016 de contratos vigentes (folios 37475-43639).

4.2 compromisos y actuaciones relacionados con los plazos de vigencia y explotación de los derechos de emisión adquiridos y cartas a los proveedores afectados.

4.2.1 Contenidos deportivos (compromisos 2.4, 2.6 y anexo 2 apartado 2.1)

El compromiso 2.4 señala que *“los contratos de adquisición en exclusiva de derechos de emisión en España de contenidos audiovisuales deportivos (...) no podrán permitir la explotación (...) más allá del plazo máximo tres años (3) a contar desde la firma del contrato.*

A su vez, el compromiso 2.6 establece que para los contratos vigentes que superen los límites señalados *“la entidad resultante otorgará al proveedor del contenido un derecho, sujeto a la correspondiente compensación conforme a criterios objetivos y proporcionales, de modificar los contratos para ajustarlos a los compromisos establecidos*

(...). Esta comunicación deberá realizarse en el plazo de un mes a contar desde que la Resolución en segunda fase de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia en el expediente C/0612/14 sea firme en vía administrativa (...).”

El anexo 2, apartado 2.1 señala las obligaciones de información de TELEFÓNICA, que se concretan en el envío a la CNMC de listados de los contratos suscritos en exclusiva para la adquisición de los derechos de emisión de contenidos audiovisuales, en los que se identificarán expresamente aquellos que contuviesen elementos incompatibles con los compromisos, y copia de las cartas remitidas a los proveedores otorgándoles la posibilidad de modificar dichos contratos. Los listados deben remitirse en un plazo de 1

¹⁵ **Adenda** de 4/04/2017 de los Contratos **DTS-FOX** de 12/02/1998 (folios 43019-43037) [...]; y **modificaciones** de las *letter agreements* con **WARNER**, la última el 9/05/2017 (folios 43166-43175); **modificación** de febrero 2017 **TELEFÓNICA-SONY** del contrato DTS-SONY de 13/03/2015 (folios 43371-43375) [...]; **modificado** de 01/01/2017 **TELEFÓNICA-DISNEY** de contrato de 25/03/2015 [...] (folio 43094).

¹⁶ Series con: **Universal** de 24/11/2016 (folios 43553-43564); **Universal** de 28/10/2016 (folios 43541-43552); **Sony** de febrero de 2017 (folios 43452-43508); y **Showtime** el 29/07/2016 (folios 43386-43428). Otros contratos con: **Sony** de 1/01/2017 (folios 43095-43165); **Disney** de 17/03/2016 (folios 43038-43083) vigencia a partir del 1/01/2017; **Disney** de 28/12/2016 (folios 43084-43089) modificado el 31/03/2017 (folios 43090-43091) y 30/04/2017 (folios 43092-43093).

mes desde que la autorización de la operación de concentración sea firme en vía administrativa y las cartas en un plazo de 10 días desde su envío o recepción por los destinatarios.

a) Contratos suscritos por DTS con anterioridad a la entrada en vigor de los compromisos

Algunos de los contratos suscritos por DTS para adquirir derechos de emisión de acontecimientos deportivos suscritos con anterioridad a la entrada en vigor de los compromisos (30 de abril de 2015)¹⁷ superan el límite de vigencia de tres años a contar desde la fecha de firma del contrato¹⁸.

DTS ha enviado en plazo las correspondientes cartas a los proveedores dando la opción de modificar los plazos de explotación (folios 560-598).

b) Contratos suscritos por TELEFÓNICA con anterioridad a la entrada en vigor de los compromisos

En relación con los contratos suscritos con anterioridad a la entrada en vigor de los compromisos, TELEFÓNICA tiene tres contratos vigentes para emitir derechos de explotación de competiciones deportivas que superan el plazo máximo de explotación establecido en los compromisos¹⁹ y ha enviado las correspondientes cartas a los proveedores de los contenidos afectados dándoles la opción de modificar los plazos (folios 599-604).

c) Contratos suscritos con posterioridad a la entrada en vigor de los compromisos

Según la información disponible en el expediente de referencia, TELEFÓNICA no ha suscrito contratos con posterioridad a la entrada en vigor de los compromisos que incumplan el plazo de vigencia y/o explotación de los contenidos adquiridos²⁰.

4.2.2 Contenidos no deportivos (compromisos 2.1; 2.2; 2.6; y anexo 2 apartado 2.1)

El compromiso 2.1 afecta a la adquisición de contenidos audiovisuales para su emisión lineal y establece que *“los contratos que la entidad resultante suscriba para la adquisición exclusiva de derechos de emisión en España de contenidos audiovisuales de terceros (de estreno y catálogo) para su emisión lineal (...) no podrán ponerse a disposición (...) una vez transcurridos tres años desde la firma del correspondiente contrato”*.

“Como excepción a lo anterior, la entidad resultante podrá concluir contratos que cubran la vida total de la serie, si bien la puesta a disposición de la primera temporada adquirida deberá tener lugar dentro del periodo de tres años a contar desde la firma del contrato”.

¹⁷ Fecha en la que la Resolución del Consejo de la CNMC por la que se autorizó la operación de concentración ha devenido firme en vía administrativa.

¹⁸ Entre otros: [...]

¹⁹ [...]

²⁰ Folios 23804-24204 y 37049-37474.

“El periodo máximo de explotación (...) será de dos años a contar desde la fecha de puesta a disposición (...)”.

El compromiso 2.2 dedicado a los contratos de adquisición de contenidos audiovisuales para su emisión en SVOD²¹, establece los mismos periodos de puesta a disposición y explotación que los derechos de emisión lineal, pero únicamente permite la exclusividad en esta modalidad de emisión para los contenidos de estreno. A estos efectos se consideran contenidos de estreno *“aquéllos para los que no hayan transcurrido más de 24 meses desde su primera comunicación pública en España en cualquier tipo de soporte o canal”*.

A su vez, el compromiso 2.6 establece que para los contratos vigentes que *“superen los límites señalados (...) la entidad resultante otorgará al proveedor del contenido un derecho, sujeto a la correspondiente compensación conforme a criterios objetivos y proporcionales, de modificar los contratos para ajustarlos a los compromisos establecidos”*.

El plazo de envío de las cartas señaladas y de comunicación a la CNMC, así como las obligaciones de información contenidas en el anexo 2 apartado 2.1 han sido descritas en el epígrafe 3.2.1.

a) Contratos firmados por DTS con anterioridad a la entrada en vigor de los compromisos

Con carácter general, estos contratos cumplen el periodo de vigencia fijado en los compromisos (tres años) y el periodo de explotación de los derechos adquiridos para emisión lineal (24 meses desde la puesta a disposición de los mismos).

Cabe mencionar, como excepción, el contrato firmado con [...] con adendas sucesivas que han prorrogado el periodo de licencia. La última adenda, de fecha [...] ([...]), permite la extensión del periodo de licencia hasta [...] a través de una opción otorgada a [...], que ha sido ejecutada mediante adenda de [...] (folio 4511).

En el caso de la explotación de contenidos audiovisuales bajo la modalidad SVOD, en tres contratos firmados con *majors*²² algunos títulos pueden superar el límite establecido (24 meses desde la primera comunicación pública en España de dicho contenido). Ello se debe a que los periodos de explotación teniendo en cuenta las fechas de disponibilidad de los títulos, si se agotan los plazos señalados, superan los 24 meses desde su estreno en cines.

DTS tiene también otro contrato firmado con [...] ²³ para adquirir [...] series de estreno (lineal y SVOD) cuyo plazo de explotación es de 36 meses.

Algunos contratos firmados con productoras independientes tienen también periodos de vigencia superiores a lo establecido en los compromisos²⁴.

²¹ Permite el acceso en la modalidad de emisión no lineal a contenidos audiovisuales mediante el pago de una tarifa plana que suele ser mensual, en el momento que elija el abonado.

²² [...]

²³ [...]

²⁴ [...]

Llama la atención el contrato marco firmado con [...] con sucesivas adendas (folios [...]) en el que el periodo de vigencia se extiende hasta que [...].

En todos los casos señalados se ha dado la opción al proveedor afectado de ajustar los plazos a los límites marcados en los compromisos²⁵.

Se han detectado [...] contratos con un periodo de vigencia incierto, al depender de la fecha de estreno en salas de cine de los contenidos adquiridos²⁶ y las cartas enviadas a los proveedores respectivos²⁷ no mencionan este hecho. Sin embargo, en los listados actualizados enviados el 6 de junio de 2016 (folios 32283) en los que constan las fechas de estreno en salas de cine en España de dichas películas, se observa que se han cumplido los plazos establecidos en los compromisos.

Cabe señalar que [...] contratos²⁸ no se han firmado, según la información aportada por TELEFÓNICA, pero ambos se están ejecutando con anterioridad a la fecha de aprobación de la operación.

En el caso de [...], hay una propuesta de extensión del contrato de [...] y aunque a la fecha de redacción de esta nota TELEFÓNICA informa que todavía no ha recibido el contrato modificado de [...], ambas partes han venido cumpliendo con las obligaciones derivadas del mismo, poniéndose a disposición de DTS [...] títulos de estreno y [...] de librería durante los [...]. [...] confirma que el primer título se puso a disposición [...].

En el caso de [...], hay un escrito firmado por las partes diciendo que aceptan la modificación del contrato según los términos del “Exhibit 1” que tendrá efecto a partir de dicha fecha, aunque el contrato no se ha firmado todavía (folio [...]). [...] confirma lo anterior y señala que la fecha del contrato es el [...] y que los títulos se han puesto a disposición de DTS [...] (folios [...]). Además, TELEFÓNICA indica que este contrato se encuentra firmado desde mediados de [...] pero el 11 de diciembre de 2015 TELEFÓNICA remitió de nuevo dicho contrato, que sigue sin firmar (folio [...]).

En ambos casos, DTS ha enviado las cartas a los proveedores dando la opción de reducir los plazos, pero la carta enviada a [...] se refiere al contrato de [...] y no al que está en negociación, que es la extensión del contrato de [...]. TELEFÓNICA informó en su escrito de 11 de diciembre de 2015, que la propuesta de extensión del contrato de [...] remite al contrato de [...] para todo aquello no dispuesto expresamente en esta propuesta y que, por ello, TELEFÓNICA hizo referencia en sus escritos al contrato del año [...].

Por último, el listado de adquisición de series remitido (folio 73) señala en algunos contratos²⁹ que la fecha límite de puesta a disposición no aplica (N/A). La Dirección de Competencia considera, que, aunque se adquiera la vida de la serie, la primera temporada debe ponerse a disposición antes de transcurridos tres años. Por ello, con independencia de que se haya cumplido con los plazos establecidos en los compromisos,

²⁵ Cartas de DTS a *majors*: [...]; cartas a productoras independientes (folios [...]).

²⁶ Entre otros, [...]

²⁷ Carta a [...].

²⁸ [...]

²⁹ [...]

en las actualizaciones de listados que se envíen se deberá especificar la fecha límite de puesta a disposición de la primera temporada.

b) Contratos firmados por TELEFÓNICA con anterioridad a la entrada en vigor de los compromisos

Los contratos firmados por TELEFÓNICA para la adquisición en exclusiva de derechos de emisión de series en modalidad lineal y SVOD contemplan periodos de explotación superiores a lo establecido en los compromisos (36 meses)³⁰.

En los casos señalados se han remitido en plazo las correspondientes cartas a los proveedores de contenidos dando la opción de reducir los plazos³¹.

c) Contratos suscritos por TELEFÓNICA con posterioridad a la entrada en vigor de los compromisos

Es importante mencionar un contrato³², por el que se adquiere [...] para emisión lineal y “Qualifying SVOD³³” (que en el listado figura como FVOD) que podrá ser explotado en exclusiva durante 36 meses. Las razones que llevan a considerar que se trata de un contrato ejecutado con posterioridad al 30 de abril de 2015 se describen pormenorizadamente en el epígrafe 3.3.2.c).

Asimismo, el borrador de contrato en negociación entre DTS y [...] contiene una cláusula, en su redacción de [...] (folio [...]), mediante la cual, en el supuesto de que un contenido seleccionado por DTS no pudiera estar disponible en el periodo de vigencia fijado [...], dicho contenido deberá ser licenciado a DTS mediante un nuevo contrato entre las partes en los mismos términos que el actual contrato. Esta cláusula es contraria al compromiso 2.1 en el que claramente se señala, que los contenidos deberán ponerse a disposición de TELEFÓNICA en el plazo máximo de tres años desde la firma del contrato y con esta cláusula se está comprometiendo la adquisición de contenidos por un periodo superior al establecido en el compromiso citado, eludiendo así la aplicación del mismo. Además, este incumplimiento no ha sido resaltado en los listados de contratos actualizados remitidos el 6 de junio de 2016 (folio 32281).

Sobre este contrato TELEFÓNICA explica en sus alegaciones de 31 de octubre de 2017 que está obligada a adquirir [...], y al tratarse de un acuerdo tipo [...], no se conoce con exactitud la fecha de puesta a disposición de los contenidos ya que depende de la fecha de estreno en EEUU. Si un título no pudiera estar disponible antes del [...], DTS no cumpliría el contrato y [...] no podría dar salida al contenido en cuestión. En todo caso, TELEFÓNICA ha indicado que el compromiso de licenciar el contenido con posterioridad [...] no ha tenido efectos, y dado que el contrato se encuentra en negociación, se atenderá a lo dispuesto en la propuesta de informe parcial de vigilancia, en el sentido de advertir al proveedor sobre la necesidad de poner a disposición los títulos dentro del periodo de

³⁰ [...]

³¹ Cartas de TELEFÓNICA:[...]

³² [...]

³³ Es un servicio gratuito para los abonados a la televisión de pago lineal, cuyo contenido solo estará disponible una vez haya sido emitido en modalidad lineal, con un periodo de licencia igual que el servicio lineal y sin limitación en el número de exhibiciones.

vigencia señalado en los compromisos, y explicitar en los listados actualizados la fecha efectiva de puesta a disposición de los mismos.

A su vez, la Dirección de Competencia ha detectado que [...] contratos³⁴ incluyen, en el caso de que se produzcan nuevas temporadas de series, el compromiso de TELEFÓNICA de licenciar temporadas pasadas de dichas series en el supuesto de que se comercialicen nuevas temporadas³⁵. Ambos contratos permiten exclusividad frente a la emisión en televisión de pago lineal de estas temporadas “relicenciadas” [...] lo que podría implicar para las primeras temporadas, un periodo de explotación superior a 24 meses que es el máximo establecido en el compromiso 2.1 b).

TELEFÓNICA ha explicado en sus alegaciones que esta obligación de recomprar temporadas anteriores daría lugar a una nueva relación jurídica con el proveedor y se iniciaría un periodo de explotación máximo, en exclusiva, de 24 meses a partir de la puesta a disposición. Sin embargo, en los contratos citados que ya están en vigor, se fijan las condiciones (económicas y periodo de explotación) en las que se podrían volver a licenciar las temporadas pasadas, por lo que, en opinión de la Dirección de Competencia, no parece que se establezca una nueva relación jurídica y negociaciones en igualdad de condiciones con terceros operadores que deseen acceder a las series mencionadas, por lo que el inicio del cómputo de 24 meses del periodo de explotación debe fijarse a partir de la fecha de puesta a disposición de las temporadas adquiridas al amparo del contrato de [...].

En el caso del contrato con [...], TELEFÓNICA afirma que no ha habido una segunda temporada de la serie adquirida, por lo que no se ha hecho efectiva la obligación de volver a licenciar temporadas ya emitidas.

No se han detectado más contratos no deportivos suscritos por TELEFÓNICA con posterioridad a la entrada en vigor de los compromisos, que incumplan los plazos de vigencia y explotación de los compromisos (folios [...]).

4.3 Compromisos y actuaciones relacionados con exclusividades y holdbacks (compromisos 2.2; 2.3; 2.5; 2.6; y anexo 2 apartado 2.1).

Como ya se ha señalado, el compromiso 2.2 solo “*permitirá la adquisición exclusiva de derechos de emisión en España de contenidos audiovisuales no deportivos para su emisión en la modalidad SVOD de contenidos audiovisuales de estreno*”, es decir, títulos para los que “*no hayan transcurrido más de 24 meses desde su primera comunicación pública en España en cualquier tipo de soporte o canal*”.

El compromiso 2.3 establece que “*la entidad resultante no podrá adquirir derechos de emisión en España de contenidos audiovisuales no deportivos de terceros para su emisión en Transacción video on demand-TVOD³⁶ en régimen de exclusividad (ni total ni parcial) y sin excepciones*”

³⁴ [...]

³⁵ [...]

³⁶ Permiten acceder a los contenidos audiovisuales uno a uno mediante un pago individualizado.

El compromiso 2.5 prohíbe la adquisición “*de derechos exclusivos de explotación (...) de contenidos audiovisuales de terceros de cualquier tipo y de cualquier proveedor sobre ventanas o modelos de emisión (lineal, SVOD, TVOD) que no vaya a explotar*”

No obstante, con el fin de proteger la exclusividad durante 24 meses de los títulos adquiridos para emisión lineal o SVOD, se permite incluir en los contratos “*periodos de protección o holdbacks (...) frente a cualquier forma de explotación durante un periodo de 24 meses a contar desde la fecha en que dichos contenidos audiovisuales han sido emitidos por primera vez en España en cualquier soporte*”.

Hay una excepción a lo anterior, pues para los contenidos de cine de estreno, no se permiten “*holdbacks que impidan la adquisición por terceros de dichos contenidos para su emisión en TVOD durante los doce (12) primeros meses desde que han sido emitidos por primera vez en España en cualquier soporte*”. Es decir, TELEFÓNICA no podrá impedir que terceros exploten en la modalidad TVOD películas cinematográficas durante los doce primeros meses desde su estreno en España, aunque haya adquirido la exclusividad de dichos contenidos para su emisión en otras modalidades (lineal y/o SVOD).

A su vez, el compromiso 2.6 establece que para los contratos vigentes que superen los límites señalados o incluyan exclusividades o *holdbacks* no permitidos “*la entidad resultante otorgará al proveedor un derecho, sujeto a la correspondiente compensación conforme a criterios objetivos y proporcionales, de modificar los contratos para ajustarlos a los compromisos establecidos*”

El plazo de envío de las cartas señaladas y de comunicación a la CNMC, así como las obligaciones de información contenidas en el anexo 2 apartado 2.1 han sido descritas en el epígrafe 3.2.1.

4.3.1 Contenidos deportivos

Los contratos de adquisición de derechos de explotación de contenidos deportivos no se ven afectados por exclusividades o *holdbacks* no permitidos, más allá de las exclusividades que exceden el periodo de vigencia y explotación de dichos derechos en contratos firmados con anterioridad a la entrada en vigor de los compromisos, que han sido descritos en el epígrafe 3.2.1. y para los que se han enviado las correspondientes cartas a los proveedores dando la opción de modificar dichos plazos.

4.3.2 Contenidos no deportivos

a) Contratos firmados por DTS con anterioridad a la entrada en vigor de los compromisos

Los contratos que DTS tiene firmados con las *majors* y con productoras independientes incluyen exclusividades o *holdbacks* no admitidos.

En todos los contratos firmados con las *majors* en los que se adquieren derechos de emisión para modalidad lineal o SVOD, se incluyen *holdbacks* frente a la emisión en modalidad TVOD dentro de los doce primeros meses desde su estreno en España en cualquier formato. Además, DTS también tiene un contrato con [...] (folios [...]) en el que se licencian derechos de emisión en TVOD sin exclusividad, pero se fijan limitaciones de

emisión en SVOD o lineal durante el periodo de licencia ([...]). DTS ha enviado las correspondientes cartas a los proveedores dando la opción de eliminar dichas restricciones³⁷ y según consta en el listado actualizado de contratos remitido el 31 de mayo de 2017, se ha eliminado este *holdback* con [...] mediante una adenda firmada el [...] (folio [...]).

En los contratos afectados por otro tipo de exclusividades o *holdbacks* no permitidos³⁸ (exclusividades en la adquisición de derechos de emisión en SVOD de títulos de catálogo, o restricciones para proteger la emisión lineal prohibiendo la venta de los mismos contenidos para emitir en SVOD por periodo superior a 24 meses desde su estreno en España en cualquier formato o por un periodo superior al periodo de licencia), DTS también ha remitido a los proveedores afectados las cartas que otorgan la opción de modificar los contratos. No obstante, la Dirección de Competencia solicitó a TELEFÓNICA aclaración sobre las siguientes cuestiones:

- En el caso de [...], el escrito no hace referencia a la opción de excluir la exclusividad de derechos de emisión de títulos de librería para emitir en SVOD que pueden ser adquiridos según el contrato de [...] y tampoco se hace referencia a eliminar los *holdbacks* frente a SVOD en títulos de catálogo que se incluyen en [...] de este mismo contrato. La carta únicamente hace referencia en este punto al contrato de [...] y, sin embargo, ambas partes están aplicando el contrato de [...]. TELEFÓNICA indicó el 11 de diciembre de 2015 que el contrato de [...] es una adenda del firmado el [...] y, en esta adenda, no se modificaron los derechos exclusivos para emitir en SVOD títulos de catálogo ni los *holdbacks* frente a SVOD de dichos títulos, razón de que las cartas se refieran al contrato de [...]
- La razón de que el escrito a [...] no haga referencia al *holdback* que se extiende más allá del periodo de licencia ([...]). Sobre ello TELEFÓNICA indicó, en su escrito de 11 de diciembre de 2015, que en la carta al proveedor se propuso la reducción del periodo de licencia del contrato por el que se adquiriría la segunda ventana de producto de estreno para adaptarlo a lo establecido en los compromisos. En los listados de los contratos suscritos actualizados enviados por TELEFÓNICA a la CNMC el 6 de junio de 2016 (folio [...]), se indica que hay una adenda en negociación de este contrato para ajustarlo a los requerimientos de la oferta mayorista de canales propios *premium* señalada en los compromisos y modificar ventanas. Con el fin de conocer el alcance de las modificaciones se solicitó a TELEFÓNICA el borrador del contrato, cuya redacción de [...] fue remitida el 14 de julio de 2016 (folios [...]). Este borrador elimina los *holdbacks* frente a VOD y PPV con anterioridad al periodo de licencia.
- La razón de que la carta remitida a [...] no incluya la opción de eliminar el *holdback* frente a emisión lineal que se extiende [...] después del periodo de licencia en el contrato de [...] (folios [...]). En los listados tampoco figura la existencia de *holdbacks* prohibidos frente a lineal y SVOD por extenderse más allá del periodo de licencia. TELEFÓNICA respondió en su escrito de 11 de diciembre de 2015 que,

³⁷ Cartas de DTS a *majors*: [...]; cartas a productoras independientes (folios [...]).

³⁸ [...]

al ser el periodo de explotación de [...] meses, entienden que cumplen con los compromisos.

Mediante los contratos firmados con **productoras independientes** en los que se adquieren derechos de emisión en modalidad TVOD, lineal y SVOD (folios [...]) DTS ha adquirido la exclusividad en títulos de estreno sobre la ventana de TVOD durante [...] y ha remitido las correspondientes cartas en las que otorga al proveedor la opción de suprimir la exclusividad durante los doce primeros meses a contar desde la primera comunicación pública en España (folios [...]).

Existe otro contrato firmado con [...] para adquirir series [...] de fecha [...](folios [...]) que está todavía sin firmar, según indicó TELEFÓNICA en su escrito de 11 de diciembre de 2015 y según se indica en los listados de contratos enviados el 6 de junio de 2016 y el 31 de mayo de 2017. No obstante, el último borrador de contrato enviado señala que la fecha de entrada en vigor fue el [...]. En este contrato se adquiere [...] y los términos del mismo se ajustan a lo dispuesto en los compromisos, por lo que no se ha enviado carta al proveedor. TELEFÓNICA confirma el 14 de julio de 2016 que el borrador remitido no ha sufrido modificaciones.

DTS también ha firmado contratos con numerosas productoras independientes para adquirir títulos de catálogo. En muchos de estos contratos se ha adquirido exclusividad para SVOD ([...]) y [...] de ellos exclusividad frente a TVOD. Además, [...] contratos tienen *holdbacks* frente a SVOD. DTS ha remitido a los proveedores de contenidos las correspondientes cartas que dan la opción de eliminar dichas cláusulas (folios [...]).

Finalmente, cabe mencionar los contratos firmados por DTS para adquirir derechos no exclusivos de emisión en SVOD, pero con *holdbacks* frente a la emisión de ventanas posteriores (folios [...]). En estos casos, DTS también ha remitido a los proveedores afectados las cartas en las que renuncia a estas restricciones sin exigir compensación (folios [...]).

b) Contratos firmados por TELEFÓNICA con anterioridad a la entrada en vigor de los compromisos

Los contratos suscritos por TELEFÓNICA para la adquisición de series incluyen exclusividades para emitir en modalidad SVOD y *holdbacks* frente a esta modalidad de explotación en algunos títulos considerados de catálogo. Las cartas remitidas a los proveedores ofrecen renunciar a estas exclusividades a cambio de una compensación (folios [...]).

Es importante mencionar el contrato suscrito con [...] con fecha [...], por el que TELEFÓNICA adquiere la serie [...] en exclusividad, durante un periodo de explotación de [...] años en modalidad lineal y de [...] años en SVOD (folios [...]). Según el contrato, transcurridos los [...] años de exclusividad para emitir esta serie en la modalidad de SVOD, [...]. Sin embargo, el escrito remitido al proveedor ofreciendo la posibilidad de reducir el periodo de licencia de emisión lineal y los *holdbacks* no permitidos (folios [...]) no menciona esta restricción. TELEFÓNICA ha explicado en sus alegaciones que no se trata de una restricción, sino de una aclaración. Efectivamente, la Dirección de Competencia ha verificado que durante el [...] año de explotación de este título TELEFÓNICA no tiene exclusividad y que de la redacción del contrato no se infiere que

haya restricciones para comercializar los derechos de emisión de esta serie a terceros en España, por lo que la Dirección de Competencia admite la alegación de TELEFÓNICA en relación con este punto.

En relación con las coproducciones, suelen haber exclusividad para emitir en modalidad TVOD ([...]) y TELEFÓNICA renuncia a dicha exclusividad sin exigir compensación (folios [...]).

TELEFÓNICA también tiene firmados contratos con al menos [...] productoras (folios [...]) para la adquisición de derechos de emisión en TVOD con *holdbacks* frente a cualquier ventana de explotación posterior y ha remitido a los proveedores afectados los escritos que dan la opción de renunciar a estas restricciones, a cambio de una compensación consistente en que el proveedor dedique el [...] (folios [...]).

c) Contratos firmados con posterioridad a la entrada en vigor de los compromisos

Cabe mencionar los dos contratos firmados por DTS con [...] ³⁹ con posterioridad a la entrada en vigor de los compromisos, a los que nos hemos referido en el subepígrafe 3.2.2.c), que podría incumplir algunos de estos compromisos.

La cláusula 1 de dichos contratos señala que la fecha de los mismos, solo a efectos de referencia, es el [...] respectivamente, pero han sido firmados el [...]. En el caso del contrato por el que se adquiere la serie [...], la fecha de referencia es [...] días después de la Resolución del Consejo de la CNMC por la que se aprueba la autorización de la operación de concentración C/0612/14 y solo [...] días antes de la entrada en vigor de los compromisos.

DTS explicó el 1 de julio de 2015, tras un requerimiento de información de la Dirección de Competencia de 22 junio de 2015 (folios 2092-2096.1) que las negociaciones de estos contratos se iniciaron en [...] y culminaron a principios de [...], pero solo envió las comunicaciones intercambiadas entre ambas compañías en [...] (folios [...]). En una de las comunicaciones internas enviadas el [...] (entre personal de DTS), DTS indicó que los representantes de [...] consideran que es un [...] (folio [...]). DTS también señaló en el citado escrito (folio 2390) que con cargo al contrato por el que se adquiere la [...], se ha puesto a disposición un título el [...], pero en el contrato firmado en [...] se indica que [...] se pone a disposición [...] y aún no se conoce la fecha de puesta a disposición de [...], que podrá ser un día después del estreno en USA. Según el contrato por el que se adquiere la serie [...], las dos primeras temporadas se ponen a disposición el [...] y para la tercera temporada la fecha de inicio de licencia es también desconocida.

Al ser requerida TELEFÓNICA para que identificara los títulos que, según había afirmado en el escrito de 1 de julio de 2015, se pusieron a disposición en el mes de [...], esta empresa respondió en su escrito de 11 de diciembre de 2015 que hay un título [...] que inició vigencia el [...], pero este título no se adquiere al amparo del contrato de adquisición de los derechos de emisión de [...], sino a través de un tercer contrato de adquisición de [...] títulos de estreno y [...] de librería de [...] (folio [...]).

³⁹ - [...]

- [...].

Por su parte, [...] afirmó en su escrito de 18 de diciembre de 2015 (folios 23345-23351) que las partes alcanzaron un acuerdo verbal y ambos contratos se aplican desde las fechas de referencia mencionadas, es decir, desde [...]. Sin embargo, [...] se contradice al afirmar que la fecha de puesta a disposición del primer título del contrato por el que se adquiere [...] tuvo lugar “alrededor del [...]” y la primera entrega a DTS de los títulos adquiridos al amparo del contrato de [...] se realizó alrededor del [...], sin especificar si se trata de la serie [...] (adquirida en exclusividad) o de otros títulos de librería adquiridos sin exclusividad.

En el listado actualizado de contratos de series remitido por TELEFÓNICA el 6 de junio de 2016 (folio [...]) se confirma la fecha de estreno de [...] ([...]) y la de puesta a disposición de [...] ([...]). Asimismo, en el listado actualizado de contratos de adquisición exclusiva de contenidos para emitir en SVOD (folio [...]), figura como fecha de inicio de explotación de la serie [...] ([...]); [...] ([...]).

La Dirección de Competencia no ha dispuesto de información sobre intercambios de información anteriores a marzo de 2015, hasta el 31 de octubre de 2017, fecha en la que TELEFÓNICA envió comunicaciones por correo electrónico intercambiadas entre las partes en [...] (folios [...]).

TELEFÓNICA insiste en sus alegaciones de 31 de octubre de 2017 que los contratos citados forman parte de un paquete global que se negoció conjuntamente y que comprendía [...], un paquete de SVOD [...] y un paquete de cine [...]. Estos productos se plasmaron posteriormente en tres contratos diferenciados.

Para verificar la existencia de estas negociaciones, TELEFÓNICA envió copia de varios correos electrónicos intercambiados entre [...] y DTS (folios [...]), el último de [...], en el que [...] responde a la propuesta de contrato enviada por DTS y señala que todavía no tiene los comentarios de la Dirección, a la vez que reitera que no hay acuerdo hasta que el contrato haya sido firmado.

En definitiva, si bien es cierto que hay un correo electrónico de [...] en el que DTS comunicó al personal de la empresa que [...] le había indicado que podían trabajar como si el contrato estuviese firmado, no hay ningún correo del proveedor que constate esta afirmación y también es cierto que, en otro correo electrónico de [...], [...] advierte que no hay acuerdo hasta que el contrato esté completamente firmado, y la firma no se produjo hasta el [...].

Por tanto, sin perjuicio de que efectivamente la fecha de puesta a disposición de un título no determina la efectividad de un contrato, la Dirección de Competencia verificó las fechas de puesta a disposición de los títulos, ([...]) dado que los contratos fueron firmados con posterioridad a la entrada en vigor de los compromisos (30 de abril de 2015), siendo estas fechas de puesta a disposición posteriores a esta entrada en vigor.

No puede, por ello afirmarse, que los contratos se estaban ejecutando en [...], por lo que no parece que haya razones suficientes que justifiquen haber firmado estos contratos en [...] con muchos términos contrarios a lo establecido en los compromisos.

El contrato por el que se adquiere [...] tiene exclusividad durante 36 meses y *holdbacks* frente a TVOD, lineal y SVOD antes y durante el periodo de licencia. Este contrato se ha

firmado con toda probabilidad haciendo uso de la opción preferente que figura en el contrato por el que se adquirió [...] para negociar las siguientes temporadas.

En lo que se refiere al contrato con [...], firmado con posterioridad a la entrada en vigor de los compromisos, para emitir en SVOD ([...]) y que permite la exclusividad de la [...] (folios [...]), la Dirección de Competencia recuerda que no se puede adquirir una exclusividad de estas temporadas durante 24 meses desde su puesta a disposición en [...] (según figura en el contrato y en los listados remitidos por TELEFÓNICA) porque se trata de títulos de librería (folio [...]).

DTS remitió las correspondientes cartas proponiendo al proveedor ajustar los términos de los dos contratos mencionados a lo establecido en los compromisos (folios [...]). Pero como se verá más adelante, DTS no renunció a la cláusula preferencial que afecta al contrato de adquisición de los derechos de emisión de [...].

Conforme a la información disponible en el expediente de referencia, los contratos firmados por grupo TELEFÓNICA desde el 30 de abril de 2016 al 30 de abril de 2017 no incluyen exclusividades ni *holdbacks* contrarios a los compromisos.

4.4 Compromisos y actuaciones relacionados con las cartas remitidas a los proveedores de contenidos en relación con los plazos y exclusividades no permitidos (compromiso 2.6)

El compromiso 2.6 establece que para los contratos vigentes que incumplan alguna de las obligaciones recogidas el compromiso 2, apartados 2.1, 2.2, 2.3, .4 y 2.5 “*la entidad resultante otorgará al proveedor un derecho, sujeto a la correspondiente compensación conforme a criterios objetivos y proporcionales, de modificar los contratos para ajustarlos a los compromisos establecidos.*”

(...) En esta comunicación la entidad resultante deberá concretar la compensación solicitada y los criterios equitativos, razonables, objetivos, no discriminatorios y proporcionales utilizados para cuantificarla. Esta Comunicación deberá realizarse en un plazo máximo de un (1) mes a contar desde que la resolución en segunda fase de la Comisión nacional de los Mercados y la competencia en el expediente C/0612/14 sea firme en vía administrativa (...).”

Las obligaciones contenidas en el anexo 2 apartado 2.1 han sido descritas en el epígrafe 3.2.1.

Como ya se ha expuesto a lo largo del informe, tanto DTS como TELEFÓNICA han remitido en plazo a los proveedores correspondientes los escritos relativos a contratos afectados por periodos de explotación superiores a los establecidos en los compromisos o que contienen exclusividades o *holdbacks* no permitidos. La mayoría de estas cartas recogen adecuadamente, a juicio de la Dirección de Competencia, los términos de los contratos que no se ajustan a los compromisos, salvo algunos casos que se han descrito en los apartados anteriores.

Por tanto, en este apartado únicamente se analizará el contenido de dichas cartas desde la óptica de las condiciones exigidas por DTS y TELEFÓNICA a los proveedores en el supuesto de que éstos últimos acepten modificar los contratos.

4.4.1 Contenidos deportivos

Como ya se ha indicado, DTS tiene contratos firmados con anterioridad a la entrada en vigor de los compromisos que superan el periodo de explotación de tres años⁴⁰ y ha enviado en plazo las correspondientes cartas a los proveedores dando la opción de modificar dichos plazos (folios [...]).

En las cartas referidas a los contratos que se indican a continuación, se exige como compensación un porcentaje del [...] % del coste de los derechos adquiridos para ser emitidos en las anualidades que exceden lo autorizado, que DTS justifica por el incremento esperado de precios del que se beneficiaría el proveedor con los derechos disponibles en el mercado. Además, DTS no estaría obligado a pagar el importe de los derechos de emisión de dichas anualidades.

El contrato inicial de adquisición de derechos para emitir el [...], abarca hasta el [...] y en [...] se firma la extensión del periodo de licencia que finaliza en [...], por lo que el periodo de licencia que excede al fijado en los compromisos sería el correspondiente a la temporada [...], cuyo coste asciende a [...] euros. El importe de los pagos correspondientes al periodo [...] asciende a [...] euros.

El contrato firmado con [...] adquiere los derechos de emisión de [...], [...] y [...] hasta la temporada [...] incluida que quedaría fuera del periodo de licencia admitido en los compromisos. El coste fijado en el contrato para esta temporada es: [...]

El contrato firmado el [...] con [...] incluye la temporada [...] que excedería el periodo de licencia de los compromisos, y el coste fijado para esta anualidad es de [...] euros. El coste de todas las temporadas asciende a [...] euros.

El contrato firmado con [...] permite también la emisión de derechos de emisión de tres temporadas ([...]). El coste de la última temporada asciende a [...] euros y el importe a pagar por los derechos de emisión de las [...] temporadas se fija en [...] euros.

En casi todos los casos descritos, los costes de las temporadas van de menos a más⁴¹.

Por su parte, TELEFÓNICA también ha remitido a los proveedores de los contratos suscritos por un periodo de explotación superior a tres años las cartas que dan la opción de reducir dicho plazo. En dos de estos contratos⁴² las compensaciones exigidas se indican a continuación.

El contrato de adquisición de los derechos de emisión del [...] tiene una vigencia de [...] años. TELEFÓNICA envió al proveedor un escrito dando la opción de reducir el plazo (folios [...]) y exigió una compensación de [...] euros. Esta indemnización se suma al importe que lógicamente debería dejar de pagar por los [...] años en los que no dispondría de los derechos de emisión, que asciende a [...] euros. El coste de este contrato es también creciente a medida que se suceden las temporadas y el importe total del coste de emisión de todas las temporadas asciende a [...] euros.

⁴⁰ Entre otros: [...]

⁴¹ La excepción es el contrato referido a los [...]

⁴² [...]

El contrato para adquirir los derechos de emisión de [...] se extiende durante [...] temporadas, por lo que la reducción de [...] justificaría no pagar el importe que corresponde a los derechos de [...], importe que además está anualizado y que según el contrato asciende a [...] euros. Sin embargo, TELEFÓNICA exige el pago adicional de [...] euros sobre la base de que los [...] primeros años los derechos de emisión no eran exclusivos, ya que podían emitirse las competiciones en televisión en abierto y TELEFÓNICA accedió a comprarlos por la exclusiva concedida durante las dos siguientes temporadas. El importe por la adquisición de los derechos de emisión de las [...] primeras temporadas ascendió a [...] euros ([...]). El importe a pagar por las [...] últimas temporadas asciende a [...] euros ([...]).

4.4.2 Contenidos no deportivos

Como ya se ha avanzado, según lo indicado en las cartas enviadas a los proveedores, la reducción del periodo de licencia y explotación exclusiva de los contenidos debería ir acompañada de una reducción proporcional del coste establecido en el contrato. Es decir, según TELEFÓNICA, si el periodo inicial es de cuatro años y debe reducirse a dos, el coste debería disminuir como mínimo un 50%.

Cuando se trata de reducir el periodo de explotación en exclusiva de títulos adquiridos a terceros emitidos en SVOD o TVOD, se calcula en muchos casos el importe que se hubiera pagado por adquirir derechos similares sin exclusividad.

Además, DTS y TELEFÓNICA consideran que la remuneración debería aumentar en función del beneficio que el proveedor obtenga por la venta del contenido liberado en el mercado.

Cuando la carta hace referencia a eliminar los *holdbacks* frente a TVOD durante los doce primeros meses desde su estreno en España, la compensación se calcula con los criterios mencionados y se añade una restricción sobre el precio al que el proveedor o los operadores que adquieren los contenidos liberados pueden explotarlos en el mercado minorista, de forma que, si estos precios están por debajo del precio de mercado, el precio a pagar por DTS y TELEFÓNICA se reducirá en la misma proporción.

4.5 Compromisos y actuaciones relacionados con cláusulas prohibidas (compromiso 2.7 y anexo 2, apartado 2.1)

El compromiso 2.7 establece que *“La entidad resultante no podrá suscribir contratos de adquisición exclusiva de derechos de emisión en España de contenidos audiovisuales de terceros que incluyan cláusulas de renovación tácita, derechos de tanteo y retracto u opciones de prórroga o de adquisición preferente para periodos sucesivos.*

La entidad resultante deberá renunciar expresamente, de forma unilateral, y sin compensación alguna, a ejercer en cualquier momento los mecanismos de renovación tácita, derechos de tanteo y retracto u opciones de prórroga o de adquisición preferente que pudiera haber en contratos preexistentes. Esta renuncia deberá ser comunicada por TELEFÓNICA mediante un escrito que deberá remitir de forma fehaciente en el plazo de un (1) mes a contar desde que la resolución en segunda fase de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia en el expediente C/0612/14 sea firme en vía administrativa”.

4.5.1 Contenidos deportivos

a) Contratos suscritos por DTS con anterioridad a la entrada en vigor de los compromisos

El contrato suscrito entre [...] (folios [...]) se puede extender hasta la temporada [...] bajo determinadas condiciones, aunque siempre bajo la voluntad de [...]. Por ello, esta previsión no se ve afectada por los compromisos. A estos efectos, con fecha [...], se extendió el periodo de licencia hasta el [...] (folio [...]).

Según los listados de contratos vigentes enviados el 29 de mayo de 2015 (folio [...]) y los contratos enviados el 1 de julio de 2015 (folios [...]) que han sido suscritos con anterioridad a la entrada en vigor de los compromisos, [...] los contratos para adquirir derechos de emisión de las ferias taurinas tienen cláusulas preferenciales para adquirir siguientes temporadas (derecho de opción o de tanteo) que no excede los tres años desde la firma del contrato. Uno de estos contratos⁴³ ha sido firmado el 20 de abril de 2015. Cabe destacar que DTS no ha renunciado a estas cláusulas preferenciales y en noviembre de 2015 ha ejercitado estos derechos en los contratos relativos a las ferias de [...] (folios [...]).

TELEFÓNICA alega que se trata de producciones propias no sujetas a los compromisos.

b) Contratos suscritos por TELEFÓNICA con anterioridad a la entrada en vigor de los compromisos.

La Dirección de Competencia no ha detectado contratos suscritos por TELEFÓNICA de adquisición de derechos de emisión de contenidos deportivos que incluyan cláusulas preferenciales, de tanteo o prórroga.

c) Contratos suscritos con posterioridad a la entrada en vigor de los compromisos.

Como ya se ha indicado, DTS ha ejecutado en noviembre de 2015 derechos preferenciales para negociar los derechos de emisión de dos ferias taurinas para la temporada [...].

DTS también ha firmado nuevos contratos⁴⁴ para distintas ferias taurinas en los que no se especifica que se hayan ejercido los derechos de tanteo incluidos en los contratos iniciales, pero previsiblemente se haya hecho uso de los mismos dado que las temporadas adquiridas entran dentro del periodo de tres años que queda cubierto por el derecho de tanteo (folio [...]).

Además, la Dirección de Competencia ha detectado que DTS ha firmado contratos de adquisición de derechos de emisión de festejos taurinos con derechos de adquisición preferente, derechos de tanteo, o prórroga, con posterioridad a la entrada en vigor de los compromisos⁴⁵.

Sobre esta cuestión, TELEFÓNICA vuelve a indicar que no se trata de producciones ajenas, por lo que afirma que estos contratos no están sujetos a los compromisos.

⁴³ Contrato de [...]

⁴⁴ [...]

⁴⁵ [...]

4.5.2 Contenidos no deportivos.

a) Contratos suscritos por DTS con anterioridad a la entrada en vigor de los compromisos

Con carácter general, según la información disponible, los contratos suscritos por DTS con productoras independientes no contienen cláusulas de prórrogas automáticas, a excepción de un contrato que sí contiene una cláusula de prórroga automática, a la que DTS ha renunciado⁴⁶. DTS ha enviado también cartas de renuncia a prórrogas automáticas de una serie de acuerdos marco firmados el [...] (folios [...])⁴⁷.

Sin embargo, DTS tiene cláusulas de opción preferente para adquirir contenidos, a las que no ha renunciado hasta mayo de 2016, en [...] contratos⁴⁸ (folios [...]) y tras haber solicitado la Dirección de Competencia información al respecto el 23 de noviembre de 2015.

En el contrato con [...] de [...], por el que se adquiría [...], hay una opción preferente para negociar las siguientes temporadas, ya que no se adquirió la vida de la serie. En el nuevo contrato, datado [...] y firmado el [...] se adquiere la vida de la serie y se incluye una opción preferente para hacer la primera recompra de cada temporada y, además, la opción a realizar recompras sucesivas de esas mismas temporadas durante tres años más.

TELEFÓNICA alegó en su escrito de 11 de diciembre de 2015 (folio 16009) que DTS no renunció a la opción de negociación preferencial porque interpretó que el compromiso 2.7 únicamente se refería a cláusulas de opción de prórroga y añadió que, si esta interpretación no era correcta, DTS comunicaría a los proveedores con los que haya firmado contratos que incluyan cláusulas de esta naturaleza su renuncia a las mismas, algo que hizo en mayo de 2016.

De esta forma, TELEFÓNICA ha podido ejecutar la opción preferente que se incluía en el contrato de [...], por el que se adquirió [...] para negociar las siguientes temporadas, ya que en este contrato no se adquirió la vida de la serie. Como ya se ha explicado, el nuevo contrato, en virtud del cual sí se adquiere la vida de la serie, fue firmado en [...] y la puesta a disposición de los títulos tuvo lugar en [...].

TELEFÓNICA sostiene en sus alegaciones de octubre de 2017, que las negociaciones para adquirir la segunda temporada de la serie [...] comenzaron en [...], mediante un correo electrónico de [...] a DTS en el que le comunicaba la existencia de la temporada siguiente y el comienzo de un periodo de negociación de [...] para llegar a un acuerdo, por lo que, según TELEFÓNICA, la ejecución de la opción preferente tuvo lugar antes de la entrada en vigor de los compromisos (folios [...]). Sin embargo, como se ha señalado anteriormente, la firma del contrato y la puesta a disposición de los títulos tuvieron lugar con posterioridad al 30 de abril de 2015.

⁴⁶ [...].

⁴⁷ [...].

⁴⁸ [...].

Los otros contratos mencionados no han puesto a disposición de DTS temporadas de series con posterioridad al 30 de abril de 2015 (folio [...]). Por tanto, no se han ejecutado las opciones preferentes existentes en los contratos, aunque ello no exime de la renuncia expresa y sin compensación que Grupo TELEFÓNICA debería haber enviado a los proveedores de los contenidos afectados en el plazo estipulado en el compromiso 2.7.

Además, cabe mencionar que los listados remitidos no mencionan la existencia de dichas cláusulas preferenciales. Para justificar esta omisión, TELEFÓNICA indica que interpretó que este tipo de cláusulas no estaban prohibidas, razón de que no se mencionaran en los listados enviados.

b) Contratos suscritos por TELEFÓNICA con anterioridad a la entrada en vigor de los compromisos

Según la información disponible, los contratos firmados por TELEFÓNICA para la adquisición de derechos para emitir en TVOD suelen tener prórrogas tácitas, a las que este operador ha renunciado sin exigir compensación.

c) Contratos suscritos con posterioridad a la entrada en vigor de los compromisos

Como ya se ha expuesto, hay un contrato firmado por DTS con [...] con posterioridad a la entrada en vigor de los compromisos.

Se trata del contrato firmado para recomprar la primera temporada de la serie Fargo y adquirir la segunda temporada, que incluye una opción preferencial para realizar recompras de temporadas emitidas, y aunque, según TELEFÓNICA y el proveedor del contenido, el contrato se venía ejecutando con anterioridad a la entrada en vigor de los compromisos, lo cierto es que la fecha de puesta a disposición del primer título ([...]) según la información remitida por [...], confirma que no se estaba ejecutando con anterioridad al 30 de abril de 2015. Ello desmiente los datos aportados por TELEFÓNICA sobre las fechas de puesta a disposición de los títulos adquiridos en respuesta a requerimientos de la Dirección de Competencia (intercambios de información que se han expuesto de forma detallada en el epígrafe 3.3.2 c) y refuerza la tesis de que el contrato firmado el [...] para adquirir las [...], debe considerarse un contrato posterior al 30 de abril de 2015.

TELEFÓNICA añade en sus alegaciones a la propuesta de informe parcial de vigilancia de 3 de octubre de 2017, remitidas a la CNMC el 31 de octubre de 2017, que tampoco renunció en plazo a la cláusula preferencial que figura en el contrato firmado el [...] ⁴⁹ porque se adquiriría la vida de la serie.

Sin embargo, lo que cuestiona la Dirección de Competencia no es adquirir la vida de la serie, sino la opción preferente para recomprar temporadas pasadas que fue incluida en este contrato y a la que TELEFÓNICA no renunció, aun estando perfectamente claro en el compromiso 2.7 que las opciones de adquisición preferente también están prohibidas. Además, como ya se ha indicado, la Dirección de Competencia considera que este contrato, firmado en [...], debe considerarse un nuevo contrato, por lo que no debería haberse incluido ninguna cláusula de adquisición preferencial.

⁴⁹ Carta de renuncia de 10/05/2016 (folio [...]).

La Dirección de Competencia también ha detectado un contrato⁵⁰ que incluye una cláusula de opción preferente para negociar futuras temporadas. TELEFÓNICA alega que no se trata de una cláusula preferencial.

Sin embargo, el contrato sí menciona una negociación previa con DTS durante un periodo de [...] días para licenciar [...] de la serie [...], transcurrido el cual, si las partes no han llegado a un acuerdo, el proveedor podrá negociar y llegar a acuerdos con terceros para licenciar los derechos de emisión de futuras temporadas de esta serie. En cualquier caso, según indica TELEFÓNICA, hasta la fecha no se han adquirido al amparo de dicha facultad nuevas temporadas de la serie [...] (folios 44805-44806).

La Dirección de Competencia no ha detectado cláusulas prohibidas por este compromiso en el resto de contratos.

4.6 Valoración del cumplimiento de los compromisos relacionados con los mercados de comercialización de contenidos audiovisuales individuales

4.6.1 Contratos vigentes a la fecha de entrada en vigor de los compromisos

Compromiso 2.1. a)

TELEFÓNICA ha remitido en plazo los listados de contratos de adquisición en exclusiva a terceros de derechos de emisión de contenidos audiovisuales vigentes firmados con anterioridad a la entrada en vigor de los compromisos. TELEFÓNICA también ha remitido en plazo, para la mayoría de estos contratos que no cumplían los plazos de vigencia, puesta a disposición y explotación de los contenidos, o incluían *holdbacks* prohibidos, las cartas que otorgaban a los proveedores correspondientes la opción de reducir dichos plazos, aunque prácticamente todos los proveedores han renunciado a ejercitar este derecho.

Respecto de la firma de contratos con un periodo de vigencia incierto, al depender de la fecha de estreno en salas de cine de los contenidos adquiridos, la Dirección de Competencia señaló en la propuesta de informe parcial de vigilancia, que cuando se firmen este tipo de contratos será preciso advertir al proveedor de la limitación en la puesta a disposición de los contenidos contemplada en el compromiso 2.1.a).

TELEFÓNICA ha respondido en sus alegaciones de 31 de octubre de 2017, que esta condición de respetar los límites del periodo de puesta a disposición de los contenidos es exigida en muchos contratos y que, en el futuro, incluirán en todos los contratos la siguiente cláusula: *“En cualquier caso, y en cumplimiento de lo establecido por la Resolución del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia de fecha 22 de abril de 2015 en el Expediente C/0612/14 Telefónica/DTS, el contrato se entenderá resuelto automáticamente en el supuesto de que la Fecha de Disponibilidad no tuviera lugar en el plazo máximo de tres años desde la firma del presente contrato.”*

Con esta cláusula, TELEFÓNICA pretende garantizar el cumplimiento del plazo de puesta a disposición de los contenidos que se ha fijado en el compromiso 2.1 a).

⁵⁰ [...]

Compromiso 2.7 y anexo 2, apartados 2.1 a) y 2.1.c).

Por otra parte, la Dirección de Competencia considera que TELEFÓNICA puede haber incumplido también el compromiso 2.7 y las obligaciones descritas en el anexo 2, apartados 2.1 a) y 2.1.c).

En efecto, como ya se ha indicado, hay [...] contratos de contenidos audiovisuales no deportivos⁵¹ que incluyen cláusulas preferenciales de compra prohibidas en los compromisos, a las que TELEFÓNICA no ha renunciado hasta mayo de 2016.

No se han puesto a disposición de TELEFÓNICA temporadas de las series adquiridas al amparo de estos contratos desde el 30 de abril de 2015, excepto la puesta a disposición de [...] al amparo del contrato de fecha [...], firmado con [...], de lo que se deduce que TELEFÓNICA habría ejecutado la opción preferente del contrato que DTS tenía firmado con [...] y que incluía una opción preferente para negociar las siguientes temporadas. Contrariamente a lo que sostiene TELEFÓNICA, que intenta justificar la aplicación efectiva del contrato firmado el [...] con anterioridad a la fecha de entrada en vigor de los compromisos, los títulos adquiridos en virtud de dicho contrato han sido puestos a disposición en [...].

En los listados remitidos tampoco se señala que estos contratos tengan cláusulas preferenciales, por lo que no se puede descartar que TELEFÓNICA omitiese premeditadamente la existencia de las mismas, ya que no es admisible justificar que no se renunció a las mismas por desconocimiento, cuando el compromiso 2.7 no deja lugar a dudas, a juicio de la Dirección de Competencia.

DTS tampoco ha renunciado a las cláusulas preferenciales para adquirir las siguientes temporadas incluidas en [...] los contratos de adquisición de derechos de emisión de las ferias taurinas tal como se exigía en el compromiso 2.7. Es más, en noviembre de 2015, ha ejercitado estos derechos en los contratos relativos a las ferias [...] (folios [...]) y previsiblemente en otros [...] contratos de festejos taurinos⁵². TELEFÓNICA también ha firmado contratos con posterioridad a la entrada en vigor de los compromisos para emitir ferias taurinas, que contienen cláusulas preferenciales prohibidas en dichos compromisos⁵³.

La Dirección de Competencia no comparte la interpretación de TELEFÓNICA que considera que se trata de producción propia, ya que realmente está adquiriendo a un tercero, el organizador del evento taurino, derechos exclusivos de emisión en España de ferias taurinas, con independencia de que la propia TELEFÓNICA haga o no la grabación de los eventos con sus propios medios o los de terceros.

En este sentido, resulta evidente que, sin la adquisición a un tercero de los derechos exclusivos de emisión en España de las ferias taurinas, TELEFÓNICA no habría podido editar sus programas.

⁵¹ Entre otros, contratos de DTS con: [...]

⁵² [...]

⁵³ [...]

Por lo tanto, al igual que ocurre con la adquisición de los derechos de emisión exclusiva de eventos futbolísticos, en este caso los contratos de TELEFÓNICA con los organizadores de los eventos taurinos son acuerdos con terceros que no entran dentro del concepto de producción propia y están sometidos, en su contenido, al cumplimiento de los compromisos de 14 de abril de 2015.

En conclusión, sin perjuicio de que las actuaciones descritas a lo largo de este apartado podrían suponer el incumplimiento del compromiso 2.7 y las obligaciones descritas en el anexo 2, apartados 2.1 a) y 2.1.c), la Dirección de Competencia considera que, de cara a valorar la posible apertura de un expediente sancionador contra TELEFÓNICA por estas cuestiones, hay que tener en cuenta que:

- en la mayoría de los casos no se tiene constancia de que se haya hecho uso de las cláusulas de adquisición preferencial;
- en los contratos referentes a ferias taurinas dichas cláusulas de adquisición preferente estaban limitadas a [...] como máximo, lo que implicaba que no se superaba el límite de duración de tres años si a los años adquiridos inicialmente se le sumaba los cubiertos por las cláusulas de adquisición preferencial; y
- en el caso de la serie [...], ésta representa una parte reducida del conjunto de contenidos audiovisuales *premium* adquiridos por Grupo TELEFÓNICA en el periodo analizado.

Además, TELEFÓNICA se ha comprometido en su escrito de 11 de diciembre de 2017 (folios 45505-45510) a renunciar a las cláusulas preferenciales que figuran en los contratos en vigor que no han sido ejecutadas⁵⁴.

4.6.2 Cartas a proveedores de contenidos audiovisuales

Compromiso 2.6

Las cartas remitidas a los proveedores de contenidos audiovisuales para darles la opción de modificar los contratos podrían no ajustarse a lo dispuesto en el compromiso 2.6, a juicio de la Dirección de Competencia.

La compensación que exigen DTS y TELEFÓNICA si el proveedor acepta modificar el plazo de explotación en exclusiva de los contratos afectados se ha calculado para contenidos no deportivos, reduciendo de forma proporcional el coste de la licencia al nuevo periodo de explotación y para contenidos deportivos, excluyendo el pago correspondiente a las anualidades a cuya exclusividad se renunciaría.

Además, TELEFÓNICA propone cobrar una cantidad adicional que varía según el tipo de contenido y que justifica por el beneficio que obtendrían los proveedores sacando al mercado los contenidos liberados. Para los derechos de [...] la justificación de esta indemnización se basa en el hecho de haber adquirido las dos primeras temporadas sin exclusividad a cambio de tener la exclusividad de las siguientes temporadas.

⁵⁴ Según Telefónica, estos contratos son los de [...].

En el caso de renunciar a *holdbacks* no permitidos, TELEFÓNICA y DTS calculan el coste de la compensación por la diferencia entre el precio pagado y el precio de mercado de contenidos similares adquiridos sin exclusividad y también suelen exigir una indemnización adicional por las rentas obtenidas por el proveedor en el mercado con los derechos de emisión disponibles.

Los anteriores criterios para calcular la compensación no son aceptados en su plenitud por la Dirección de Competencia, por no ajustarse algunos de ellos a lo dispuesto en los compromisos donde se señala, que el cálculo de la compensación exigida debe efectuarse con criterios objetivos y proporcionales.

En primer lugar, la Dirección de Competencia no considera razonable que DTS o TELEFÓNICA se apropien de una parte del beneficio obtenido por los proveedores en el supuesto de que los contenidos liberados salgan al mercado. En particular, esto no es una justificación objetiva y proporcionada para cuantificar la indemnización de forma consistente con los compromisos, en la medida que no remunera los costes adicionales en los que ha incurrido TELEFÓNICA para hacerse con el contenido de forma exclusiva, durante un plazo determinado.

Asimismo, conviene tener en cuenta que el hipotético mayor valor de los derechos no suele venir de las inversiones específicas realizadas por TELEFÓNICA, sino previsiblemente de una mayor competencia entre este operador y sus competidores de cara a la adquisición de los mismos, como factor competitivo diferencial.

En este sentido, el argumento de TELEFÓNICA de que con este sistema se evitaba la discriminación de los proveedores de contenidos que no lograsen obtener beneficios adicionales frente a los que sí los hubiesen obtenido, no puede servir, a juicio de la Dirección de Competencia, para justificar el criterio elegido.

Además, esta forma de cuantificación de la penalización supone una interferencia en las estrategias de comercialización de los proveedores de contenidos, que distorsiona la competencia en el mercado de televisión de pago, dando una ventaja desproporcionada a TELEFÓNICA, especialmente en los casos en los que se da a TELEFÓNICA la opción de ajustar su precio mayorista a la baja si los precios de sus competidores se reducen, en una especie de cláusula de nación más favorecida.

En lo que se refiere a contenidos deportivos, en algunos casos la indemnización exigida por DTS para ajustar los contratos de adquisición de derechos de emisión a los compromisos tampoco estaría suficientemente justificada, a juicio de la Dirección de Competencia, en la medida que los pagos por temporadas están escalonados y van de menos a más, por lo que los menores pagos iniciales compensan los costes de adquisición de abonados y de creación de imagen de marca. En este sentido, la exigencia de un [...] % de indemnización sobre el coste de la temporada a la que se renuncia es demasiado elevado, especialmente cuando los derechos adquiridos cubren [...] temporadas y se renuncia solo a la última, o cubren [...] temporadas y se renuncian a las dos últimas (caso de [...]), donde la indemnización se eleva al [...] % de las dos últimas temporadas.

En el caso del contrato para emitir [...], no parece razonable, que, por el hecho de haber adquirido las dos primeras temporadas [...], se exija un importe similar al coste de los

derechos de adquisición de dichas temporadas, pues supondría que TELEFÓNICA ha dispuesto de los derechos de emisión de esas temporadas a un coste muy inferior al de mercado.

TELEFÓNICA insiste en sus alegaciones de 31 de octubre de 2017 que la renuncia a la emisión de un contenido Premium tiene un impacto mucho mayor que si la renuncia afecta a un contenido no Premium, pues el primero es difícilmente sustituible. Además, TELEFÓNICA sostiene que en la adquisición de los derechos de emisión de los [...], soportaron un coste económico en las primeras temporadas superior al que correspondía [...], por lo que cuando en posteriores temporadas [...] no se incurre en un escalado de precios excesivo.

Sin embargo, como ya ha señalado la Dirección de Competencia, el coste que soportó TELEFÓNICA en las primeras temporadas de estos [...] es inferior al de las temporadas a las que se propone renunciar⁵⁵, por lo que no cabe aceptar, a juicio de la Dirección de Competencia, que la compensación exigida pretenda compensar los excesos pagados en las primeras temporadas.

Además, el mayor precio pagado por la exclusividad de los contenidos adquiridos en diferentes circunstancias, se ve reflejado en la rebaja que, en su caso, se produciría de forma proporcional a la reducción del periodo de emisión en exclusividad.

A juicio de la Dirección de Competencia, la exigencia de una compensación por parte de DTS o TELEFÓNICA si el proveedor aceptase modificar los contratos es razonable siempre y cuando se limite a recuperar el coste en exceso que dichos operadores han pagado por los títulos adquiridos en unas determinadas condiciones, pero no hay razón alguna para que estos operadores obtengan beneficios adicionales que no les corresponden.

La presión competitiva ejercida en este mercado, especialmente por los operadores OTT en relación a la adquisición de series, no parece tampoco ser un argumento consistente para defender el criterio de compensación propuesto por TELEFÓNICA.

Parece olvidar TELEFÓNICA que el espíritu de los compromisos es fomentar la capacidad competitiva de terceros operadores en el mercado de televisión de pago, a fin de que puedan hacer frente al mayor poder de mercado de esta entidad tras la operación de concentración. Por ello, los compromisos no amparan apropiarse de beneficios empresariales de otros agentes del mercado. En este sentido, los criterios señalados vacían de contenido los compromisos analizados y podrían desincentivar la aceptación por parte de los proveedores de modificar los contratos.

No obstante, la Dirección de Competencia considera, que sin perjuicio de que el criterio de compensación exigido por TELEFÓNICA no esté lo suficientemente justificado, prácticamente ningún proveedor ha aceptado modificar los términos de los contratos⁵⁶ y ninguno de ellos ha señalado que la compensación exigida fuera la razón de dicha negativa.

⁵⁵ [...]

⁵⁶ En algunos casos se ha modificado el contrato para incluir la posibilidad de sublicenciar derechos de emisión lineal de contenidos no deportivos, que muchos contratos ya lo contemplaban.

Adicionalmente, la Dirección de Competencia no tiene constancia de que ningún operador competidor de TELEFÓNICA haya intentado adquirir los contenidos que potencialmente podían salir al mercado como consecuencia de la aplicación de este aspecto de los compromisos de 14 de abril de 2015.

Por tanto, a pesar de que la compensación propuesta por TELEFÓNICA a los proveedores a cambio de reducir el periodo de exclusividad de determinados contenidos, pudiera no ajustarse a los criterios señalados en el compromiso 2.6, la Dirección de Competencia entiende que, de cara a valorar la posible apertura de un expediente sancionador contra TELEFÓNICA por esta cuestión, hay que tener en cuenta que no se dispone de indicios de que la modalidad de cálculo de TELEFÓNICA haya tenido efectos reales en los mercados de adquisición de derechos de emisión de contenidos audiovisuales individuales.

4.6.3 Contratos firmados con posterioridad a la entrada en vigor de los compromisos

Compromisos 2.1; 2.2; 2.5; 2.6 y 2.7

A la vista de la información disponible, los contratos firmados por Grupo TELEFÓNICA de adquisición de derechos audiovisuales no deportivos con posterioridad a la entrada en vigor de los compromisos, cumplen con carácter general, a juicio de la Dirección de Competencia, lo establecido en dichos compromisos en cuanto a plazos de vigencia y explotación, exclusividades, *holdbacks*, cláusulas preferenciales, etc.⁵⁷.

No obstante, existen algunas excepciones. Entre ellas cabe mencionar, en primer lugar, el contrato firmado por DTS con [...] ⁵⁸ en virtud del cual se adquiere [...]. Este contrato incluye cláusulas prohibidas en los compromisos 2.7, 2.1, 2.5 (opciones preferentes para recomprar las temporadas emitidas, plazos de exclusividad de 36 meses, *holdbacks* frente a SVOD antes y durante el periodo de licencia), ha sido firmado con posterioridad a la entrada en vigor de los compromisos y la primera entrega a DTS de los títulos adquiridos ha tenido lugar también con posterioridad al 30 de abril de 2015 ([...]).

Sin perjuicio de que las negociaciones acreditadas se iniciaran en [...] y finalizaran en [...], la Dirección de Competencia considera que no se da ninguna circunstancia que permita asegurar que dicho contrato estaba siendo ejecutado antes del 30 de abril de 2015, por lo que no parece que haya razones suficientes para haber firmado estos contratos en junio de 2015 con muchos términos contrarios a lo establecido en los compromisos. El hecho de que se hayan iniciado negociaciones con anterioridad a la entrada en vigor de los compromisos, no exime a DTS del cumplimiento de los mismos, que de sobra conocía en abril de 2015, pudiendo haberse introducido las modificaciones necesarias en el borrador del contrato que finalmente fue firmado en [...], para ajustarlo a lo establecido en dichos compromisos.

Otro contrato que, a juicio de la Dirección de Competencia, podría incumplir lo establecido en los compromisos es el firmado por DTS con [...] para adquirir en exclusiva

⁵⁷ Folios [...]

⁵⁸ Contrato de [...]

los derechos de emisión en la modalidad de SVOD ([...]) de la serie [...] ⁵⁹. Se trata de títulos de librería para los que no se puede adquirir la exclusividad (compromiso 2.2). Además, la Dirección de Competencia considera acreditado que la primera puesta a disposición de los títulos tuvo lugar también en [...], el contrato fue firmado con posterioridad a la entrada en vigor de los compromisos ([...]) y la fecha de referencia ([...]) es [...] después de la Resolución del Consejo de la CNMC, por la que se aprueba la autorización de la operación de concentración C/0612/15 y solo [...] antes de la entrada en vigor de dichos compromisos.

TELEFÓNICA sostiene que la fecha de puesta a disposición de los compromisos no determina la efectividad de un contrato. Sin embargo, la Dirección de Competencia entiende que, solo si los contenidos han sido entregados al licenciataria antes del 30 de abril de 2015, podría considerarse que su efectividad es anterior a la fecha de entrada en vigor de los compromisos, ya que la firma del contrato tuvo lugar el [...].

En este sentido, la puesta a disposición del contenido [...] adquirido al amparo de un tercer contrato, no puede, a juicio de la Dirección de Competencia, utilizarse como argumento para considerar que los contratos de adquisición de las series [...] estaban siendo ejecutados con anterioridad al 30 de abril de 2017, aunque hayan sido contratos negociados conjuntamente, en la medida que dichos contratos son jurídicamente independientes entre sí.

Como ya se ha señalado, DTS remitió en plazo las correspondientes cartas proponiendo al proveedor ajustar los plazos de exclusividad y *holdbacks* de los [...] contratos mencionados a lo establecido en los compromisos (folios [...]), pero no renunció hasta mayo de 2016 a la cláusula preferencial para adquirir temporadas pasadas, que afecta al contrato de adquisición de los derechos de emisión de [...]. De todas formas, hay que resaltar que los contratos han sido firmados con posterioridad a la fecha de entrada en vigor de los compromisos y su ejecución también es posterior, por lo que no pueden asimilarse a contratos vigentes el 30 de abril de 2015.

En consecuencia, la Dirección de Competencia considera que el envío de cartas a los proveedores de contenidos audiovisuales para ajustar los contratos a lo establecido en los compromisos, no sirve para eludir el cumplimiento de los compromisos 2.1; 2.2; 2.5 y 2.7 en los nuevos contratos.

Asimismo, la Dirección de Competencia considera que TELEFÓNICA podría haber incumplido el compromiso 2.1 en el contrato en negociación con [...] (folio [...]), en el que se incluye una cláusula que permitiría, para las series que han sido seleccionadas por DTS y que no se han puesto a disposición en el plazo permitido, adquirir nuevas series de estreno con posterioridad al periodo de licencia de tres años mediante la firma de un nuevo contrato en los mismos términos y condiciones señalados en el actual borrador de contrato. Como se desprende del compromiso 2.1, se permite poner a disposición de TELEFÓNICA con posterioridad al plazo de tres años todas las temporadas de una serie, siempre y cuando la primera temporada sea suministrada en el plazo máximo permitido en dicho compromiso, pero no se admiten puestas a disposición de nuevas series una vez concluido el plazo establecido en los compromisos.

⁵⁹ [...].

Sobre este contrato, TELEFÓNICA ha indicado, que el compromiso de licenciar el contenido con posterioridad al 31 de diciembre de 2018 no ha tenido efectos, y dado que el contrato se encuentra en negociación, se advertirá al proveedor sobre la necesidad de poner a disposición los títulos dentro del periodo de vigencia señalado en el compromiso 2.1.

También se ha detectado un contrato⁶⁰ que incluye una cláusula de opción preferente para negociar futuras temporadas (prohibida en compromiso 2.7) y [...] contratos⁶¹ que obligan a volver a licenciar temporadas de series anteriores cada vez que se produzca una nueva temporada, lo que podría suponer que su explotación supere los 24 meses establecidos a partir de la primera puesta a disposición de dichos contenidos (compromiso 2.1), dado que los periodos de explotación contemplados en los contratos firmados se pueden extender hasta la finalización de la primera ventana de emisión de la última temporada.

Respecto de los contratos que obligan a DTS a licenciar temporadas anteriores, el contrato con [...] no ha producido efectos al no haberse producido una segunda temporada. Por el contrario, el contrato con [...] sí podría suponer el incumplimiento de hecho del compromiso 2.1, dado que la Dirección de Competencia no considera que se produzca una nueva relación jurídica entre DTS y el proveedor del contenido relicenciado, porque como ya se ha indicado, el contrato inicial recoge las condiciones en las que se podrán volver a adquirir las temporadas ya emitidas. De hecho, este sistema impide ofertar en el mercado las series ya emitidas para las que ha finalizado el periodo de explotación máximo en exclusiva (dos años desde su puesta a disposición).

En cuanto al contrato firmado por DTS con [...]. por el que se adquiere la serie [...], TELEFÓNICA deberá renunciar a la cláusula preferencial para negociar futuras temporadas. En todo caso, según indica TELEFÓNICA, hasta la fecha no se han adquirido al amparo de dicha facultad nuevas temporadas de dicha serie.

En lo que se refiere a contenidos deportivos, TELEFÓNICA podría haber incumplido lo dispuesto en el compromiso 2.7, al haber firmado contratos de adquisición de derechos de emisión de ferias taurinas que incluyen cláusulas de adquisición preferente, derechos de tanteo o de prórroga⁶² y haber presumiblemente ejercido dichos derechos en al menos [...] contratos.

TELEFÓNICA se ha comprometido, en su escrito de 11 de diciembre de 2017, a renunciar a las cláusulas preferenciales que figuran en estos contratos, que si bien es cierto se extienden, como máximo, a las [...] siguientes a la temporada adquirida, y, por tanto, la ejecución de las opciones preferentes se producirá siempre dentro del periodo de tres años a contar desde la firma del contrato inicial, son cláusulas no permitidas en los compromisos. TELEFÓNICA tiene la alternativa de firmar contratos de adquisición exclusiva de los derechos de emisión de tres temporadas taurinas.

⁶⁰ [...]

⁶¹ [...]

⁶² [...]

De lo anterior se deduce, que TELEFÓNICA podría haber incumplido el compromiso 2.7 en lo que se refiere a la adquisición de derechos de emisión de contenidos deportivos y los compromisos 2.1; 2.2; 2.5, 2.6 y 2.7 en lo que se refiere a contratos de adquisición de contenidos audiovisuales no deportivos.

No obstante, la Dirección de Competencia entiende que, de cara a valorar la posible apertura de un expediente sancionador contra TELEFÓNICA por estas cuestiones, hay que tener en cuenta que:

- En lo que se refiere a contenidos no deportivos, no se trata de incumplimientos generalizados y no se espera reiteración en los mismos, dado que TELEFÓNICA remitió a [...] los escritos que proponían modificar los plazos de licencia y *holdbacks* prohibidos que afectaban a las series [...] (compromisos 2.1 y 2.2) y ha renunciado a la cláusula preferencial que afecta a la recompra de temporadas [...] (compromiso 2.7). TELEFÓNICA también se ha comprometido a modificar el contrato con [...] cuya cláusula prohibida no ha tenido todavía efectos y que podría suponer el incumplimiento del compromiso 2.1. Únicamente queda pendiente el compromiso por parte de TELEFÓNICA de renunciar a la cláusula preferencial que afecta al contrato con [...] que tampoco ha tenido efectos hasta el momento, según la información disponible (compromiso 2.7) y el envío a [...] de un escrito en el que proponga a este proveedor eliminar la obligatoriedad de adquirir temporadas de series ya emitidas (compromiso 2.1).
- En lo que se refiere a las cláusulas preferenciales incluidas en los contratos de adquisición de los derechos de emisión de ferias taurinas (compromiso 2.7), la Dirección de Competencia considera, que a efectos prácticos, estos derechos en los casos en los que la cláusula de opción preferente ha sido ejecutada, han permanecido cautivos durante un máximo de tres años, que es el periodo de explotación en régimen de exclusividad permitido en los compromisos para contenidos deportivos (compromiso 2.4), ya que las cláusulas preferenciales incluidas en los contratos recaen sobre las [...] siguientes a la temporada adquirida. Además, como ya se ha puesto de manifiesto, TELEFÓNICA se ha comprometido por escrito a renunciar a la ejecución de estas cláusulas prohibidas.

QUINTO.- Actuaciones realizadas por la Dirección de Competencia para la vigilancia del cumplimiento de los compromisos relacionados con la oferta mayorista de canales, excepto fijación precios y replicabilidad (compromiso 2.9; Anexo 1 (apartados 3 y 4) y Anexo 2 (apartados 2.1.c. y 2.2.))

El compromiso 2.9 obliga a TELEFÓNICA a poner a disposición de otros operadores de televisión de pago en España (incluidos los OTT) una oferta mayorista de canales propios *premium*, que incluirá no solo canales lineales con contenidos *premium*, sino también los asimilados que emitan este tipo de contenidos en modalidad no lineal SVOD. Las obligaciones de información periódica a la entidad resultante se exponen en el Anexo 1, apartado 3, y en el Anexo 2, apartados 2.1.c. y 2.2.

Los principios y términos que deben regir la determinación del precio de cada canal en la oferta mayorista se recogen en el Anexo 1 (apartado 1) de los compromisos y serán analizados en un epígrafe aparte.

En este epígrafe, referido a las ofertas mayoristas de canales de julio de 2015 y julio de 2016 se analiza, en primer lugar, si TELEFÓNICA ha puesto a disposición de los operadores de televisión de pago que emiten en España los canales *premium* que ofrece a sus clientes en el mercado minorista en los plazos establecidos, si ha cumplido con algunas de las obligaciones de remisión de información relacionadas con el lanzamiento de esta oferta mayorista, así como los canales que han sido finalmente adquiridos por los distintos operadores de televisión de pago en España (compromiso 2.9 (apartados a, b, y d) y (Anexo 1 apartados 3 y 4).

En segundo lugar, se analiza si TELEFÓNICA ha cumplido el compromiso 2.9 (apartado c) que obliga a ofertar al resto de operadores de televisión de pago los contenidos *premium* emitidos en modalidad SVOD en el supuesto de que TELEFÓNICA emita en esta modalidad. Asimismo, se analiza si los contratos suscritos con anterioridad a la autorización de la operación de concentración contienen cláusulas que impidan hacer efectiva la oferta mayorista en modalidad SVOD y, en su caso, si TELEFÓNICA ha cumplido con las actuaciones y envío de información señalados en el compromiso 2.9 g) y en el Anexo 2 apartado 2.1.c). También se verifica si los nuevos contratos contienen cláusulas que impidan realizar la oferta mayorista prohibidas en el compromiso 2.9 (apartado g).

En tercer lugar, se analiza si la oferta mayorista de canales *premium* de TELEFÓNICA cumple con lo establecido en el compromiso 2.9 (apartados e, f, h, i, j) en cuanto a determinadas condiciones de comercialización mayorista y minorista de los mismos. Para ello, será necesario analizar los términos de las condiciones tipo y de las condiciones particulares enviadas por TELEFÓNICA a la CNMC.

Por último, se verifica si TELEFÓNICA ha mantenido los contratos de distribución de los canales Canal+ 1 y Canal+ Liga suscritos con otros operadores con anterioridad a la ejecución de la operación, en los términos descritos en el compromiso 2.9 (apartado k).

5.1. Canales que han configurado la oferta mayorista y determinadas obligaciones descritas en el anexo 1. compromiso 2.9 (apartados a, b, d) y anexo 1 (apartados 3 y 4).

El compromiso 2.9 establece: *“La entidad resultante pondrá a disposición de otros operadores de televisión de pago en España una oferta mayorista de canales propios premium en los siguientes términos:*

- a) 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.*
- b) El plazo máximo para atender y hacer efectivas las solicitudes específicas de acceso a cada canal de la oferta mayorista será de un (1) mes desde la fecha*

de solicitud formal, con las excepciones contempladas en el Anexo 1 respecto a los canales de fútbol.

- d) *A estos efectos, se considera canal premium aquél que incluya algún contenido audiovisual no deportivo de estreno de los grupos empresariales denominados Majors⁶³ 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)⁶⁴, 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.*

En el caso de 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”.

El anexo 1 apartado 3) señala:

“La entidad resultante deberá presentar ante la CNMC una propuesta de Condiciones Tipo (...) dentro del plazo de un (1) mes desde que la autorización de concentración C/0612/14 sea firme en vía administrativa.

(...)

Como parte de la obligación de transparencia y no discriminación, la entidad resultante publicará en su página web las Condiciones Tipo de Referencia (las “Condiciones Tipo”) para cada canal, (...).

(...). Las condiciones particulares pactadas con operadores de televisión de pago en España se trasladarán como anexo a las Condiciones Tipo de Referencia a fin de salvaguardar el principio de transparencia.”

El anexo 1 apartado 4) establece:

“La entidad resultante comunicará a los operadores de televisión de pago interesados la primera oferta mayorista de canales en el mínimo de los siguientes plazos:

- *Tres (3) meses desde la fecha en la que la resolución en segunda fase (...) en el expediente C/0612/14 sea firme en vía administrativa.*

⁶³ Se entenderá por Majors a efectos de estos compromisos los siguientes estudios y todas las empresas pertenecientes al grupo empresarial de esos estudios: Sony, Warner, Disney, Universal, Paramount y Fox.

⁶⁴ Contenidos audiovisuales para los que hayan transcurrido menos de 24 meses desde su primera comunicación pública en España en cualquier soporte.

- *Con un mes de antelación a que se produzca la incorporación de los canales (...) a la plataforma IPTV de televisión de pago de Telefónica que no están actualmente disponibles en la misma.*

En el mismo momento en que la entidad resultante edite uno o varios canales de fútbol para la temporada 2015/2016, lo incluirá en su oferta mayorista. A tal efecto, la entidad resultante deberá incluir en las Condiciones Tipo las disposiciones necesarias (...), de manera que se permita a los operadores de televisión de pago emitir cada jornada los mismos partidos que emita la entidad resultante. (...).

El período de licencia del canal será para un período anual (o una temporada efectiva en el caso de los canales que incluyan eventos deportivos) (...).

La entidad resultante debe mantener una contabilidad separada para los servicios mayoristas previstos en este Anexo, que permita identificar claramente los costes correspondientes.

La entidad resultante no podrá negar el acceso salvo por causas objetivas y justificadas, previa conformidad de la Comisión nacional de los Mercados y la Competencia. (...)"

5.1.1 Primera oferta mayorista de canales

La propuesta de condiciones tipo de la primera oferta mayorista de canales fue enviada a la CNMC el 29 de mayo de 2015 (folios 139-165).

El 8 de junio de 2015 TELEFÓNICA remitió nuevamente a la CNMC las condiciones tipo de la oferta mayorista de canales y su anexo técnico (Oferta de Referencia de los Servicios de Conectividad de TV y Oferta de Referencia del Servicio de Entrega de canales), así como las condiciones particulares de cuatro canales (Movistar Fórmula 1, Movistar Moto GP, Canal+ Estrenos y Canal+ Series) publicadas en su página web (folios 321-420). TELEFÓNICA informó en este mismo escrito que había remitido por correo electrónico y correo postal certificado (el 5 de junio de 2015) esta oferta mayorista a 76 operadores de televisión de pago.

Según indican las condiciones particulares, los canales de motor están disponibles desde el 6 de julio de 2015 hasta la finalización de la temporada de 2015. En ese momento, dado que la oferta mayorista tiene una vigencia de 1 de agosto de 2015 a 31 de julio de 2016, el operador puede optar por contratar cualquier canal de motor que TELEFÓNICA haya ofertado con un mes de antelación (es decir, el 1 de diciembre de 2015) o adquirir cualquier otro canal de la oferta mayorista por los meses que resten de vigencia.

La vigencia de Canal+ Estrenos y Canal+ Series comprende el periodo que va desde el 6 de julio de 2015 al 31 de julio de 2016

El 21 de julio de 2015 TELEFÓNICA informó a la Dirección de Competencia, que había comunicado a los operadores de televisión de pago la oferta mayorista de dos canales de fútbol (Abono Fútbol y Abono Fútbol 1)⁶⁵ y envió copia de las condiciones particulares

⁶⁵ Abono Fútbol que se corresponde con el canal Canal+ Liga y Abono Fútbol 1 con el canal Canal+ Liga Partidazo. La oferta mayorista corresponde a la temporada 2015/2016.

de los canales citados (folios 12982-13034). Según indican las condiciones particulares, el 21 de agosto de 2015, a más tardar, se pondrá a disposición de los operadores la señal correspondiente a estos canales.

El 3 de agosto de 2015 se modificaron las condiciones particulares de Moto GP y Fórmula 1 (folios 13370-13394) que fueron nuevamente modificadas el 17 de febrero de 2016 (folios 26933-26955). El 21 de agosto 2015 hubo también una modificación de las condiciones particulares de los canales Abono fútbol y Abono Fútbol 1 (folios 13796-13807). Finalmente, con fecha 4 de julio de 2016, TELEFÓNICA informó a la CNMC del cambio en los costes por abonado (CPA) de Canal Abono Fútbol 1, Canal+ Estrenos y Canal+ Series, hecho que, según TELEFÓNICA, se comunicó a todos los operadores afectados (folios 32901-32907).

Por tanto, los canales incluidos en esta oferta mayorista para la temporada 2015/2016 son:

- Canal+ Estrenos.
- Canal+ Series.
- Movistar Moto GP.
- Movistar Fórmula 1.
- Abono Fútbol 1
- Abono Fútbol.

Las cartas de aceptación por parte de los operadores de televisión de pago de la oferta mayorista de canales *premium* fueron remitidas por TELEFÓNICA a la CNMC con fecha 6 de agosto de 2015 (folios 13442-13502), 13 de agosto de 2015 (folios 13611-13616) y 3 de mayo de 2016 (folios 27974-28043)⁶⁶.

Los canales que finalmente fueron adquiridos en la temporada 2015/2016 son:

- Abono Fútbol y Abono Fútbol 1: Total Channel, Vodafone, Telecable, Orange y Open Cable.
- Canal+ Estrenos: Telecable, Vodafone, Euskaltel y R Cable
- Canal+ Series: Euskaltel; R Cable y Orange

Los canales Movistar Moto GP y Movistar Fórmula 1 no fueron adquiridos por ningún operador.

En relación con esta primera oferta mayorista de canales propios *premium*, se recibieron en la CNMC dos escritos, uno de TELECABLE de 23 de julio de 2015 (folios 13124-13135) y otro de EUSKALTEL de 25 de agosto de 2015 (folios 13821-13835) en los que se denuncian determinadas condiciones impuestas por TELEFÓNICA para adquirir los canales.

⁶⁶ Esta carta de aceptación por parte de ORANGE tiene fecha 25/04/2016 y se refiere al Canal +Series (periodo de emisión del 6 de julio de 2015 al 31 de julio de 2016).

Los citados operadores señalan que TELEFÓNICA no ha publicado en plazo una oferta mayorista global hasta la configuración de su propia oferta minorista (anexo 1 apartado 4), no ha ofertado todos los canales *premium* que comercializa a nivel minorista (compromiso 2.9, apartados c y d), se ha negado a negociar las condiciones de acceso a los canales, y no ha dado la oportunidad a los operadores de televisión de pago de una nueva selección de canales de la oferta mayorista una vez que tuvo la titularidad de los derechos de emisión de Liga de Fútbol. TELECABLE añade que los trabajos relevantes que debe acometer para recoger y transportar la señal que antes se recibía vía satélite, requieren un tiempo mínimo de desarrollo incompatible con los plazos fijados por TELEFÓNICA (31 de julio de 2015) para aceptar los canales ofertados, lo que impedirá a este operador proporcionar continuidad a los servicios.

5.1.2 Segunda oferta mayorista de canales

Con fecha 8 de julio de 2016, TELEFÓNICA remitió a la CNMC copia de las condiciones tipo de la nueva oferta mayorista de canales *premium* y de las condiciones particulares de cada canal ofertado (folios 33541-33638): Movistar Partidazo, Movistar Series Xtra, Movistar Series, y Movistar Estrenos.

Los periodos de vigencia de estos canales en la temporada 2016/2017 son:

- Movistar Partidazo de 15 de agosto de 2016 a 19 de agosto de 2017
- Movistar Series Xtra de 1 de agosto de 2016 a 31 de julio de 2017
- Movistar Series de 1 de agosto de 2016 a 31 de julio de 2017
- Movistar Estrenos de 1 de agosto de 2016 a 31 de julio de 2017

El 21 de julio y el 24 de agosto de 2016 TELEFÓNICA envió nuevas condiciones particulares del canal Movistar Partidazo (folios 33888-33896 y 34546-34559).

TELEFÓNICA remitió el 21 de julio de 2016 las condiciones particulares de la oferta mayorista de los Canales Fórmula 1 y Moto GP, disponibles desde el 1 de enero de 2016 hasta el 31 de diciembre de 2016, en los que se señala, que dado que la oferta mayorista global de canales en vigor tendrá una vigencia de 1 de agosto de 2016 a 31 de julio de 2017, podrá contratarse para el periodo comprendido entre el 1 de enero de 2017 hasta el 31 de julio de 2017, cualquiera de los canales de motor que TELEFÓNICA hubiera ofertado con un mes de antelación a dicha fecha, o cualquiera de los canales que integren la oferta mayorista global vigente en ese momento (folios 33869-33887). Estas condiciones fueron modificadas el 28 de noviembre de 2016 (folios 35200-35222).

No obstante, dado el desajuste temporal entre los plazos de la oferta mayorista (1 de agosto a 31 de julio) y los meses en los que se celebran los campeonatos emitidos en Movistar Fórmula 1 y Movistar Moto GP (marzo-noviembre), surge un problema a la hora de compatibilizar la contratación de estos dos canales para una temporada completa con otros canales de la oferta mayorista y a la vez cumplir con el umbral máximo de contratación de canales.

Así lo manifestó VODAFONE en sus escritos de 23 de febrero de 2016 (folios 27545-27561), 17 de marzo de 2016 (folios 27682-27685) y 27 de abril de 2016 (folios 27895-27898).

Este conflicto ha quedado resuelto mediante un acuerdo entre VODAFONE y TELEFÓNICA (folios 34974-34978) mediante el cual se prorrogaba el contrato relativo al Canal+ Estrenos (ahora Movistar Estrenos) hasta diciembre de 2016, pudiendo así VODAFONE optar a los canales Movistar Fórmula 1 y Movistar Moto GP en enero de 2017 para la temporada completa (folios 34974–34978).

Asimismo, en aras de la transparencia y no discriminación (anexo 1, apartado 3) TELEFÓNICA modificó las condiciones de los canales Movistar Moto GP y Movistar Fórmula 1 de la oferta mayorista de julio de 2016, dando a los operadores de televisión de pago la posibilidad de optar a los canales de motor para la temporada completa 2017, si el operador concreta su interés y alcanza un acuerdo al respecto con TELEFÓNICA y, siempre y cuando no supere el límite del 50% de los canales *premium* de la Oferta Mayorista, permitiéndose para ello resolver anticipadamente la licencia del canal Movistar Estrenos que esté vigente (folios 35438-35439).

La obligatoriedad de mantener los contratos de adquisición de canales de cine y series durante un año (condición tipo 6), fue también denunciada por ORANGE y su resolución se sometió a procedimiento de arbitraje de acuerdo a lo estipulado en el compromiso 5 (Arbitraje 2/16).

El órgano arbitral (Sala de Competencia del Consejo de la CNMC) consideró que, con carácter general, la limitación a las bajas anticipadas es compatible con los compromisos (anexo 1, apartado 4) y está justificada en la contratación de los canales de cine y series de la oferta mayorista de TELEFÓNICA, siendo la única salvedad admisible el hecho de que al contratar estos canales de cine o series se señale expresamente a TELEFÓNICA la voluntad de hacer una contratación transitoria, a fin de poder pasar a contratar los canales de motor por temporadas deportivas completas.

La Sala de Competencia del Consejo de la CNMC indicó, que en este tipo de canales donde no hay un coste mínimo garantizado, el precio de venta del canal es el resultado de multiplicar un CPA por el número de abonados medios previsibles que tendrá el canal durante su vigencia, de forma que es necesario contar con una base de abonados más o menos previsible para calcular el precio. Si se permitiera de forma general la baja de un operador alternativo antes del vencimiento, TELEFÓNICA podría verse perjudicada al no poder planificar las inversiones realizadas asociadas al elevado coste de los contenidos, por no disponer de información adecuada para determinar cuáles son las previsiones de abonados, en la medida que esta empresa debe realizar una estimación del número de abonados a estos canales para fijar el precio de venta de los mismos.

TELEFÓNICA también envió, de acuerdo a los compromisos, copia de los contratos de venta mayorista de canales propios ofertados en la temporada 2016/2017 (anexo 2, apartado 2.2.):

- El 1 de agosto de 2016 cartas de aceptación de (folios 34272-34311):
 - ✓ EUSKALTEL (Movistar Series, Movistar Series Xtra, y Movistar Estrenos)
 - ✓ R CABLE GALICIA (Movistar Series, Movistar Series Xtra, y Movistar Estrenos)
 - ✓ TELECABLE ASTURIAS (Movistar Estrenos)
- El 8 de agosto de 2016 cartas de aceptación de (folios 34371-34421):

- ✓ ORANGE (Movistar Series, Movistar Series Xtra, y Partidazo)
 - ✓ TELECABLE (Movistar Partidazo)
 - ✓ VODAFONE (Movistar Partidazo)⁶⁷
 - ✓ EUSKALTEL (Movistar Series, Movistar Series Xtra, y Movistar Estrenos). Lo envían otra vez. Ésta está firmada y la anterior no.
- El 14 de diciembre de 2016 se recibió en la CNMC copia de la carta de aceptación por parte de OBWAN de la adquisición del canal Movistar Partidazo (folios 35340-35344) y el 3 de enero de 2017 se recibió copia de la aceptación de las condiciones de adquisición del Canal Movistar Moto GP por OBWAN (folio 35344).
 - El 15 de marzo de 2017 TELEFÓNICA envió la carta de aceptación de VODAFONE de los canales de motor Movistar Fórmula 1 y Movistar Moto GP para la temporada 2017 (folios 35919-35923).

Asimismo, la Dirección de Competencia ha verificado que las condiciones tipo de la oferta mayorista, así como las condiciones particulares de cada canal y sus modificaciones están publicadas en la página web de Movistar (folios 36513-36514).

5.2. Compromisos y actuaciones en relación con la obligatoriedad de ofertar en el mercado mayorista canales lineales y servicios SVOD (compromiso 2.9 apartados (c, y g) y anexo 2 (apartado 2.1.c))

El compromiso 2.9 establece: *“La entidad resultante pondrá a disposición de otros operadores de televisión de pago en España una oferta mayorista de canales propios Premium en los siguientes términos:*

(...)

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”.

g) “La entidad resultante se abstendrá de firmar contratos de adquisición exclusiva de derechos de emisión en España de contenidos audiovisuales que contengan cláusulas que impidan o limiten vender en la oferta mayorista para el segmento residencial los canales editados con dichos contenidos en modalidad lineal o SVOD.

En el supuesto de que alguno de los contratos (...) vigentes (...) impida hacer efectiva la obligación de oferta mayorista mencionada, la entidad resultante deberá dar la opción a sus proveedores de renegociar los contratos afectados y eliminar dichas limitaciones en el plazo de un (1) mes a contar desde que la resolución en segunda fase de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia en el expediente C/0612/14 sea firme en vía administrativa.

⁶⁷ Además, VODAFONE tiene prorrogado el contrato de Canal+ Estrenos (ahora Movistar Estrenos) hasta el 31 /12/ 2016.

En el caso de que esta negociación no fructifique, la entidad resultante ofrecerá en sus canales lineales objeto de la oferta mayorista dichos contenidos Premium, incluyendo, (...) dichos contenidos para catch-up, (...).”

El anexo 2 (apartado 2.1.c) establece la obligación de que los escritos a los proveedores anteriormente mencionados sean remitidos a la CNMC en un plazo de 10 días desde su envío o recepción por el destinatario.

La evaluación del grado de cumplimiento del compromiso 2.9 c) requiere analizar los contratos de adquisición de derechos de emisión en España de contenidos audiovisuales individuales firmados por DTS y TELEFÓNICA, con el fin de comprobar si existen cláusulas que impidan la materialización de la oferta mayorista de canales *premium* en modalidad lineal y en SVOD (compromiso 2.9 apartado g) y si TELEFÓNICA ha cumplido con las actuaciones y envío de información señalados en dicho compromiso y en el Anexo 2, apartado 2.1.c.

5.2.1 Contenidos deportivos

En lo que se refiere a los contratos de adquisición de contenidos deportivos anteriores a la entrada en vigor de los compromisos se señala lo siguiente:

- TELEFÓNICA ha remitido correos electrónicos al proveedor para poder sublicenciar los derechos adquiridos para emitir las carreras de Fórmula 1 y el proveedor ha aceptado (folios 464-466).
- El contrato de adquisición de los derechos de emisión de Moto GP permite la sublicencia y TELEFÓNICA ha comunicado que ejercita este derecho (folios 600-602).

La mayoría de los contratos firmados por Grupo TELEFÓNICA con posterioridad al 30 de abril de 2015 permiten la sublicencia de los derechos de emisión adquiridos y no representan un problema a la hora de configurar una oferta mayorista de canales.

Así, el contrato que regula los derechos de emisión en España de los partidos de la Liga (primera y segunda división) y Copa de Su Majestad el Rey para la temporada 2015/2016, que fueron adquiridos por TELEFÓNICA con fecha 10 de julio de 2015 (folios 23948-23970), permite la sublicencia de dichos derechos.

La sublicencia de los derechos de emisión también está permitida en el contrato de 4 de diciembre de 2015, por el que se adjudica a DTS la comercialización en exclusiva de los derechos que se corresponden con el lote 5 de Liga de Primera División de fútbol para las temporadas 2016/2017 a 2018/2019.

Por tanto, con la información disponible, la Dirección de Competencia considera que no se dispone de indicios de incumplimiento por parte de TELEFÓNICA del compromiso 2.9 (apartados c y g), en lo que se refiere a los contenidos deportivos.

5.2.2 Contenidos no deportivos

En julio de 2015 TELEFÓNICA únicamente lanzó una oferta mayorista de dos canales lineales no deportivos (Canal+ Estrenos y Canal+ Series) e indicó que no comercializaba a nivel minorista un servicio de SVOD de contenidos audiovisuales no deportivos *premium*, por lo que tampoco envió a los correspondientes proveedores de contenidos

los escritos que buscan modificar los contratos para dar la opción de poder sublicenciar dichos contenidos en modalidad SVOD (compromiso 2.9 g y anexo 2 apartado 2.1. c).

Sin embargo, hay contratos firmados por DTS⁶⁸ en los que sí se han adquirido derechos de emisión en SVOD *stand-alone*.

En el contrato inicial de [...], los derechos licenciados son solo para emitir en modalidad *catch-up*, pero en el contrato que está en negociación que, según DTS, se está aplicando, habla de derechos licenciados (estrenos y catálogo) para servicios OTT y SVOD *stand-alone* si se cumplen una serie de condiciones (folio [...]).

El contrato con [...] contempla la adquisición de derechos para emitir en SVOD bajo dos modalidades:

- Un servicio SVOD integrado comercializado conjuntamente con lineal (YOMVI) (folio 4783)
- Un servicio SVOD *stand-alone* que a su vez se desglosa en (i) un servicio “*Mixed Premium*” que puede contener títulos de estreno⁶⁹ y (ii) un servicio de títulos de librería (YOMVI Play).

El contrato con [...] también contempla la emisión de títulos en modalidad SVOD integrado y servicio SVOD *stand-alone* bajo determinadas condiciones.

Estos contratos no diferencian los títulos adquiridos para cada modalidad de emisión (SVOD integrado o SVOD *stand-alone*).

A raíz de un requerimiento de información de la Dirección de Competencia, TELEFÓNICA indicó en su escrito de 11 de diciembre de 2015 (folios 15987-16037), que los títulos emitidos actualmente en *catch-up* (SVOD integrado según se define en los contratos) adquiridos a través de los contratos mencionados son emitidos previamente en modalidad lineal y que, dado que TELEFÓNICA no comercializa un servicio de SVOD *stand-alone* de títulos de estreno de las *majors*, no se mencionó en dichas cartas la posibilidad de sublicenciar tales derechos.

En este mismo escrito, TELEFÓNICA reconoce que hay excepciones, en concreto, las series, que tras el pase inicial del primer episodio se ponen a disposición de los abonados todos los episodios de dicha temporada, aunque aún no hayan sido emitidos en el canal lineal “*binge-viewing*” (folio 15993).

A su vez, TELEFÓNICA confirmó en su escrito de 11 de diciembre de 2015 que dos contratos suscritos por esta empresa⁷⁰ otorgan derechos de emisión de series *premium* en modalidad lineal y SVOD *stand-alone* y son puestas a disposición de los abonados al canal lineal en modalidad *catch-up*, haciendo uso de los derechos de emisión en SVOD *stand-alone*. En este caso se encuentran también otros contratos firmados por TELEFÓNICA⁷¹.

⁶⁸ [...]

⁶⁹ A efectos de este contrato se entiende por estreno los títulos para los que no han transcurrido más de cinco años desde su estreno en USA excepto para los de [...] cuyo periodo es de 36 meses.

⁷⁰ [...]

⁷¹ [...]

TELEFÓNICA indicó que tras la operación de concentración C/0612/14 y del lanzamiento de una oferta comercial conjunta el 8 de julio de 2015, se constató que existían contenidos de series con relación a los cuales TELEFÓNICA no disponía de derechos de emisión en modalidad lineal pero sí para su emisión en SVOD y que, para poder explotar estos contenidos, se optó por añadirlos a los que estaban disponibles en *catch-up*, aunque los mismos no se hubieran emitido previamente en modalidad lineal. Dichos contenidos se encuentran asociados al canal lineal “Canal+ Series” y solo pueden ser visionados por los abonados que hayan contratado dicho canal o un paquete de programación que lo incluya.

Por último, TELEFÓNICA indicó que estos contenidos de estreno emitidos en modalidad *catch-up* (haciendo uso, en su caso, del derecho a emitir en SVOD) se han puesto a disposición de los operadores que han contratado el canal “Canal+ Series” en el ámbito de la oferta mayorista, siempre que cumplan con las especificaciones técnicas y de seguridad requeridas. Sin embargo, no todos los operadores de televisión que han adquirido este canal en la oferta mayorista de TELEFÓNICA están autorizados por el proveedor para emitir los contenidos en modalidad *catch-up*, entre ellos, [...] (folio 33711)⁷².

La Dirección de Competencia solicitó a TELEFÓNICA el 11 de enero de 2016 (folios 23449-23460) aclaración sobre algunas de las cuestiones mencionadas. El requerimiento de información fue respondido el 28 de enero de 2016 (folios 23677-23711). Ante determinadas contradicciones observadas entre las respuestas de TELEFÓNICA de 11 de diciembre de 2015 y 28 de enero de 2016, la Dirección de Competencia envió con fecha 3 de febrero de 2016 (folios 26692-26697) un nuevo requerimiento de información a TELEFÓNICA. Este escrito fue respondido por TELEFÓNICA el 19 de febrero de 2016 (folios 26974-26999).

Contrariamente a lo manifestado por TELEFÓNICA en su escrito de 11 de diciembre de 2015, esta compañía, en su respuesta de 28 de enero de 2016, niega que durante el periodo comprendido entre el 8 de julio y 15 de diciembre de 2015 se hayan puesto a disposición de los abonados a Canal+ Series todos los episodios de una temporada en la modalidad de vídeo bajo demanda (*binge-viewing*) tras el pase inicial del primer episodio. El escrito de 28 de enero de 2016 finalmente aclara que, desde el 8 de julio de 2015, solo se ha puesto a disposición de TELEFÓNICA una serie (no de estreno) en esta modalidad, en un canal no *premium* (#0).

TELEFÓNICA indicó también en su respuesta de 28 de enero de 2016 que, tras la emisión lineal del primer pase de cada episodio, éste se pone a disposición de los abonados a Canal+ Series en modalidad de *catch-up* durante el periodo de licencia (haciendo uso, en su caso, de derechos de SVOD). Dichos episodios van siendo puestos a disposición de los abonados a Canal+ Series de forma acumulada, de modo que, tras la emisión lineal del último episodio, toda la temporada está disponible en modalidad *catch-up*. Además, hay dos temporadas cuyos episodios han sido emitidos en un mismo día en modalidad lineal (maratón) y seguidamente todos ellos se han puesto a disposición de los abonados en la modalidad, según TELEFÓNICA de *catch-up*, hasta la

⁷² [...]

fecha de finalización de los derechos en *catch-up* que se produce un mes antes de la finalización del periodo de licencia total (folio 2389). En ambos casos el número de visualizaciones es ilimitado.

Según TELEFÓNICA, las temporadas y número de episodios de series que se han emitido según las dos modalidades señaladas en el párrafo anterior (de forma acumulada y maratón) representan el [...] % (series) y [...] % (episodios) del total de temporadas y episodios emitidos en Canal+ Series desde el 8 de julio hasta el 15 de diciembre de 2015 (folio 23689). Estos porcentajes se sitúan en el [...] % de series y episodios emitidos en modalidad maratón respecto del total de series *premium* y episodios emitidos en el Canal+ Series y en el ([60-70]) % para series y episodios emitidos de forma acumulada en el periodo comprendido entre el 15 de diciembre y el 8 de julio de 2016 (folios 34786 y 34792).

En lo que se refiere a las series adquiridas por TELEFÓNICA con anterioridad a la operación de concentración C/0612/2014, para emitir en su antiguo servicio “Movistar Series” en la modalidad de SVOD, que no pueden ser emitidas en modalidad lineal, TELEFÓNICA confirmó en su escrito de 28 de enero de 2016 que han sido incluidas en la funcionalidad llamada por TELEFÓNICA de *catch-up* asociada a Canal+ Series. Se trata de la [...] de las series: [...] ⁷³ (folio 23690). [...] estuvo disponible hasta diciembre de 2016 y [...] hasta julio de 2016. El número de visualizaciones permitidas es ilimitado y el periodo de disponibilidad es de [...]. En el mes de noviembre de 2015 y en julio de 2016 el porcentaje de contenidos disponibles en la funcionalidad denominada por TELEFÓNICA de *catch-up*, que no se han emitido previamente en modalidad lineal fue de [...] % respecto del total de series *premium* emitidas (folio 34787), con lo que según TELEFÓNICA tiene carácter residual.

TELEFÓNICA remitió el 28 de enero de 2016, un listado de más de [...] temporadas de series adquiridas a *majors* cuyos episodios están disponibles en la llamada, por TELEFÓNICA, funcionalidad *catch-up*, sin limitación temporal más allá del límite del correspondiente periodo de licencia y que van siendo puestos a disposición de los abonados de forma acumulada, tal como se ha explicado anteriormente (folios 23685-23688).

Asimismo, a solicitud de la Dirección de Competencia, TELEFÓNICA identificó en su escrito de 28 de enero de 2016, los contratos que permiten adquirir títulos para emitir en *catch-up* con pases ilimitados o que no delimitan un periodo máximo de disponibilidad más allá del periodo de licencia acordado para la emisión en modalidad lineal⁷⁴.

Sin embargo, según ha podido comprobar la Dirección de Competencia, únicamente el contrato con [...] licencia derechos de “*catch-up/SVOD*” para emitir durante todo el periodo de licencia. El resto de los contratos mencionados no licencian un servicio de *catch-up* sino de SVOD. Del análisis de estos contratos se observa lo siguiente:

⁷³ [...]

⁷⁴ [...]

- El contrato con [...] no licencia derechos de *catch-up*. Este contrato tuvo varias modificaciones⁷⁵ y es en la modificación de [...] (folios [...]) donde se incluye un derecho de *catch-up* que limita la disponibilidad a un máximo de seis meses y cada episodio solo puede estar disponible durante uno o más periodos de 28 días que deben comenzar inmediatamente después de la emisión lineal del episodio en cuestión. No obstante, según señaló TELEFÓNICA en su escrito de 14 de julio de 2016 (folios 33664-33665), las series [...] pueden ser emitidas durante [...] en la modalidad de SVOD integrado, definido como un reforzamiento del servicio de emisión lineal, en la medida que se trata de contenidos que deben haber sido emitidos previamente en modalidad lineal y no se exige al abonado un pago adicional más allá de lo que denominan coste técnico de tres euros. TELEFÓNICA adjuntó copia del contrato que permite esta modalidad de emisión para [...] ⁷⁶ pero no está documentada la comercialización en esta modalidad de [...].
- El contrato con Sony de 18/ de diciembre de 2013, modificado el [...] (folios [...]), licencia derechos de SVOD integrado para YOMVI y de SVOD *stand-alone*.
- El contrato con [...], licencia derechos de SVOD integrado y SVOD *stand-alone*.
- El contrato con [...] (folios [...]) licencia derechos de SVOD integrado y servicio de SVOD *stand-alone*, bajo determinadas condiciones.

Según TELEFÓNICA, los servicios licenciados al amparo de los contratos mencionados son asimilables a *catch-up*, porque solo son ofrecidos a los abonados al canal lineal como una mejora o enriquecimiento de éste, sin coste adicional.

Ante esta aparente contradicción entre la información enviada por TELEFÓNICA y la literalidad de los contratos, con el fin de conocer las condiciones en las que efectivamente se emiten estos contenidos en la denominada por TELEFÓNICA modalidad *catch-up*, se solicitó el 3 de febrero de 2016 a TELEFÓNICA que indicase, para cada temporada de las series *premium* emitidas en Canal+ Series desde julio de 2015 (folios 26692-26697):

- la periodicidad media de emisión de cada episodio (diferentes pases del mismo episodio) en modalidad lineal y, adicionalmente, el periodo máximo transcurrido entre los diferentes pases en modalidad lineal,
- los días que transcurren entre la última emisión lineal del primer episodio de una temporada y la fecha última de disponibilidad de ese mismo episodio en modalidad *catch-up*.

A la vista de los datos aportados por TELEFÓNICA el 19 de febrero de 2016 (folios 26974-26999), un [...] % de episodios han sido emitidos en la modalidad *catch-up* en un periodo inferior a los 30 días a contar desde su pase lineal. Aproximadamente un [...] % de los títulos podrían ser emitidos en la llamada por TELEFÓNICA modalidad *catch-up* transcurridos más de 50 días del pase lineal, ya que se trata de títulos donde el periodo máximo transcurrido entre pases lineales supera los 50 días. Para otro [...] % de los títulos, el tiempo que podría transcurrir entre un pase lineal de un episodio y la fecha de

⁷⁵ [...].

⁷⁶ [...].

emisión en la denominada por TELEFÓNICA modalidad *catch-up* es superior a 90 días. Es evidente que de acuerdo a la definición de *catch-up*, únicamente podría considerarse perteneciente a esta categoría el primer grupo mencionado.

Posteriormente, a solicitud de la Dirección de Competencia, TELEFÓNICA ha remitido nuevos listados de series *premium* emitidas en modalidad *catch-up* de forma acumulada o maratón tras su emisión lineal (folios 34785-34792). Esta nueva información corresponde al periodo comprendido entre el 15 de diciembre de 2015 y el 8 de julio de 2016 y se observa, al igual que en los meses precedentes, que una gran parte de los capítulos ([...])% han sido emitidos en *catch-up* cuando han transcurrido más de cuatro meses desde su última emisión en modalidad lineal.

Adicionalmente, un análisis de los contratos en virtud de los cuales según TELEFÓNICA se están emitiendo temporadas de series en modalidad *catch-up* sin limitación temporal (es decir, con el mismo o similar periodo de licencia que la emisión lineal)⁷⁷, permite acreditar que algunos de estos contratos tienen restringido el periodo de emisión en *catch-up* a un máximo de 21 días⁷⁸ y otros contratos (a excepción del contrato con [...]) no recogen la licencia de derechos de emisión en esta modalidad sino en la modalidad de SVOD integrado, tal como se ha descrito anteriormente⁷⁹.

TELEFÓNICA parece querer asimilar la emisión de los contenidos en modalidad SVOD a la emisión en *catch-up*, apoyándose en que algunos proveedores no limitan el periodo de disponibilidad de los contenidos adquiridos para emitir en *catch-up* y por el hecho de que estos contenidos solo pueden visualizarse por los abonados al canal lineal y no requieren de un pago adicional.

En este sentido, es preciso recordar, en primer lugar, que según indicó la propia DTS en el escrito remitido en el marco de la instrucción del expediente de concentración C/0612/14⁸⁰, el proveedor de contenidos para emitir en *catch-up* suele fijar limitaciones en el número de exhibiciones y en el periodo de disponibilidad que habitualmente oscila entre 7 y 21 días tras el pase lineal.

Ello entra en contradicción con la acumulación de los contenidos emitidos en modalidad de *catch-up* o la emisión de todos los episodios el mismo día en la modalidad lineal (maratón) para que a continuación se emitan dichos episodios en modalidad SVOD, donde los periodos entre la última emisión en modalidad lineal de un episodio y la fecha última de disponibilidad de ese episodio en SVOD son muy superiores a lo señalado anteriormente.

A ello se une que de la literalidad de los contratos no puede deducirse que los contenidos hayan sido adquiridos para emitir en *catch-up*, sino en SVOD integrado o SVOD *stand-alone*. De hecho, la propia TELEFÓNICA admite que en algunos contratos la emisión en *catch-up* se realiza haciendo uso, en su caso, de derechos de SVOD. Los contratos que

⁷⁷ Listado enviado el 28/01/2016 (folios 23685-23688) corregido en escrito de 19/02/2016 (folios 26991-26997).

⁷⁸ [...]

⁷⁹ [...].

⁸⁰ Folios 12226-12229 del C/0612.

permiten la licencia en modalidad *catch-up* tienen muy acotado el periodo de emisión y la excepción del contrato con [...] no desmiente lo anterior, dado que este contrato dice textualmente que “licencia un servicio de *catch-up* SVOD actualmente denominado YOMVI”.

Asimismo, TELEFÓNICA sostiene que la denominación específica que figure en el contrato “*catch-up* o SVOD” no es determinante para considerar si se trata de uno u otro servicio. Sin embargo, la Dirección de Competencia ha verificado que, salvo alguna excepción muy puntual, cada uno de estos servicios se recoge en el contrato por su nombre. En aquellos casos en los que para un servicio claramente de *catch-up* se utiliza en el contrato la expresión “servicio de SVOD”⁸¹, se especifica en los contratos correspondientes que el periodo de emisión queda acotado a periodos de 14 días tras cada emisión lineal. Es decir, aunque se utilice la expresión SVOD, se definen en los contratos las características de este servicio que efectivamente son las de un servicio de *catch-up*.

Además, tal como reconoce TELEFÓNICA en su escrito de 11 de diciembre de 2015 y en el escrito remitido con fecha 29 de enero de 2014 en el marco del expediente de concentración C/0612/14, el servicio de *catch-up* se encuentra vinculado a la emisión lineal y los contenidos disponibles en *catch-up* tienen que haberse emitido, anterior o simultáneamente, en emisión lineal por el mismo operador, lo que se ha obviado en algunos de los contenidos de series a los que nos hemos referido anteriormente.

Como ya se ha señalado, TELEFÓNICA también argumenta para defender que se trata de un servicio de *catch-up* que la visualización de dichos contenidos emitidos en modalidad no lineal no tiene un coste adicional y es accesible solo para abonados al canal lineal. Sin embargo, a su vez, la propia TELEFÓNICA reconoció en su escrito de 11 de diciembre de 2015, que el servicio que en esa fecha presta de SVOD para títulos de librería está incluido en el “módulo familiar” de DTS y en los paquetes “Fusión +” o “Fusión+ contigo” de TELEFÓNICA y, por tanto, solo pueden ser visualizados por los adquirentes de dichos paquetes que están compuestos por este servicio y canales lineales. Es decir, el servicio de SVOD de títulos de librería comercializado por TELEFÓNICA no puede ser adquirido de forma independiente y no por ello se considera un servicio de *catch-up*.

Incluso hay contratos⁸² en los que se prevé que el operador no está obligado a cobrar un coste adicional por el servicio “YOMVI Play” si el cliente ha contratado el paquete más completo de DTS y este servicio se considera estrictamente de SVOD e independiente de la emisión lineal.

En la mayoría de los contratos, el servicio de SVOD se define como la puesta a disposición del público de una serie de títulos sujeto al pago de una suscripción o cuota periódica, vinculada o no a una cuota de televisión de pago, de una serie de obras que permita visualizarlas en el momento que el cliente elija.

⁸¹ [...]

⁸² [...]

Por último, cabe reseñar que TELEFÓNICA está suscribiendo con posterioridad a la entrada en vigor de los compromisos, contratos para adquirir títulos para emitir en modalidad lineal y SVOD ([...])⁸³. Estos títulos también se ponen a disposición de los abonados a Canal+ Series en modalidad de *catch-up* durante el periodo de licencia de forma acumulada (folio 34792).

5.3. Compromisos y actuaciones relacionados con determinadas condiciones de comercialización de la oferta mayorista. compromiso 2.9 (apartados e, f, h, i, j, k)

En este epígrafe se analiza el grado de cumplimiento de TELEFÓNICA en lo que se refiere a determinadas obligaciones de comercialización de la oferta mayorista, y a la información que TELEFÓNICA debe enviar para efectuar un adecuado seguimiento de las mismas.

5.3.1. Compromiso 2.9, apartado (e)

El compromiso 2.9 (e) establece: “Cada uno de los canales propios Premium de la entidad resultante estará disponible para su contratación a la carta por parte de los clientes finales de la entidad resultante en su plataforma IPTV de televisión de pago en la que se oferten estos canales. Esta contratación a la carta se debe ofrecer, al menos, a los clientes finales del paquete de televisión de pago básico más contratado en la plataforma IPTV de televisión de pago de la entidad resultante.”

Este análisis del cumplimiento de este compromiso abarca el periodo comprendido entre el 1 de agosto de 2015 y el 7 de julio de 2017. Para ello es preciso conocer los distintos productos comercializados por TELEFÓNICA en el mercado minorista y el número de abonados a cada uno de ellos.

Las condiciones generales de comercialización minorista de las ofertas de televisión de pago remitidas por TELEFÓNICA⁸⁴ señalan, en su cláusula 2.4, los productos de acceso al servicio de televisión de Movistar+:

- “Contigo”, que se ofrece como parte integral del paquete de telecomunicaciones “Fusión Contigo” (teléfono fijo, banda ancha fija, comunicaciones móviles) y que incluye el acceso a YOMVI de Movistar+ en dispositivos con conexiones a internet, acceso a través de internet o descodificador (según la modalidad de Fusión elegida) a la selección de canales de la TDT, canales de degustación vigentes y contenidos *Video-on-Demand* que determine Movistar en cada momento.

⁸³ [...]

⁸⁴ Vigentes a partir del 31/07/2015 (13511-13549); a partir del 19/08/2015 (folios 13707-13746); a partir del 17/09/2015 (folios 14549-14593); a partir del 3/10/2015 (folios 14855-14899); a partir del 6/12/2015 (folios 16235-16280); a partir 1/02/2016 satélite (folios 26711-26717); a partir de 14/03/2016 (folios 27686-27738); a partir del 3/07/2016 (folios 32966-33006); a partir del 18/07/2016 (folios 33901-33941), a partir del 1/08/2016 (folios 34312-34356); a partir del 16/08/2016 (folios 34472-34512); a partir del 19 de octubre de 2016 (Folios 34900 – 34941); a partir del 24 de febrero de 2017 (folios 35787-35834) ; desde el 5 de abril de 2017 (folios 35999 – 36040); a partir del 18 de abril de 2017 (folios 36134 – 36187); a partir del 1 de mayo de 2017 (folios 36390 – 36443); a partir del 5 de mayo de 2017 (folios 36517 – 36602).

- “Familiar”, que se ofrece con la contratación del paquete básico de MOVISTAR+ y exclusivamente como parte de un paquete integral de telecomunicaciones, como, por ejemplo, “Movistar Fusión”. Este servicio incluye una selección de canales de televisión (nacionales, locales, temáticos), los canales de degustación que Movistar determine en cada momento, 6.500 títulos de series en la modalidad de *Video-on-Demand* y YOMVI para poder disfrutar en otro dispositivo⁸⁵.
- “Locales Públicos”, que incluye una selección de canales como parte integral del paquete de telecomunicaciones especial para este tipo de clientes.

Estas condiciones generales especifican, en la cláusula 4.2, los paquetes de canales que pueden ser adquiridos por los clientes residenciales compatibles con el servicio de Movistar+.

Para el periodo comprendido entre el 31 de julio de 2015 y el 3 de julio de 2016⁸⁶, los paquetes de canales que se ofertaron fueron:

- Fútbol (Canal+ Partidazo+Canal+ Liga)
- Deportes (Fórmula 1, Moto GP y resto de deportes excepto Fútbol)
- Cine (incluye Canal+ Estrenos y otros canales de cine)
- Series (Canal+ Series y otro canal no *premium*)
- Combinaciones de paquetes que darían lugar al llamado paquete Premium (Fútbol+Deportes+Cine+Series), Premium Extra (Premium + algunos canales no *premium* adquiridos a la carta, como, Caza y Pesca, Classica, Playboy) y Premium Total.

A partir de julio de 2016, TELEFÓNICA oferta los siguientes paquetes de canales:

- Fútbol (Movistar Partidazo y otros canales no *premium*)
- Motor (Movistar Moto GP y Movistar Fórmula 1)
- Selección Deportes (todos los deportes excepto fútbol y los canales Moto GP y Fórmula 1).
- Cine (Movistar Estrenos y otros canales de cine no *premium*)
- Series (Movistar Series y Movistar Series Xtra)
- Combinaciones de paquetes que darían lugar al llamado paquete Premium (Fútbol+Deportes+Cine+Series), Premium Extra (Premium + los siguientes canales no *premium* Playboy TV, Caza y Pesca, Classica, Mezzo e Iberalia Tv) y TotalPremium.

⁸⁵ A partir del 5 de mayo de 2017 añaden un producto denominado «Familiar Ocio» que incluye el paquete de series *premium*.

⁸⁶ La configuración de los paquetes varía a partir de marzo de 2016, cuando se añaden: Motor, que antes estaba incluido en Deportes; Selección Deportes que incluye todos los deportes excepto fútbol y motor; y Deportes Total (todos los deportes) (folio 27696).

A su vez, TELEFÓNICA ha enviado como anexo a las condiciones generales de contratación de los servicios minoristas de televisión de pago, las cuotas mensuales de los distintos productos comercializados de Movistar+ (Tríos), que incluyen teléfono fijo, banda ancha fija y televisión. Se trata de paquetes o productos básicos, pues no incluyen por defecto canales *premium*. Según indicó TELEFÓNICA en su escrito de 24 de febrero de 2017 (registrado el 27 de febrero de 2017) el número de abonados que se interesan por estos productos “Trío” es muy bajo (folio 35768) y, efectivamente, los datos suministrados por esta compañía el 24 de marzo de 2017 (folios 35949-35958) revelan que ninguno de estos productos supera los [...] abonados⁸⁷ en ningún mes del periodo analizado.

Además de los paquetes Trío, TELEFÓNICA comercializa a sus clientes los llamados productos Fusión⁸⁸.

Hasta el 3 de julio de 2016, TELEFÓNICA comercializaba los siguientes productos Fusión a clientes residenciales: (i) Fusión Contigo, que no permite añadir paquetes de canales ni canales individuales de televisión (folio 35710)⁸⁹; y (ii) Fusión+ (antes Fusión Alto Valor).

A partir del 3 de julio de 2016, TELEFÓNICA desglosa el producto Fusión+ para clientes residenciales en tres tipos de contratos: (i) Fusión + (no incluye ningún canal *premium* de TELEFÓNICA en el paquete de entrada); (ii) Fusión+2 (incluye por defecto Movistar Partidazo en el paquete de entrada); y (iii) Fusión+4 Premium (incluye todos los canales *premium* de TELEFÓNICA). En febrero de 2017, además de los productos anteriores, se comercializa el producto llamado Fusión+2 ficción, que no incluye el partidazo, pero sí incluye los paquetes de cine y series y, a partir del 5 de mayo de 2017, se añade el paquete Fusión+ Ocio que incluye el paquete de series *premium*.

Por tanto, el paquete básico con televisión de pago IPTV dentro de esta categoría de productos es **Fusión+** (antes Fusión Alto Valor) que, a su vez, se subdivide en distintos productos, según se contrate cobre o fibra a distintas velocidades. Los datos enviados por TELEFÓNICA el 24 de marzo de 2017 (folios 35949-35958) confirman que todas las modalidades de Fusión+ básico tienen un número de abonados muy superior a cualquier producto Trío. En particular, el producto Fusión+ (máxima velocidad)⁹⁰, con un número medio de abonados de [...] durante el periodo comprendido entre agosto de 2015 y febrero de 2017, es el paquete básico más contratado. Aunque no se ha verificado el número medio de abonados a Fusión+ durante los meses de marzo a julio de 2017, previsiblemente este paquete básico sigue siendo el más contratado.

⁸⁷ Los datos se corresponden con número de accesos ya que un mismo cliente puede tener varias líneas contratadas.

⁸⁸ Folios 13638-13663; 13701-13795; 15633-15658; 15752-15777; 23396-23441; 23574-23607; 26745-26772; 27789-27822; 32368-32392; 32926-33006; 34513-34545; 34794-34832; 35858-35889; 35999-36040; 36517-36602.

⁸⁹ <https://www.movistar.es/particulares/internet/adsl-fibra-optica/>

⁹⁰ Soportado sobre tecnología ADSL para accesos de par de cobre.

Sin embargo, se ha comprobado que los canales *premium* de TELEFÓNICA no pueden ser contratados a la carta a través de la web online de Movistar a partir del producto denominado Fusión+.

Con el fin de verificar si TELEFÓNICA comercializaba efectivamente mediante contratación presencial o vía telefónica canales propios *premium* a la carta, el 19 de enero de 2016 dos funcionarias de la CNMC se personaron en dos oficinas comerciales de TELEFÓNICA para solicitar información sobre las distintas posibilidades de contratación de canales de televisión *premium* y solicitaron también esta información a través del servicio telefónico de atención comercial de la compañía. Las actas de las anteriores visitas y de las conversaciones telefónicas mantenidas se incorporaron al expediente el 22 de enero de 2016 (folios 23563-23573).

El 4 de julio de 2016 las mismas funcionarias visitaron de nuevo dos sedes comerciales de TELEFÓNICA y solicitaron información a través de dos llamadas telefónicas al servicio de atención comercial de esta empresa. Las actas de estas visitas y de las dos conversaciones telefónicas mantenidas también fueron incorporadas al expediente (folios 32908-32922).

Tal como reflejan las actas mencionadas, TELEFÓNICA no ofrece a sus clientes la posibilidad de adquirir canales *premium* a la carta a partir del contrato básico “Fusión+”, si bien, en una sola de las oficinas visitadas, tras la insistencia de los funcionarios de la CNMC, la agente comercial mostró en la aplicación de contratación de TELEFÓNICA la posibilidad de contratar los canales de forma independiente, con sus respectivos precios individuales, posibilidad que, sin embargo, no se facilita a los particulares que acuden a solicitarlo ni figura en las ofertas comerciales disponibles para los usuarios.

La página web de Movistar, descargada el 13 de febrero de 2017⁹¹, tampoco permite contratar estos canales individuales a la carta sino en paquetes temáticos (folios 35441-35541). Además, para adquirir el canal Movistar Partidazo es obligatorio contratar Fusión+²⁹² o categorías de productos Fusión+ superiores.

Como se desprende de las condiciones generales de contratación remitidas, solamente pueden contratarse canales *premium* de TELEFÓNICA a la carta a partir de productos Trío (teléfono fijo, internet y televisión). En el anexo de estas condiciones se establecen

⁹¹http://www.movistar.es/particulares/television/configura-tu-fusion#/step/2?packages=futbol&canales&isClient=true&promos=premium_extra_disf;
<http://www.movistar.es/particulares/television/cine>;
<http://www.movistar.es/particulares/television/movistar-imagenio/movistar-series/>

⁹² Las tarifas de febrero de 2017 son las siguientes: Fusión+ (75 euros) y Fusión+2 (115 euros si es a través de fibra óptica y 105 euros a través de ADSL).

precios para cada uno de los paquetes ofertados⁹³ y precios diferenciados por cada uno de los canales que componen los paquetes vendidos a clientes residenciales⁹⁴.

La Dirección de Competencia ha verificado que no se pueden contratar a través de internet los paquetes trío de TELEFÓNICA. Ello fue confirmado por TELEFÓNICA en su escrito de 24 de febrero de 2017 (registrado el 27 de febrero de 2017) donde indica que se pueden contratar este tipo de servicios mediante “*venta asistida que se le propone al cliente en el caso en el que su navegación por la web demuestre que ese el producto que busca*” (folio 35768). TELEFÓNICA adjuntó, como prueba de lo anterior, una presentación de la navegación por su página web en la que cuando el cliente indica que no quiere fusión, aparece primero la posibilidad de contratar paquetes de canales (Motor, Selección Deportes, Todo el Fútbol, Deportes Total, Cine, Series), aunque no canales individuales, debiendo acceder a la siguiente pantalla mediante la pestaña “*continuar*” en la que aparece el siguiente mensaje “*la contratación de televisión por satélite se realiza vía telefónica llamando gratis al teléfono 900 411 320*” (folios 35769-35773). Es decir, la presentación enviada por TELEFÓNICA tampoco demuestra que sea posible contratar canales individuales en la plataforma IPTV.

TELEFÓNICA también afirmó en su escrito de 24 de febrero de 2017, que se pueden contratar canales *premium* individuales y remitió a una página web de TELEFÓNICA en la que figura un teléfono para contratar dichos canales (900 200 477)⁹⁵. Esta página web, cuya pantalla se ha incorporado al expediente (folios 35838-35839), no es directamente accesible a través de la página principal en la que TELEFÓNICA comercializa sus servicios de televisión de pago y su localización es muy difícil, de forma que TELEFÓNICA tampoco facilita la contratación de canales individuales *premium* a partir de un producto Trío de Movistar. En cualquier caso, como ya se ha señalado, el número de abonados a este tipo de productos es muy marginal, lo que también incide en que la contratación a la carta de los canales *premium* de TELEFÓNICA sea marginal⁹⁶.

TELEFÓNICA insiste en sus alegaciones de 31 de octubre de 2017 que sí es posible contratar canales *premium* a la carta y vuelve a remitir al procedimiento de contratación on-line que, según dicha empresa, permite contratar canales *premium* a la carta en la plataforma IPTV a partir de productos Fusión (folios 44782-44785).

⁹³ - De julio de 2015 a julio de 2016: Fútbol (25 euros); Deportes (20 euros); Motor (10 euros); Selección Deportes (10 euros), Cine (9 euros), Series (5 euros).

- De julio de 2016 a febrero de 2017: Fútbol (25 euros); Motor (10 euros); Selección Deportes (10 euros); Cine (10 euros); Series (7 euros). Estos precios se mantienen en las condiciones últimas analizadas (aplicadas a partir del 5 de mayo de 2017).

⁹⁴ - De julio de 2015 a julio de 2016: Canal+ Partidazo (9,50 euros); Canal+ Liga (13,50 euros); Movistar Fórmula 1 (7 euros); Movistar Moto GP (8 euros); Canal+ Estrenos (8 euros); y Canal+ Series (3,50 euros).

- De julio de 2016 a febrero de 2017: Movistar Partidazo (10 euros); Movistar Fórmula 1 (7 euros); Movistar Moto GP (8 euros); Movistar Estrenos (8 euros); Movistar Series (3,50 euros) y Movistar Series Xtra (3,50 euros). Estos precios se mantienen en las condiciones últimas analizadas (aplicadas a partir del 5 de mayo de 2017).

⁹⁵ : <http://www.movistar.es/particulares/television/otros-canales-tv>

⁹⁶ Folios 34057; 34883; 35175; 35384.

Sin embargo, la Dirección de Competencia ha vuelto a comprobar que la navegación a través de esta página web no permite contratar canales *premium* a la carta a partir de productos fusión en la plataforma IPTV, ya que el teléfono que figura en la última página es para la contratación de televisión vía satélite, hecho que la propia TELEFÓNICA también admite, cuando después de explicar gráficamente los pantallazos de su página web para contratar el servicio de televisión Movistar+, indica lo siguiente: *“A través de las páginas anteriores se informa de la oferta de televisión vinculada a Fusión o Movistar+ Satélite. En general, se informa de los canales premium incluidos en paquetes de TV o vinculados a una oferta de Fusión, pero si los clientes llaman por teléfono preguntando por los canales a la carta Premium se les redirige a una página específica para que puedan consultarlos de manera específica”* (folio 44784).

Sin embargo, TELEFÓNICA no redirige a esta página web para contratar canales *premium* de forma individual, como ha quedado acreditado en las actas de las consultas realizadas por dos funcionarias de la CNMC que preguntaron por esta posibilidad de forma presencial y a través del teléfono 1004. El hecho de que en una de las oficinas comerciales, la persona que atendió a dichas funcionarias admitiera que se podían contratar canales a la carta a través de productos fusión en la plataforma IPTV, no contradice lo anterior, pues la empleada de dicha oficina desconocía que dicha contratación a la carta pudiera realizarse y ante la insistencia de las funcionarias de la CNMC, tras consultar a otros comerciales, encontró en la aplicación informática accesible desde su terminal la posibilidad de hacerlo, después de haber afirmado varias veces que no era posible.

Además, en el resto de las oficinas comerciales y a través del teléfono de información 1004, la respuesta a la solicitud de contratación de canales a la carta *premium* en la plataforma IPTV, a partir de un contrato Fusión, fue siempre negativa.

Lo mismo puede decirse de las condiciones generales de contratación de Movistar+, a las que TELEFÓNICA alude como prueba de que se ofertan canales *premium* individuales. Estas condiciones, como ya ha señalado la Dirección de Competencia en la propuesta de informe parcial de vigilancia, proporcionan información de precios de canales *premium* individuales, pero no especifican que se puedan contratar en la plataforma IPTV a partir de productos fusión, sino más bien parece que se contratarían a través de productos trío.

Además, el pantallazo que TELEFÓNICA envía como demostración de que sí pueden contratarse a la carta los canales *premium* (folio 44792), no va acompañado de una explicación del modo de acceso, ni figura la dirección web a través de la cual se llega a esta información, por lo que no puede admitirse como prueba.

En cuanto a las condiciones económicas a las que se refiere TELEFÓNICA disponibles en las tiendas de Movistar (folio 44793), donde figuran los precios de los canales *premium* de forma individual, no han sido facilitadas en ninguna de las visitas realizadas por las dos funcionarias de esta CNMC, por lo que no puede acreditarse que se pongan a disposición de los usuarios.

TELEFÓNICA también aporta en sus alegaciones de 31 de octubre de 2017, como prueba de que sí es posible la contratación a la carta de canales *premium* en la plataforma IPTV a partir de productos fusión, un mensaje a través del foro Movisfera de

agosto de 2017, en el que un cliente de Movistar que tiene contratado Fusión+2 Ficción, ha contratado el canal Movistar Partidazo. Sin embargo, el mes de agosto de 2017 queda fuera del periodo analizado en el presente informe parcial de vigilancia.

A su vez, para defender la posibilidad de contratar canales *premium* a la carta a través de productos Fusión, TELEFÓNICA aporta datos sobre la evolución de altas en canales *premium* individuales durante el periodo enero de 2016-septiembre de 2017 y el número de abonados a estos canales contratados a la carta en diciembre de 2015 y septiembre de 2017, en la plataforma IPTV (folio 44790-44791). Según TELEFÓNICA, el [...] % de las altas fueron contratadas a partir del paquete básico Fusión+.

Por último, cabe mencionar, que las condiciones particulares de la oferta mayorista del canal Fórmula 1, modificadas en febrero de 2016 (folios 26937-947), recogen la obligatoriedad de comercializar a nivel minorista este canal junto con el canal Moto GP, obligatoriedad recogida en el contrato de adquisición de los derechos de emisión de Fórmula 1⁹⁷. Las condiciones particulares que regulan la oferta mayorista de los demás canales *premium* no incluyen esta obligación.

5.3.2 Compromiso 2.9, apartado (f)

El compromiso 2.9 (f) establece:

“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 propios premium propios de la entidad resultante (...), teniendo el adquirente libertad de elección de canales dentro de esta oferta mayorista.

“Sin perjuicio de lo anterior, la entidad resultante siempre debe permitir a cualquier operador de televisión de pago acceder a la explotación de canales ofrecidos dentro de su oferta mayorista, cuando estos canales contengan partidos de la Liga de Primera División de Fútbol y Copa de S.M. el Rey de Fútbol. Estos canales computan de cara al límite del 50% (...).

Se podrá poner a disposición de terceros versiones adaptadas de sus canales, siempre que estas versiones no se vean privadas de ninguno de los contenidos audiovisuales de terceros incluidos en el canal ni alteren la modalidad de emisión (...), y sin que se modifiquen las franjas horarias en el caso de los canales lineales.

Las autopromociones y las campañas publicitarias de los servicios minoristas de la entidad resultante o de terceros operadores de televisión de pago se excluirán del canal si el operador de televisión de pago que lo adquiere así lo solicita.

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.”

Oferta mayorista de julio de 2015

⁹⁷ Contrato de 12 de febrero 2014 (folio 3068).

a) En relación con el porcentaje máximo de adquisición de los canales que integran la oferta mayorista de TELEFÓNICA

Como ya se ha indicado en el epígrafe 4.3.1, TELEFÓNICA ofertó en el mercado mayorista todos los canales *premium* que comercializaba a nivel minorista en julio de 2015. Los operadores de televisión de pago que estaban interesados pudieron adquirir el 50% de dichos canales.

Sin embargo, hubo una serie de denuncias por parte de algunos operadores de televisión de pago que cuestionaban el efectivo cumplimiento de este compromiso. En concreto, VODAFONE (folios 14394-14406), TELECABLE (folios 13124-13135) y EUSKALTEL (13821-13835) denunciaron que TELEFÓNICA no permitiese la sublicencia de los canales adquiridos en la oferta mayorista a las empresas del grupo (condición tipo 11).

A su vez, TELECABLE y EUSKALTEL cuestionaron el desglose de los canales de Fútbol (Abono Fútbol y Abono Fútbol 1), lo que según estos operadores reduce la capacidad de elección de los operadores debido al límite en el número máximo de canales que pueden ser adquiridos.

Asimismo, ORANGE cuestionó que el canal Movistar Partidazo compute a efectos del límite del 50%, dado que la titularidad conjuntamente con VODAFONE de derechos de emisión en exclusiva de la Liga de Primera División para el canal Horecas, obliga a un acceso en condiciones de reciprocidad con TELEFÓNICA de los canales Horecas y del Partidazo. Esta cuestión fue sometida a arbitraje (Arbitraje 2/2016) y el Laudo de la Sala de Competencia del Consejo de la CNMC de 15 de junio de 2017 señaló, que la reivindicación de ORANGE no puede ser atendida de acuerdo con los compromisos, pues el apartado 2.9.d) obliga a que TELEFÓNICA incluya los canales de fútbol en su oferta mayorista y, como tales, deben ser computados a efectos del límite del 50%. En efecto, el tratamiento de las obligaciones que los compromisos contemplan para TELEFÓNICA cuando los derechos de fútbol son compartidos entre varios operadores no puede ser óbice, a juicio de este órgano arbitral, para su exclusión de la citada restricción del 50%.

b) En relación con la adaptación de canales

Los canales de contenido futbolístico de la oferta mayorista de julio de 2015, fueron comercializados a otros operadores de televisión de pago con la denominación: Canal+ Fútbol y Canal+ Fútbol 1 y con comentaristas diferentes a los canales ofrecidos por TELEFÓNICA en el mercado minorista. Ello fue denunciado por ORANGE en su escrito de 7 de octubre de 2015 (folios 14687-14707) y resuelto mediante expediente de arbitraje (Arbitraje 3/2015).

El Laudo arbitral de la Sala de Competencia del Consejo de la CNMC de 21 de junio de 2016⁹⁸ señala que el cambio de denominación y comentaristas de estos canales no implica una menor calidad de los mismos y, en cualquier caso, los compromisos a los que se sujetó la operación de concentración no imponen a TELEFÓNICA la cesión del uso de la marca Canal+. Por tanto, el laudo concluye que no se puede impedir que

⁹⁸ Este Laudo fue recurrido por TELEFÓNICA ante el Tribunal Superior de Justicia de Madrid, que lo desestimó mediante sentencia de 20 de diciembre de 2016.

TELEFÓNICA presente en su oferta minorista determinadas diferencias frente a la mayorista, siempre que en ésta se respeten los compromisos adquiridos.

En lo que se refiere a Canal+ Estrenos y Canal+ Series, las condiciones particulares de la oferta mayorista señalan que, además de la posibilidad de excluir de los canales ofertados los contenidos propios, también se podrán excluir contenidos de terceros para los que no se dispone de la correspondiente autorización por parte de los proveedores.

Con el fin de conocer el alcance de los contenidos de terceros excluidos, la Dirección de Competencia requirió a TELEFÓNICA, mediante escrito de fecha 13 de mayo de 2016 (folios 28297-28299), que identificase los contenidos excluidos y los proveedores correspondientes. Como ya se ha señalado, TELEFÓNICA respondió el 6 de junio de 2016 (folios 28734-28745), afirmando que no se habían excluido contenidos de terceros de los canales de cine y series ofertados a los competidores y que únicamente se ha limitado la posibilidad de ofrecer contenidos en *catch-up* a algunos operadores que no disponían de la correspondiente autorización de las *majors* respecto de sus sistemas.

TELEFÓNICA citó como ejemplo a [...], que no tiene aprobación de [...] para sus sistemas y, por tanto, no está autorizado a grabar ni ofrecer el *catch-up* de esta *major*.

El 27 de junio de 2016 la Dirección de Competencia solicitó a TELEFÓNICA que identificase todos los contenidos cuyos proveedores no han autorizado la emisión en *catch-up* a cualquier operador de televisión de pago y TELEFÓNICA respondió con fecha 14 de julio de 2016 (folio 33711). Según dicha información, además de [...], [...] tampoco tiene autorización para emitir en *catch-up* las series de [...].

En cualquier caso, TELEFÓNICA confirmó en este mismo escrito, que no se han producido versiones adaptadas de ninguno de los canales de ficción (Canal+ Estrenos y Canal +Series) de la Oferta Mayorista (folio 33666). Por lo tanto, según TELEFÓNICA, todos los operadores que han adquirido dichos canales han emitido el mismo canal lineal que TELEFÓNICA, conforme a los compromisos y las condiciones particulares de la Oferta Mayorista.

c) En relación con la eliminación de la publicidad de TELEFÓNICA en los canales ofertados en el servicio mayorista

Con fecha 2 de septiembre de 2015, ORANGE remitió un escrito a la CNMC en el que, entre otras cuestiones, denunciaba el incumplimiento del compromiso 2.9, apartado f, al haberse incluido autopromociones de TELEFÓNICA en los canales de fútbol, lo que perjudica a los operadores que adquieren estos canales, puesto que se ven forzados a emitir publicidad de su principal competidor (folios 14110-14130). Este hecho también fue denunciado por VODAFONE (folios 14394-14406 y 27895-27898) y TELECABLE (folios 13124-13135).

ORANGE aportó dos capturas de pantalla en las que aparece el logotipo de Movistar+ y los horarios de las retransmisiones deportivas de Canal+ Liga y Canal+ Partidazo.

Además, en las condiciones tipo de la oferta mayorista de canales remitida por TELEFÓNICA, se señala: “*el operador de televisión de pago podrá solicitar la exclusión de las autopromociones y las campañas publicitarias (...). Los precios para proceder a la mencionada exclusión de las autopromociones y las campañas publicitarias derivadas de la petición del operador de Televisión de Pago serán objeto de una valoración*”

específica y serán asumidos íntegramente por el operador de Televisión de Pago de conformidad con el Anexo Técnico (folio 145)”.

Esta cuestión se sometió a arbitraje de acuerdo a lo estipulado en el compromiso 5 (Arbitraje 3/2015). La Sala de Competencia del Consejo de la CNMC consideró que TELEFÓNICA debe entregar el Canal Abono Fútbol y el Canal Abono Fútbol 1, eliminando toda publicidad relativa a los productos de su marca sin coste adicional para el operador de televisión de pago que contrata el canal, dado que TELEFÓNICA ha decidido de forma unilateral la modificación de la señal de estos canales mayoristas, que han sido ofertados con distintos nombres y diferentes comentaristas de los que TELEFÓNICA comercializa a nivel minorista. TELEFÓNICA podría cobrar una señal diferenciada, pero sólo en el caso de que ofreciera el mismo canal que ofrece a sus clientes minoristas limpio de spots relativos a sus productos o servicios, pues sólo en este caso le supone un coste adicional realizar una nueva señal.

TELECABLE y EUSKALTEL también cuestionaron que TELEFÓNICA se reserve la posibilidad de que los canales que se ponen a disposición en la oferta mayorista conserven la marca comercial de la entidad resultante (folios 13131 y 13831) o la de sus productos y servicios, sin que el operador pueda alterarlas. Según estos operadores, ello permitiría a TELEFÓNICA promocionar sus servicios de comunicaciones electrónicas asociados a su marca a través del canal. Esta cuestión ha sido resuelta indirectamente en el arbitraje 2/2016 mencionado en el epígrafe 4.3.2 b).

Oferta mayorista Julio 2016

a) En relación con la adquisición del 50% de los canales que integran la oferta mayorista de TELEFÓNICA

La nueva oferta mayorista de canales *premium* de TELEFÓNICA permite, para aquellos operadores de televisión de pago que estén interesados, adquirir el 50% de los canales *premium* comercializados por la entidad oferente. Además, las nuevas condiciones particulares permiten a los operadores de pago que deseen acceder a los canales Moto GP y Fórmula 1 para la temporada 2017/2018, y que hayan contratado el canal Movistar Estrenos, rescindir anticipadamente éste último si ello es necesario para no superar el umbral máximo de contratación de canales permitido. Como ya se ha señalado, esta posibilidad ha quedado extendida a los canales de series, a raíz de la resolución del expediente de arbitraje (Arbitraje 2/2016).

Por otra parte, ORANGE ha denunciado que el desglose del canal series en dos canales (Movistar Series y Movistar Series Xtra) perjudica a los operadores de pago en la medida que afecta al cómputo del límite establecido en los compromisos (50%) sobre el número máximo de canales que pueden adquirirse (folios 33640-33655). Además, según ORANGE, esta división conllevará nuevos problemas derivados de la total ausencia de información de lo que realmente contendrá cada canal o la posible arbitrariedad en cuanto a la clasificación de las series en uno u otro canal. ORANGE añade que TELEFÓNICA podría cambiar una determinada serie de un canal a otro o variar su composición, devaluando el canal que el operador hubiera adquirido.

Esta controversia se ha sometido a procedimiento arbitral de acuerdo a lo estipulado en el compromiso 5 (Arbitraje 2/2016). El laudo arbitral de la Sala de Competencia del

Consejo de la CNMC de 15 de junio de 2017 señala que la pretensión de ORANGE de unificar los dos canales de series incluidos en la oferta mayorista de TELEFÓNICA de 2016 en un único canal, a semejanza del incluido en la oferta de 2015, es desproporcionada y supone una injerencia en la estrategia de la compañía que trasciende a los compromisos asumidos por TELEFÓNICA en el marco de la operación de concentración. Además, el laudo arbitral señala que se ha podido comprobar que, en las condiciones particulares del Canal Movistar Series, se especifica que presta especial foco a las series de contenido de drama y de comedia y enumera, a título ilustrativo, tres series determinadas (Better Call Saul, Orange is the New Black, Catastrophe). El Canal Movistar Series Xtra, por su parte, se dedica mayoritariamente a series de contenido de acción, thriller, ciencia-ficción y género fantástico y cita, a título ilustrativo, dos series determinadas (Penny Dreadful, Ray Donovan). Por tanto, el contenido de cada uno de los canales se encuentra suficientemente definido, sin que ORANGE haya aportado ninguna prueba de trasvase indebido de series *premium* entre estos dos canales, o de inclusión de series que no se corresponden con la descripción del canal que figura en las condiciones particulares.

Por otra parte, ORANGE cuestiona que Movistar Partidazo compute como canal al que se aplica la restricción del 50%, toda vez que la titularidad conjuntamente con Vodafone de los derechos de emisión del Campeonato Nacional de Liga de Primera y Segunda División y de la Copa de S.M. el Rey para clientes no residenciales para las temporadas 2016/2017 (Canal Liga TV), obliga a un acceso en condiciones de reciprocidad con TELEFÓNICA Canal+ Liga TV y Movistar Partidazo. El Laudo de la Sala de Competencia del Consejo de la CNMC de 15 de junio de 2017 en el arbitraje 2/2016 rechazó esta pretensión de ORANGE, como se ha indicado anteriormente.

b) En relación con la eliminación de la publicidad de los servicios de televisión de pago de TELEFÓNICA de los canales de la oferta mayorista

En la oferta mayorista de julio de 2016, TELEFÓNICA mantiene la denominación de los canales que ofrece a sus abonados⁹⁹.

Ello ha sido denunciado por ORANGE en su demanda de arbitraje (Arbitraje 2/2016). ORANGE considera que mantener la misma denominación equivale a una autopromoción o una campaña publicitaria, con efectos no solo sobre los servicios de televisión de pago, sino también sobre los servicios de comunicaciones electrónicas que se venden de forma conjunta.

El laudo arbitral de la Sala de Competencia del Consejo de la CNMC de 15 de junio de 2017 en el arbitraje 2/2016 considera que la exclusión de la denominación “Movistar” de los canales incluidos en la oferta mayorista de TELEFÓNICA solicitada por ORANGE es desproporcionada y supone una injerencia indebida en la estrategia de la compañía, que trasciende a los compromisos asumidos por TELEFÓNICA en el marco de la operación de concentración.

⁹⁹ “Movistar Partidazo”, “Movistar Series Xtra”; “Movistar Series”, “Movistar estrenos”, “Movistar F1” y “Movistar Moto GP”.

5.3.3 Compromiso 2.9 (h)

El compromiso 2.9 (h) establece: “*La entidad resultante no introducirá en los contratos firmados al amparo de esta oferta mayorista de canales limitaciones relativas a la emisión en alguna de las lenguas que han sido contratadas, calidad o modalidad de emisión, o los dispositivos autorizados, que vayan más allá de las limitaciones que hayan sido asumidas por la entidad resultante en los contratos con los proveedores de contenidos audiovisuales incluidos en el canal*”.

Oferta mayorista de julio de 2015

El 20 de noviembre de 2015, VODAFONE denunció el incumplimiento de este compromiso por reservarse TELEFÓNICA la exclusiva para emitir el partido Real Madrid-Barcelona el 21 de noviembre de 2015, en ultra alta definición (folios 15706-15711).

La Dirección de Competencia requirió a TELEFÓNICA aclaración sobre esta cuestión. TELEFÓNICA respondió indicando, que la emisión del partido Real Madrid Barcelona de 21 de noviembre de 2015 en “*ultra alta definición*” fue una emisión en pruebas, por lo que no podía garantizarse la calidad del servicio ni que su señal fuera accesible desde cualquier dispositivo, hecho que comunicó a sus competidores el 20 de noviembre de 2015, sin que ninguno de ellos mostrase interés en acceder a dicha señal (folios 26983-26984 y 27048-27051).

VODAFONE también reclamó en su escrito de 21 de septiembre de 2015 (folios 14394-14406) poder emitir los canales adquiridos a TELEFÓNICA con las funcionalidades adicionales que VODAFONE ha pactado con los proveedores de contenidos, aunque los contratos firmados por TELEFÓNICA con estos proveedores para adquirir los contenidos incluidos en dichos canales no lo permitan. VODAFONE considera que estas funcionalidades adicionales¹⁰⁰ permiten diferenciarse del resto de operadores de televisión de pago de cara al cliente y no pueden homogeneizarse en función de lo negociado por TELEFÓNICA.

Por otra parte, TELEFÓNICA ha exigido en las condiciones particulares de Canal+ Estrenos y Canal+ Series el envío de información sobre el número de clientes que acceden a *catch-up*, número de clientes que tienen *multiroom* y número de *Set-Top-Box* por cliente.

La Dirección de Competencia requirió a TELEFÓNICA que justificase la necesidad de recabar dicha información, y TELEFÓNICA respondió el 3 de junio de 2016 señalando que la información requerida está justificada porque así lo exigen algunos proveedores de contenidos al afectar al reporte de abonados y, por tanto, al coste cobrado por el contenido licenciado (folios 28736, 28743, 28744).

Si bien se ha verificado que algunas de estas limitaciones provienen de los proveedores de contenidos, cabe precisar, que la información sobre el número de clientes que acceden a cada contenido de *catch-up* no es requerida por [...] en su contrato de [...], contrariamente a lo que afirma TELEFÓNICA, ya que en dicho contrato se requieren datos, siempre que estén disponibles, sobre el número de abonados al servicio de SVOD

¹⁰⁰ Dispositivos *multiroom* u OTT, etc.

(integrado y *stand-alone*), que como ya se ha explicado a lo largo de este informe, TELEFÓNICA equipara al servicio de *catch-up*.

En cualquier caso, según afirma TELEFÓNICA, la información mencionada no ha sido suministrada por ningún operador durante la vigencia de la primera oferta mayorista y, en las condiciones particulares de estos canales en la segunda oferta mayorista de julio de 2016, ha desaparecido la obligación de enviar datos sobre el número de clientes que tienen *multiroom* y número de *Set-Top-Box* por cliente.

A su vez, VODAFONE (folios 14394-14406), TELECABLE (folios 13124-13135) y EUSKALTEL (folios 13821-13835) consideran que la negativa por parte de TELEFÓNICA a ofrecer canales en la oferta mayorista a operadores que tengan incumplimientos en cualquier relación comercial con la entidad oferente (condición tipo 3.4, folio 327) no es justificable.

Por otra parte, con fecha 7 de octubre de 2015, ORANGE remitió un escrito a la CNMC en el que, entre otras cuestiones, denunciaba la incompatibilidad de este compromiso con lo establecido en la condición tipo 18 de la oferta mayorista de canales de julio de 2015 (folios 14687- 4707). Otros operadores como VODAFONE (folios 14394-14406), TELECABLE (folios 13124-13135) y EUSKALTEL (folios 13821-13835) también denuncian esta condición.

La condición tipo 18 de la oferta mayorista señala: *“el operador suministrará a la Entidad Oferente, antes de iniciar su distribución, un ejemplar de todo el material publicitario, promocional o de marketing que tenga intención de distribuir o comunicar, ya sea del canal individualmente o paquetizado con otros productos del operador, con objeto de recabar su autorización previa (folios 152-153). La condición 18 también especifica en el último párrafo, “que en ningún caso, el operador se podrá dirigir directamente a los titulares originarios para obtener dichas autorizaciones” (folios 152-153).*

ORANGE considera que esta exigencia es contradictoria con lo señalado en el Anexo de condiciones particulares de Canal+ Series y de Canal+ Estrenos que establece, en su condición 12, que *“todo el material promocional del contenido incluido en el canal deberá ser proporcionado por DTS (...). Las creatividades realizadas sobre dicho material deberán ser aprobadas por el proveedor de contenidos e incorporar su copyright” (folios 407, 392, 13018, 13033).*

Esta controversia ha sido resuelta mediante procedimiento de arbitraje (Arbitraje 3/2015). El Laudo arbitral de la Sala de Competencia del Consejo de la CNMC de 21 de junio de 2016 señala que, si bien el compromiso 2.9 (h) no hace referencia explícita a la cuestión publicitaria, sí señala que la propia TELEFÓNICA se ha comprometido a no introducir limitaciones en la oferta mayorista de canales que vayan más allá de las que le han sido impuestas por los proveedores de los contenidos incluidos en dichos canales.

Por tanto, subordinar a autorización previa de TELEFÓNICA el material publicitario, promocional o de marketing del canal o de paquetes que lo contengan, así como cualquier acción comercial a ellos vinculada, es desproporcionado y discriminatorio con relación al compromiso adquirido por TELEFÓNICA con el proveedor del contenido audiovisual, pues para TELEFÓNICA el compromiso de someter a autorización previa el material sólo rige en caso de producción propia de este material de promoción.

A juicio del órgano arbitral sólo sería compatible con los compromisos contenidos en la Resolución de 22 de abril de 2015, un sistema en el que TELEFÓNICA se obligue a suministrar a todo operador de pago que adquiera los canales con contenido audiovisual el material de promoción facilitado por su propietario y el operador de pago se obligue a someter a autorización previa del titular originario del contenido cualquier material publicitario creado por el propio operador que introduzca modificaciones en el material de promoción suministrado por TELEFÓNICA, siempre que este titular originario se lo exija a TELEFÓNICA expresamente y se indique al operador de televisión de pago el punto de contacto con el titular originario del contenido del que se debe recabar la autorización.

Oferta mayorista de julio de 2016

La nueva oferta mayorista ha eliminado la exigencia de autorización previa por parte de TELEFÓNICA del material promocional de los contenidos incluidos en los canales comercializados a nivel mayorista. La condición 17 de la oferta tipo de julio de 2016 señala que TELEFÓNICA suministrará a los operadores de televisión de pago todo el material promocional del contenido incluido en los canales, debiendo estos operadores respetar las restricciones y limitaciones incluidas en cada anexo de canal, de conformidad con las condiciones que impongan los proveedores de contenidos. Cualquier material promocional elaborado por el Operador que no cumpla las restricciones y limitaciones previstas en el Anexo del Canal, será de su exclusiva responsabilidad (folios 33624-33625).

5.3.4 Compromiso 2.9 (i)

El compromiso 2.9 (i) establece: *“Los contratos firmados al amparo de esta oferta mayorista de canales no podrán establecer condiciones sobre la forma de comercializar a nivel minorista en España los canales adquiridos por terceros operadores de televisión de pago, que podrán distribuirlos a los consumidores finales a la carta o de forma empaquetada con otros canales del operador de televisión de pago, y empaquetados o no con servicios de comunicaciones electrónicas”*.

Oferta mayorista de julio de 2015

Los siguientes operadores, VODAFONE (folios 14394-14406), TELECABLE (folios 13124-13135) y EUSKALTEL (folios 13821-13835) denunciaron que las condiciones particulares de algunos canales ofertados por TELEFÓNICA, contienen limitaciones relacionadas con la comercialización de los mismos.

En particular, estos operadores se refieren a la exigencia de comercialización conjunta de los canales de motor.

Oferta mayorista de julio de 2016

El 13 de julio de 2016 ORANGE denunció determinadas limitaciones que afectan a la forma de comercializar a nivel minorista los canales adquiridos, lo que podría suponer un incumplimiento del compromiso 2.9, apartado i.

En concreto. ORANGE señala que las condiciones aplicables al Canal “Movistar Partidazo”, no permiten promocionar como gratis el canal, los contenidos o sus servicios

(folio 33560). Esta limitación no se aplicó en la oferta mayorista del canal similar en la anterior temporada.

ORANGE también denunció que este tipo de limitaciones se aplicaba también a los canales *premium* de cine y series (Movistar Estrenos, Movistar Series Xtra y Movistar Series) en los que además se añade una restricción adicional, la limitación del precio a cobrar por el decodificador para acceder a contenidos de calidad HD¹⁰¹.

Estas restricciones también fueron incluidas en el escrito que ORANGE remitió a la CNMC el 19 de septiembre de 2016 y que dio lugar al expediente de arbitraje (Arbitraje 2/2016).

El laudo arbitral de la Sala de Competencia del Consejo de la CNMC de 15 de junio de 2017 señaló que la restricción sobre el precio de los decodificadores en los canales de cine y series han sido impuestas por algunos proveedores por lo que estarían justificadas. De hecho, estas restricciones ya se contemplaban en las condiciones particulares del Canal+ Series incorporado en la oferta mayorista de 2015.

En cuanto a la prohibición que afecta al canal partidazo, el laudo arbitral de la Sala de Competencia del Consejo de la CNMC de 15 de junio de 2017 señaló que había perdido su objeto una vez que TELEFÓNICA modificó las condiciones particulares de Movistar Partidazo, eliminado esta restricción, justo al inicio efectivo de las competiciones futbolísticas nacionales.

5.3.5 Compromiso 2.9, apartado (j)

El compromiso 2.9 (j) señala:

“La oferta mayorista de canales propios Premium se hará en condiciones equitativas, razonables, objetivas, transparentes y no discriminatorias (...).”

Oferta mayorista de julio de 2015

Como ya se ha señalado, con fechas 2 de septiembre y 7 de octubre de 2015, ORANGE remitió sendos escritos a la CNMC (folios 14110-14130 y 14686.14804) en los que, entre otras cuestiones, denunciaba el incumplimiento del compromiso 2.9, apartado j, al incluir en el anexo de las condiciones tipo (Oferta de Referencia del Servicio de Entrega de Canales TV) de la oferta mayorista de canales de julio de 2015, la obligación de vincular los dispositivos OTT de alta definición (HD)¹⁰² al hogar del cliente (folio 93). TELEFÓNICA justifica esta limitación por la necesidad de evitar que una cuenta de usuario pueda ser utilizada por terceros no abonados.

La controversia fue resuelta mediante un procedimiento de arbitraje al que ya se ha hecho referencia (Arbitraje 3/2015), estableciendo el laudo arbitral de la Sala de Competencia del Consejo de la CNMC de 21 de junio de 2016 que la vinculación de los dispositivos OTT-HD al hogar del cliente es una condición inequitativa que no es compatible con lo previsto en este compromiso, en la medida en que TELEFÓNICA no

¹⁰¹ Movistar Estrenos (folios 33547 y 33550); Movistar Series Xtra (folios 33564 y 33566); y Movistar Series (folios 33571 y 33573).

¹⁰² Televisores conectados, videoconsolas de juego como PlayStation o XBOX y Set-Top-Box OTT.

establece esta limitación en su oferta de servicios OTT a través de YOMVI¹⁰³, y existen mecanismos alternativos para controlar el fraude.

Además, VODAFONE (folios 14394-14406 y 27895-27898) y TELECABLE (folios 13124-13835) han denunciado falta de transparencia por desconocer los costes que se imputan a los canales incluidos en la oferta mayorista y TELECABLE ha añadido que no se puede aceptar la posibilidad de que TELEFÓNICA modifique los precios de los canales si éstos se han enriquecido con contenidos que tengan un coste relevante, tal como viene recogido en la cláusula 14 de las condiciones tipo de la oferta mayorista de 2015.

Oferta mayorista de julio de 2016

La Dirección de Competencia ha verificado que la nueva oferta mayorista de canales propios *premium* lanzada por TELEFÓNICA en julio de 2016, no contempla esta exigencia de vincular el dispositivo HD al hogar del cliente (folio 33600).

La posibilidad de que TELEFÓNICA modifique los precios de los canales se recoge también en la cláusula 13 de la oferta mayorista de 2016.

5.3.6 Compromiso 2.9, apartado (k)

El compromiso 2.9, apartado k, señala:

“En el supuesto de que en la fecha de ejecución de la operación de adquisición de DTS, esté en vigor alguno de los actuales contratos para la distribución de Canal+1 y Canal+Liga, que DTS haya suscrito con otros operadores de televisión de pago, la entidad resultante se compromete a no modificar ni resolver anticipadamente ninguno de dichos contratos y a otorgar a la contraparte los siguientes derechos (...):

- Prorrogar la duración del contrato hasta que haya transcurrido un (1) mes desde la fecha de lanzamiento de la primera oferta mayorista (...);

- Resolver dicho contrato anticipadamente sin compensación alguna para DTS, salvo lo devengado hasta la fecha.”

TELECABLE (folios 13124-13135) denunció el 23 de julio de 2015 que Canal+1 y Canal + Liga se mantendrían hasta el 31 de julio de 2015, sin que la oferta mayorista de fútbol (producto plenamente sustitutivo de estos canales) esté a esa fecha en condiciones de accesibilidad para TELECABLE, por lo que se produciría un desfase temporal entre la desaparición del canal y la incorporación de la Oferta Mayorista. Según este operador, todo ello merma la competitividad a TELECABLE, desorienta al cliente y supone, al fin, una ventaja competitiva para TELEFÓNICA.

¹⁰³ Las especificaciones sobre este servicio están incorporadas en el Anexo II de las Condiciones Generales del Servicio de Televisión “Movistar+” (folio 13744-13746). En las últimas remisiones de estas condiciones a la CNMC por parte de TELEFÓNICA realizadas el 17 de marzo (folios 27686-27738) y 11 de mayo de 2016 (28253-28294) las especificaciones del servicio YOMVI de MOVISTAR+ se mantienen inalteradas.

5.4 Valoración del cumplimiento de los compromisos relacionados con la oferta mayorista de canales, excepto fijación de precios y replicabilidad

5.4.1 Canales puestos a disposición y determinadas obligaciones descritas en el Anexo 1

Compromiso 2.9 (apartados a, b, d, y anexo 1 apartados 3 y 4).

Tal como establece el compromiso 2.9 (a), TELEFÓNICA ha puesto a disposición de los operadores de televisión de pago que emiten en España, todos los canales propios *premium* que comercializa a nivel minorista.

Oferta mayorista julio 2015: Abono Fútbol, Abono Fútbol 1, Canal+ Estrenos, Canal+ Series, Movistar Moto GP y Movistar Fórmula 1.

Oferta Mayorista julio 2016: Movistar Partidazo, Movistar Moto GP, Movistar Fórmula 1, Movistar Estrenos, Movistar Series y Movistar Series Xtra.

Los criterios para definir un canal como *premium* vienen claramente descritos en el compromiso 2.9 (d), por lo que la Dirección de Competencia no comparte la denuncia¹⁰⁴ efectuada al respecto por TELECABLE y EUSKALTEL, que parecen asimilar a *premium* cualquier canal que DTS ofertaba con anterioridad a la operación de concentración. En concreto, estas denuncias hacen referencia a los canales Sportmanía y Cine Español, cuando claramente estos canales no están en la oferta minorista de TELEFÓNICA o no incluyen contenidos *premium*, conforme a la definición de los compromisos.

Otra cuestión muy distinta, que se analizará en el apartado correspondiente, es la venta al usuario final por parte de TELEFÓNICA, de canales *premium* empaquetados con otros canales que no tienen la categoría de *premium*.

En lo que se refiere a los plazos para dar a conocer la oferta mayorista de julio de 2015, como ya se ha señalado, TELEFÓNICA remitió el 5 de junio de 2015 a los operadores de televisión de pago la primera oferta mayorista de canales¹⁰⁵, es decir, antes de que transcurrieran tres meses desde la fecha en que la operación de concentración C/0612714 fuese firme en vía administrativa y con un mes de antelación a la incorporación de dichos canales a su plataforma IPTV, tal como se indica en el anexo 1, apartado 4 de los compromisos. La propia EUSKALTEL, que denuncia incumplimiento de estos plazos, confirma que recibió por e-mail el 5 de junio de 2015 y por burofax el 8 de junio de 2015 esta oferta mayorista y TELECABLE, que también denuncia este hecho, no aporta información sobre las fechas en las que ha recibido las ofertas mayoristas. Además, una vez que TELEFÓNICA dispuso de todos los derechos de emisión correspondientes a las competiciones de la Liga de Primera División de Fútbol y Copa de S.M. el Rey, comunicó con fecha 21 de julio de 2015 a la Dirección de Competencia, que había informado a los operadores de televisión de pago sobre la oferta mayorista de los canales Abono Fútbol y Abono Fútbol 1. EUSKALTEL indicó que recibió la oferta de

¹⁰⁴ Todas las denuncias de TELECABLE y EUSKALTEL que se valoran en este apartado (4.1.1.) están incluidas en los siguientes escritos: TELECABLE, de 23 de julio de 2015 (folios 13124-13135) y EUSKALTEL, de 25 de agosto de 2015 (folios 13821-13835).

¹⁰⁵ Canal+ Cine, Canal+ Series, Movistar Moto GP y Movistar Fórmula 1.

los canales de fútbol el 16 de julio de 2015 por e-mail y al día siguiente por burofax y TELECABLE tampoco aportó en este caso datos sobre la fecha de recepción de estas ofertas mayoristas. Por tanto, contrariamente a lo señalado por TELECABLE y EUSKALTEL, hay evidencias de que TELEFÓNICA ha cumplido los plazos establecidos en el Anexo 1, apartado 4 de los compromisos.

Además, la denuncia de TELECABLE sobre la imposibilidad de acometer los trabajos necesarios para poder acceder a los canales en el plazo establecido por TELEFÓNICA, ha quedado sin efecto dado que este operador aceptó la adquisición de los mismos en el plazo establecido, sin que TELECABLE haya acreditado que la adaptación de sus sistemas le ha impedido temporalmente disfrutar de esos canales.

Asimismo, TELEFÓNICA ha publicado en su página web y ha remitido a la CNMC y a los operadores de televisión de pago en los plazos establecidos, las condiciones tipo de las dos ofertas mayoristas realizadas (incluyendo las condiciones técnicas y los anexos particulares de los canales), así como sus sucesivas modificaciones y adaptaciones a lo pactado con otros operadores, salvaguardando así el principio de transparencia y no discriminación.

Sin perjuicio de determinadas condiciones que pudieran no ser compatibles con los compromisos, y que son analizadas en el epígrafe correspondiente al compromiso que se ve afectado, las condiciones tipo recogen la información necesaria para permitir a los operadores acceder a los canales de la oferta mayorista (características técnicas de los servicios, procedimientos para atender las solicitudes, precios o fórmulas de precios de cada servicio, etc.). Por tanto, a juicio de la Dirección de Competencia, no se dispone de indicios de que TELEFÓNICA haya incumplido lo establecido en el Anexo 1, apartado 3 de los compromisos.

Respecto a que TELEFÓNICA no ha dado la oportunidad de realizar una nueva selección de canales una vez obtenidos los derechos de emisión de la Liga Nacional de Fútbol en la temporada 2015/2016, según denuncian TELECABLE y EUSKALTEL, la Dirección de Competencia no tiene constancia de que se haya denegado a estos operadores tal posibilidad y ni TELECABLE ni EUSKALTEL han aportado evidencias que lo acrediten. Además, ambos operadores adquirieron los canales de la oferta mayorista el 27 y 28 de julio de 2015, momento en los que ya se habían ofertado todos los canales, incluido los de fútbol, que como ya se ha indicado, fueron contratados por TELECABLE.

Ahora bien, como ya se ha indicado, las condiciones tipo de las dos ofertas mayoristas (julio de 2015 y julio de 2016) señalan en su condición sexta *“en ningún caso se permitirá modificar la configuración de los canales elegidos por parte de un operador de televisión de pago”*.

Sin perjuicio de que los compromisos establecen claramente que el periodo de licencia del canal será de un año o una temporada para los canales que incluyan eventos deportivos (anexo 1, apartado 4), la imposibilidad de cancelar anticipadamente los contratos, junto con la ya comentada dificultad de compatibilizar la adquisición de los canales de motor con la adquisición de los canales de cine o series, dados los distintos periodos de comercialización, equivale a excluir de facto la posibilidad de adquirir los canales de motor por parte de otros operadores de televisión de pago, que deberán decidir entre adquirir estos canales con una antelación de ocho meses a su emisión,

renunciando durante ese periodo a disponer del número máximo de canales permitido en la oferta mayorista, o adquirir los canales de motor a partir de julio de cada año emitiendo la temporada incompleta, lo que desincentiva su adquisición por parte de los clientes actuales o potenciales.

No obstante, dado que en la primera oferta mayorista ningún operador contrató Movistar Fórmula 1 ni Movistar Moto GP, y que TELEFÓNICA ha mostrado su disposición a resolver este problema alcanzando un pacto con VODAFONE y la incorporación en la segunda oferta mayorista de julio de 2016 de una modificación en las condiciones particulares de acceso a Movistar Fórmula 1 y Movistar Moto GP, permitiendo que se puedan adquirir los derechos de emisión de estos canales para la temporada completa si los operadores que lo soliciten renuncian a la emisión de Movistar Estrenos, con el fin de no superar el umbral del 50%, la Dirección de Competencia considera que no se ha negado a ningún operador de televisión de pago que haya mostrado su intención de contratar los canales de motor el acceso a los mismos.

Todo ello sin perjuicio de que el laudo arbitral de la Sala de Competencia del Consejo de la CNMC de 15 de junio de 2017 en el arbitraje 2/2016, iniciado a solicitud de ORANGE, haya clarificado que la anterior rescisión anticipada para dar el salto a la contratación de temporadas completas de los canales de motor debe extenderse también a los operadores que contratan los canales de series de la oferta mayorista.

Por otro lado, cabe señalar que la Dirección de Competencia ha detectado que la redacción de la condición tipo (5) de la oferta mayorista de 2016, es ambigua y puede inducir a confusión.

La condición tipo 5 señala *“La Entidad Oferente publicará una nueva Oferta Mayorista Global de Canales el 1 de julio de cada año o cuando la Entidad Oferente cambie su oferta minorista incorporando o retirando canales sujetos a esta Oferta Mayorista”*.

Dado que TELEFÓNICA ha firmado contratos con otros operadores de televisión de pago que han adquirido canales con una vigencia determinada que figura en las condiciones particulares de cada canal, la Dirección de Competencia entiende que TELEFÓNICA se está refiriendo a la posible retirada de canales no adquiridos por terceros, cuyos derechos de emisión hayan expirado y no hayan sido renovados. Con objeto de que no haya lugar a interpretaciones erróneas, la Dirección de Competencia entiende que TELEFÓNICA deberá recoger esta matización en las condiciones tipo de las nuevas ofertas mayoristas que emita en el futuro.

Sobre la negativa de TELEFÓNICA a negociar las condiciones de la oferta mayorista de canales, hecho denunciado por VODAFONE, TELECABLE y EUSKALTEL, la Dirección de Competencia considera que el análisis de la compatibilidad o incompatibilidad de las actuaciones de TELEFÓNICA con los compromisos se debe hacer a la vista del resultado de dicha negociación en el marco del expediente de vigilancia. Asimismo, los compromisos contemplan la resolución de las divergencias surgidas entre las partes en el proceso negociador a través del procedimiento arbitral (compromiso 5).

En cualquier caso, no debe confundirse lo señalado en el Anexo 1, apartado 3, que permite que un operador pueda libremente pactar otras condiciones con TELEFÓNICA siempre que no sean discriminatorias y se de transparencia al contenido pactado, con la

obligación de TELEFÓNICA de aceptar las condiciones solicitadas por otros operadores. TELEFÓNICA puede libremente denegar condiciones planteadas por sus competidores, siempre que ello no suponga contradecir los compromisos asumidos.

En definitiva, la Dirección de Competencia considera que no se dispone de indicios de que TELEFÓNICA haya incumplido de forma sustancial sus obligaciones de puesta a disposición de los operadores de televisión de pago que emiten en España de todos los canales propios *premium* que comercializa a nivel minorista, en el plazo establecido en los compromisos, ni se dispone de indicios de que haya incumplido las obligaciones de envío de información y otras obligaciones contempladas en el Anexo 1, apartados 3 y 4. Todo ello sin perjuicio de las modificaciones que se han introducido o se deben introducir en las condiciones tipo y condiciones particulares de esta oferta mayorista, a fin de ajustarlas de forma más adecuada a lo previsto en los compromisos.

5.4.2 Obligatoriedad de ofertar en el mercado mayorista canales lineales y servicios SVOD.

Compromiso 2.9 apartados (c, y g) y anexo 2 (apartado 2.1.c)

TELEFÓNICA está obligada a ofertar a otros operadores de televisión canales propios *premium* y servicios asimilados (SVOD) y deberá enviar a los proveedores de contenidos con los que haya suscrito contratos con anterioridad a la entrada en vigor de los compromisos, un escrito en el que otorgue la posibilidad de sublicenciar los derechos adquiridos modificando aquellos contratos que actualmente no lo permiten.

Según la información disponible, TELEFÓNICA ha enviado en plazo los escritos mencionados, si bien se ha limitado a solicitar autorización para revender los canales lineales, sin hacer referencia a la posibilidad de sublicenciar contenidos individuales para su emisión en la modalidad de SVOD, y lo ha justificado por el hecho de no comercializar a nivel minorista un servicio SVOD de contenidos *premium*.

En su lugar, TELEFÓNICA ha emitido los contenidos de series adquiridos para su emisión en SVOD únicamente a los abonados al canal lineal y los ha equiparado a un servicio de *catch-up*.

TELEFÓNICA parece querer asimilar la emisión de los contenidos en modalidad SVOD a la emisión en *catch-up*, sobre la base de que algunos proveedores no limitan el periodo de disponibilidad de los contenidos adquiridos para emitir en *catch-up* y por el hecho de que estos contenidos solo pueden visualizarse por los abonados al canal lineal y no requieren de un pago adicional.

Sin embargo, a juicio de la Dirección de Competencia, ninguno de los anteriores argumentos puede servir para asimilar derechos de emisión en la modalidad de *catch-up* a derechos de emisión en SVOD.

Como ya se ha señalado, ni de la literalidad de los contratos, donde en muchos de ellos no se licencian derechos de *catch-up* sino de SVOD integrado, ni de la forma de emitir los contenidos (pases ilimitados, tiempo transcurrido entre el último pase de emisión lineal y fecha última de disponibilidad de *catch-up* superior a uno-dos años, y en ocasiones acceso a los contenidos sin haberse emitido previamente en modalidad lineal) puede deducirse que se trate de un servicio de *catch-up*.

A juicio de la Dirección de Competencia, no puede considerarse *catch-up* la emisión de títulos para los que ha transcurrido un largo periodo de tiempo entre la emisión del último pase lineal y la fecha de disponibilidad última de la emisión en *catch-up* (en este caso se encuentran un [...] % de los títulos emitidos).

Además, el servicio de *catch-up* se encuentra vinculado a la emisión lineal y los contenidos disponibles en *catch-up* tienen que haberse emitido, anterior o simultáneamente, en emisión lineal por el mismo operador”, ya que se trata de un servicio indisoluble a la oferta de programación lineal.

Por tanto, no puede defenderse que la emisión de contenidos audiovisuales que no son emitidos previa o simultáneamente en modalidad lineal son emisiones de *catch-up*. La propia TELEFÓNICA ha reconocido que en algunos casos ha hecho uso de servicios SVOD y los ha añadido a los contenidos de *catch-up* asociados al Canal+ Series. Entre ellos se encuentran importantes series como: [...].

Según TELEFÓNICA, el número de contenidos emitidos en modalidad *catch-up* sin haber sido previamente emitidos en modalidad lineal tiene carácter residual. Sin embargo, a juicio de la Dirección de Competencia, se trata de series de gran audiencia, por lo que la cuota que alcancen en términos de número de contenidos respecto del total de series emitidas por TELEFÓNICA no es un elemento representativo de la importancia de estas series para los consumidores.

Tampoco puede defenderse que por el mero hecho de que los contenidos emitidos en modalidad SVOD estén disponibles únicamente a los abonados al canal lineal, deban considerarse emisiones en modalidad *catch-up*. Como se ha mencionado, hay contratos que licencian claramente servicios de SVOD *stand-alone*, que permiten su emisión sin coste adicional para el abonado, y la propia TELEFÓNICA comercializa un servicio de SVOD de títulos de librería que no puede ser adquirido de forma independiente, y no por ello se considera un servicio de *catch-up*.

Como ya se ha indicado, los contratos definen el servicio SVOD como la puesta a disposición del público de una serie de títulos sujeto al pago de una suscripción o cuota periódica, vinculada o no a una cuota de televisión de pago, de una serie de obras que permita visualizarlas en el momento que el cliente elija. Es importante la matización que en estas definiciones se recogen (vinculada o no a una cuota de televisión de pago), no pudiendo, por tanto, considerar que solo por no pagarse un gasto adicional al de la suscripción lineal, deba asimilarse el servicio SVOD a un servicio de *catch-up*.

En definitiva, a juicio de la Dirección de Competencia, TELEFÓNICA ha diseñado una estrategia para evitar la prestación de un servicio minorista SVOD *stand-alone* de contenidos *premium* (que sí prestaba con anterioridad a la operación de concentración), que estaría obligada a poner a disposición del resto de operadores de televisión, realizando de forma consciente una interpretación del significado de las distintas ventanas de emisión totalmente alejada de la realidad.

Sin perjuicio de lo anterior, teniendo en cuenta que la mayoría de los contratos suscritos con las *majors* no diferencian los contenidos según la modalidad de emisión adquirida (SVOD integrado o SVOD *stand-alone*), que los propios contratos ligan la emisión en la modalidad SVOD integrada a la emisión lineal, que TELEFÓNICA ha puesto a

disposición de los operadores de televisión que han adquirido los canales de la oferta mayorista de series los contenidos emitidos en modalidad SVOD para ser emitidos en las mismas condiciones que TELEFÓNICA, y que los distribuidores de contenidos no suelen autorizar la sublicencia de contenidos individuales, la Dirección de Competencia considera que no se dispone de indicios de incumplimiento sustancial por parte de TELEFÓNICA de los compromisos 2.9 c) y g).

5.4.3. Determinadas condiciones de comercialización de la oferta mayorista. Compromiso 2.9 (apartados e, f, h, i, j, k)

El compromiso 2.9 (e) establece que TELEFÓNICA deberá permitir contratar sus canales propios *premium* a la carta, al menos a los clientes finales del paquete de televisión de pago básico más contratado en la plataforma IPTV de televisión de pago.

Sin embargo, sólo es posible contratar en el mercado minorista canales *premium* de TELEFÓNICA a la carta a partir de productos trío (teléfono fijo+banda ancha fija+televisión), pero este tipo de productos es contratado por un número muy reducido de clientes. Además, no es posible contratar estos servicios vía internet y la presentación de TELEFÓNICA enviada como prueba de que esta contratación es posible mediante venta asistida, se refiere a la contratación de servicios de televisión vía satélite.

En cuanto a la página web a la que TELEFÓNICA se remite donde figura un número de teléfono para contratar canales individuales, se trata de una página de imposible o muy difícil localización dentro de la página web principal de comercialización de la televisión de pago IPTV de TELEFÓNICA, y a la que contrariamente a lo afirmado por TELEFÓNICA, sus comerciales no facilitan el acceso, por lo que la contratación de canales *premium* individuales se torna inviable en la práctica para la mayor parte de los clientes.

A estos efectos, es indiferente la relación jurídica que mantenga TELEFÓNICA con las oficinas que comercializan sus productos, dado que la estrategia comercial la marca la propia TELEFÓNICA. Además, dos de las sedes comerciales que fueron visitadas por las funcionarias de la CNMC, son gestionadas por empresas pertenecientes al grupo TELEFÓNICA.

Los productos básicos (productos que no incluyen por defecto canales *premium*) más contratados de la plataforma de IPTV de TELEFÓNICA son los llamados Fusión+ (antes Fusión Alto Valor), y ha quedado acreditado en las visitas realizadas a las oficinas comerciales de TELEFÓNICA, a través del número de atención al cliente de esta Compañía y mediante el acceso al sistema de contratación vía internet de TELEFÓNICA, que los canales *premium* de TELEFÓNICA no pueden ser contratados de forma individual a partir de estos productos Fusión+ básicos, sino que deben ser contratados de forma empaquetada por módulos temáticos que incluyen varios canales (cine, series, motor y fútbol).

A partir de agosto de 2016, TELEFÓNICA dispone de un único canal propio *premium* de fútbol (Movistar Partidazo) y el cliente que quiera adquirirlo debe obligatoriamente contratar un paquete superior al paquete básico Fusión+ (Fusión+2, Fusión+2 Premium Extra, o Fusión+4 Premium Extra). Ninguno de estos tres servicios se corresponde con un paquete básico de contratación.

TELEFÓNICA no ha aportado en sus alegaciones de 31 de octubre de 2017 nueva información que permita verificar la posibilidad de contratar de forma clara canales *premium* individuales en la plataforma IPTV a partir del producto básico más contratado (Fusión+), durante el periodo julio 2015 a julio 2017. Al contrario, los documentos a los que remite TELEFÓNICA (página web de contratación de servicios de televisión de pago) vuelven a confirmar que no es posible contratar estos canales *premium* a la carta a partir de productos Fusión y que solo podrían ser contratados a través de un teléfono que figura en una página web de difícil acceso, a la que, contrariamente a lo que afirma TELEFÓNICA, sus comerciales no facilitan el acceso.

TELEFÓNICA únicamente habría justificado la necesidad de comercializar conjuntamente los canales Movistar Moto GP y Movistar Fórmula 1 para los clientes que soliciten acceder a éste último canal, por la obligatoriedad recogida en el contrato de adquisición de los derechos de emisión de Fórmula1¹⁰⁶. Pero si un cliente quiere acceder únicamente al canal Movistar Moto GP, TELEFÓNICA debería ofrecerlo a la carta al menos para los clientes que tienen contratado el paquete básico Fusión+ alta velocidad y, sin embargo, TELEFÓNICA no permite esta opción.

El mensaje enviado por TELEFÓNICA del foro Movisfera (folio 44795) como prueba de que este tipo de contratación es posible, está fechado en agosto de 2017 y en este informe se han analizado las actuaciones de TELEFÓNICA hasta el 20 de julio de 2017. Además, el usuario contrata a la carta el canal Partidazo a través del producto Fusión+2 Ficción, que no es un paquete básico, ya que incluye por defecto canales *premium* y se comercializa a un precio superior al paquete básico del producto Fusión+. Asimismo, esta contratación no se ha efectuado a través de la aplicación informática de TELEFÓNICA y el usuario pone de manifiesto la dificultad en la contratación de canales *premium* a la carta, como se desprende del texto del mensaje: “*al final lo he conseguido hacer a través del 900 104 373 (...) el comercial que me atendió lo ha hecho en 5 minutos sin ningún problema*”.

Si con posterioridad a enero de 2017, a raíz de conocer TELEFÓNICA la investigación llevada a cabo por dos funcionarias de la CNMC, esta empresa ha dado nuevas instrucciones a sus comerciales para facilitar la contratación a la carta de sus canales *premium*, este operador está reconociendo implícitamente que con anterioridad no se facilitaba esta contratación.

La Dirección de Competencia considera legítimo que TELEFÓNICA promueva una estrategia comercial que incentive la comercialización minorista empaquetada de sus canales *premium*, y sin que necesariamente deba hacer una promoción activa de la venta individualizada de estos canales, sí está obligada a permitir a los usuarios que puedan acceder a los mismos de forma individualizada, facilitando su contratación tanto a través de su plataforma online, sus descodificadores, así como vía telefónica o de forma presencial en las tiendas que comercializan sus servicios.

En este sentido, la Dirección de Competencia entiende que el compromiso 2.9.e) obliga a TELEFÓNICA a permitir la contratación a la carta de los canales *premium* de su oferta

¹⁰⁶ Contrato de 12 de febrero de 2014 (folios 3068).

mayorista por sus clientes finales del paquete de televisión de pago básico más contratado en la plataforma IPTV de televisión de pago, por las mismas vías en los que estos canales se comercializan de forma empaquetada a estos clientes. Y estas vías incluyen la plataforma online, los descodificadores, la vía telefónica (incluido el número 1004) y las tiendas que comercializan sus servicios.

A estos efectos, es especialmente significativo que TELEFÓNICA si permite la contratación a la carta de otros canales, como Toros o Playboy TV, a través de estas vías, por lo que su política de comercialización de canales a la carta no sería consistente para todos los canales.

Si se aceptase el comportamiento de TELEFÓNICA en el periodo analizado, este compromiso estaría vacío de contenido, al obstaculizar TELEFÓNICA de forma indebida la contratación a la carta de los canales *premium* de la oferta mayorista.

Las cifras de altas en canales *premium* a la carta remitidas por TELEFÓNICA, muestran efectivamente una tendencia creciente de la contratación individual de estos canales, pero a juicio de la Dirección de Competencia, este tipo de contratación es todavía marginal en comparación con las cifras totales de abonados a estos canales en la plataforma IPTV, proporcionadas trimestralmente por TELEFÓNICA a la CNMC. En concreto, en septiembre de 2017, el número de abonados a la carta en la plataforma IPTV representa todavía menos del [...]% en el canal Movistar Partidazo, y porcentajes inferiores al [...]% en el resto de canales *premium* (folio 44686).

La dificultad de contratar canales individuales a partir del producto básico más contratado (Fusión+) cobra importancia por la diferencia de precios entre un canal individual y un paquete de canales.

En el caso del fútbol, con anterioridad a julio de 2016, TELEFÓNICA comercializaba conjuntamente el paquete fútbol (Canal+ Liga, Canal+ Partidazo y otros acontecimientos futbolísticos) a 25 euros, mientras que estos dos canales tenían un precio individual de 13,50 euros y 9,50 euros respectivamente. Con posterioridad, Movistar Partidazo se comercializa a un precio de 10 euros, mientras que la diferencia de precio entre contratar Fusión+ (50 Mb) y Fusión+2 (obligatorio para acceder a Movistar Partidazo) es de 30 euros con ADSL y de 40 euros con Fibra. Si bien es cierto que este último paquete tiene prestaciones adicionales de banda ancha fija y móvil, el cliente ve reducida su capacidad de elección y debe obligatoriamente aceptar mayores prestaciones y un incremento de precio considerable.

Los canales *premium* de cine y series también se venden de forma empaquetada a un precio superior al de los canales individuales.

Por tanto, la Dirección de Competencia considera que TELEFÓNICA podría estar incumpliendo el compromiso 2.9 (e), tanto en relación con los canales de la oferta mayorista de julio de 2015, como en relación con los canales de la oferta mayorista de julio de 2016.

En todo caso, TELEFÓNICA ha manifestado, con fecha 11 de diciembre de 2017, su compromiso de tener disponible a lo largo del mes de enero de 2018, en su página web, la posibilidad de acceder a sus canales *premium* a la carta a partir del paquete básico más contratado en la plataforma IPTV (Fusión+Fútbol).

Efectivamente, a fecha 26 de diciembre de 2017, la página de inicio de la web de Movistar informa sobre la posibilidad de adquirir canales *premium* a la carta a través de venta asistida por el teléfono 900 200 477.

Sin embargo, TELEFÓNICA no ha acreditado que esta contratación a la carta esté disponible a través de otras vías (plataforma online, descodificadores, 1004 o tiendas físicas), en las que sí es posible contratar los canales *premium* empaquetados u otros canales a la carta, como Toros o Playboy TV.

El compromiso 2.9 (f) establece limitaciones sobre el número de canales que pueden ser adquiridos por operadores de televisión de pago en dicha oferta mayorista (50%), y las condiciones en las que se pueden ofertar versiones adaptadas de dichos canales.

De acuerdo a lo estipulado en este compromiso, TELEFÓNICA ha puesto a disposición del resto de operadores de televisión de pago, tanto en la oferta mayorista de julio de 2015 como en la de julio de 2016, todos los canales *premium* propios que comercializa a nivel minorista, y los operadores han podido adquirir el 50% de dichos canales. Dentro de ambas ofertas mayoristas TELEFÓNICA ha incluido, tal como establece el compromiso 2.9 (f), los canales que contienen partidos de Liga de Primera División de Fútbol y Copa de S.M. el Rey de Fútbol, que contrariamente a lo que sostiene ORANGE en su demanda de arbitraje (Arbitraje 2/2016) y de acuerdo a lo manifestado por el Consejo de la CNMC en el Laudo de 15 de junio de 2017, deben computar de cara al cálculo del 50% ya que no han superado por sí mismos dicho límite.

En lo que se refiere a la prohibición de sublicenciar los canales adquiridos por los operadores de televisión de pago (condición tipo 11), hecho denunciado¹⁰⁷ por VODAFONE, TELECABLE y EUSKALTEL, la Dirección de Competencia no lo considera un incumplimiento de los compromisos, porque efectivamente se está permitiendo que las empresas de un mismo grupo adquieran canales de la oferta mayorista de TELEFÓNICA (caso de VODAFONE cuando adquirió ONO), siempre que no se supere el 50% de los canales ofertados a nivel de grupo y lo único que se exige es notificarlo a TELEFÓNICA.

La condición tipo 2 es clara al respecto: *“En el caso de que dos o más operadores de Televisión de Pago mediante cualquier forma de asociación o acuerdo tuviesen la intención de coordinar o complementar de forma activa frente al consumidor final su oferta minorista de Televisión de Pago, estarán obligados a comunicárselo formalmente a la Entidad Oferente y actuarán a todos los efectos respecto de esta oferta como un solo adquirente, en particular en lo que afecta al cómputo del límite del 50% de canales a los que tiene acceso, según se determina la condición 6 de estas Condiciones Tipo”*.

Tampoco considera la Dirección de Competencia que el desglose de los canales de fútbol de la primera oferta mayorista sea incompatible con los compromisos, tal como denunciaron TELECABLE y EUSKALTEL, especialmente porque era una práctica habitual con anterioridad a la operación de concentración. De hecho, DTS emitía los

¹⁰⁷ Todas las denuncias relacionadas con este compromiso 2.9 (f) se incluyen en los siguientes escritos: VODAFONE (folios 14394-14496 y 27895-27898); TELECABLE (folios 13124-13135) ; EUSKALTEL (folios 13821-13835) ; ORANGE (folios 14110-14130).

partidos de Liga en dos canales: Canal+ 1 que incluía un partido por jornada de Liga de fútbol de primera división, y Canal+ Liga, que incluía ocho partidos por jornada.

El desglose de los canales de series de la segunda oferta mayorista, también es compatible con los compromisos, según el laudo de 15 de junio de 2017 en el Arbitraje 2/2016). La Sala de Competencia del Consejo de la CNMC señala que TELEFÓNICA tiene un amplio margen de libertad para configurar su oferta mayorista de acuerdo con sus intereses, en la medida en la que disponga de los derechos correspondientes, y que, dadas las circunstancias que rodean la oferta mayorista de julio de 2016, la pretensión de ORANGE de unificar los canales de series *premium* es desproporcionada y supone una injerencia en la estrategia de la compañía que trasciende a los compromisos asumidos por TELEFÓNICA en el marco de la operación de concentración.

Según indica TELEFÓNICA, sin que haya sido desmentido por ningún operador de televisión, no se han producido versiones adaptadas de ninguno de los canales de ficción (Canal+ Estrenos y Canal+ Series) de la oferta mayorista de julio de 2015 ni de la oferta mayorista de 2016 (Movistar Estrenos, Movistar Series y Movistar Series Xtra). Tampoco se han modificado las señales de los canales Movistar Moto GP y Movistar Fórmula 1 en las dos ofertas mayoristas realizadas hasta la fecha, ni la señal del canal Movistar Partidazo ofertado en julio de 2016. Por lo tanto, todos los operadores que han adquirido dichos canales han emitido el mismo canal lineal que TELEFÓNICA (excluyendo las autopromociones), conforme a los compromisos y las condiciones particulares de la Oferta Mayorista.

Por el contrario, como ya se ha indicado, en la oferta mayorista de julio de 2015, los canales de fútbol fueron entregados con señal diferenciada respecto de la emitida por TELEFÓNICA y se incluyeron puntualmente autopromociones de TELEFÓNICA. En relación con este asunto, el laudo emitido el 21 de junio de 2016 por la Sala de Competencia del Consejo de la CNMC en el procedimiento de arbitraje 3/2015 estimó que procedía retirar la publicidad de los canales Abono Fútbol y Abono Fútbol 1 sin coste para los operadores de televisión de pago, dado que TELEFÓNICA había decidido unilateralmente entregar versiones adaptadas de estos canales, por lo que la retirada de su publicidad no suponía mayores gastos.

Por último, la conservación de la marca comercial de la entidad resultante en los canales ofertados a otros operadores de televisión de pago tampoco puede considerarse un incumplimiento de los compromisos. Esta cuestión ha sido abordada en el Arbitraje 2/2016, iniciado a solicitud de ORANGE, y la Sala de Competencia del Consejo de la CNMC ha concluido en el laudo arbitral de 15 de junio de 2017 que el uso de la marca Movistar por parte del operador propietario de dicha marca es una decisión de política comercial que TELEFÓNICA es libre de asumir y que, además, está en línea con (i) el uso de su propia marca por parte de otros proveedores de contenidos (como por ejemplo Fox o Disney); (ii) con la práctica existente en otros países (BT Sport en el Reino Unido); e incluso (iii) con la denominación comercial empleada por Orange en Francia a la hora de ceder contenidos a terceros (*Orange Cinéma et Séries*, OCS). El órgano arbitral también señala que la edición de una versión adaptada de sus canales es una facultad de TELEFÓNICA y no un derecho de los operadores de pago que adquieren dichos canales.

A la vista de lo anterior, sin perjuicio de que TELEFÓNICA ha podido incumplir puntualmente el compromiso 2.9 (f) en relación con los canales de fútbol de la oferta mayorista de julio de 2015, al haber incluido publicidad sobre la programación de los canales de fútbol de TELEFÓNICA y el logotipo de la compañía, en al menos dos ocasiones, la Dirección de Competencia no dispone de indicios que justifiquen que este incumplimiento sería lo suficientemente sustancial y reiterado como para recomendar la apertura de un expediente sancionador contra TELEFÓNICA por esta cuestión.

El compromiso 2.9 (h) prohíbe a TELEFÓNICA introducir en los contratos de la oferta mayorista de canales, restricciones que vayan más allá de las exigidas por los proveedores de contenidos audiovisuales.

En relación con la denuncia¹⁰⁸ de VODAFONE sobre la emisión por parte de TELEFÓNICA de un partido en ultra alta definición en noviembre de 2015 no puede considerarse, a juicio de la Dirección de Competencia, un incumplimiento de este compromiso, en la medida que se trataba de una emisión en pruebas de la que se informó al resto de operadores.

Además, la Dirección General ha verificado que otro tipo de limitaciones impuestas por TELEFÓNICA (número de dispositivos autorizados de *Set-Top-Box* y OTT) derivan de los contratos firmados por esta compañía con los proveedores de contenidos y lo que no se puede pretender, como sugiere VODAFONE, es que se permita a los operadores de televisión de pago que emiten los canales editados por TELEFÓNICA, aplicar a los contenidos adquiridos en exclusiva por TELEFÓNICA e incluidos en dichos canales lo pactado por otros operadores.

Asimismo, las exigencias por parte de TELEFÓNICA de que los operadores que han adquirido los canales de cine y series suministren determinada información¹⁰⁹, está justificada porque así lo exigen algunos proveedores de contenidos al afectar al reporte de abonados y por tanto, al coste cobrado por el contenido licenciado (folios 28736, 28743, 28744). No obstante, como ya se ha señalado, la exigencia de suministrar parte de esta información (clientes con *multiroom* y número de *Set-Top-Box* por cliente) no estaría justificada y ha desaparecido de las condiciones de la segunda oferta mayorista.

Respecto a la negativa de TELEFÓNICA de suministrar canales propios en la oferta mayorista a operadores que tengan incumplimientos en cualquier tipo de relación comercial con la entidad oferente, es, a juicio de la Dirección de Competencia una medida razonable, siempre y cuando no se utilice esta vía para denegar el acceso a sus canales de forma arbitraria e injustificada. Hasta la fecha, no se tiene conocimiento de que TELEFÓNICA haya hecho uso de esta cláusula.

Por el contrario, la exigencia de que los operadores de televisión de pago que han adquirido canales en la oferta mayorista de TELEFÓNICA adelanten a esta compañía

¹⁰⁸ Todas las denuncias relacionadas con el compromiso 2.9 (h) se incluyen en los siguientes escritos: VODAFONE (folios 15706-15711 y 14394-14406); TELECABLE (folios 13124-13135) ; EUSKALTEL (folios 13821-13835) ; ORANGE (folios 14687-14707) y expediente de arbitraje 3/2015.

¹⁰⁹ Número de clientes que acceden a *catch-up*, número de clientes que tienen *multiroom* y número de *Set-Top-Box* por cliente.

todo el material promocional para su autorización previa, va más allá de las obligaciones derivadas de los contratos suscritos con los proveedores de contenidos audiovisuales, tal y como ha constatado el laudo de la Sala de Competencia del Consejo de la CNMC de 21 de junio de 2016 en el expediente Arbitraje 3/2015. De la lectura de estos contratos se desprende que la autorización de las modificaciones sobre el material de publicidad proporcionado corresponde, en su caso, a dichos proveedores.

Las condiciones generales aplicables a la oferta mayorista de 2016 no incluyen la anterior exigencia y se limitan a exigir a los operadores de televisión de pago que respeten las condiciones que impongan los proveedores de contenidos en materia de publicidad.

Por tanto, TELEFÓNICA podría haber incumplido el compromiso 2.9.h), al haber incluido en las condiciones generales de la oferta mayorista de 2015 obligaciones a los operadores de televisión de pago que no están justificadas de acuerdo a las obligaciones adquiridas por TELEFÓNICA con sus proveedores de contenidos.

No obstante, la Dirección de Competencia considera que este incumplimiento no sería lo suficientemente sustancial como para recomendar la apertura de un expediente sancionador contra TELEFÓNICA por esta cuestión, especialmente porque la Dirección de Competencia no tiene constancia de que los operadores adquirentes de los canales de la oferta mayorista de julio de 2015 hayan solicitado la autorización previa de TELEFÓNICA respecto a sus materiales promocionales.

El compromiso 2.9 (i) otorga libertad a los operadores de televisión de pago que han adquirido canales *premium* de TELEFÓNICA, a la hora de comercializar en el mercado minorista estos canales.

Las denuncias de algunos operadores¹¹⁰ sobre la exigencia plasmada en las condiciones particulares de comercialización en la oferta mayorista del canal Movistar Fórmula 1, de comercializar de forma empaquetada este canal con Movistar Moto GP, no pueden ser aceptadas porque como ya se ha señalado, la Dirección de Competencia ha verificado que efectivamente es una exigencia impuesta por el proveedor de los derechos de emisión de Fórmula1, en el supuesto de que el operador de televisión disponga de los derechos de ambas competiciones (Fórmula 1 y Moto GP), sin perjuicio de que sí podrían comercializar de forma individualizada el canal Movistar Moto GP¹¹¹.

Por otra parte, ORANGE denunció que en las condiciones particulares aplicables a la distribución del canal Movistar Partidazo remitidas a la CNMC el 13 de julio de 2016, figura la prohibición de promocionar como gratis el canal, los contenidos o sus servicios (folio 33560). Sin embargo, estas condiciones particulares fueron modificadas el 21 de julio de 2016 y en ellas han desaparecido este tipo de prohibiciones (folios 33888-33896), por lo que no han llegado a ser aplicadas. En el mismo sentido se pronuncia el laudo arbitral de la Sala de Competencia del Consejo de la CNMC de 15 de junio de 2017 en el expediente Arbitraje 2/2016.

¹¹⁰ VODAFONE (folios 14394-14406); TELECABLE (folios 13124-13135); EUSKALTEL (folios 13821-13835).

¹¹¹ Sin que la Dirección de Competencia tenga constancia de que a ningún operador se le ha denegado esta opción. De hecho, OBWAN ha podido adquirir y comercializar de forma individualizada el canal Movistar Moto GP, sin necesidad de adquirir o vincularlo con Movistar Fórmula 1.

En lo que se refiere a los canales *premium* de cine y series, las restricciones denunciadas por ORANGE relativas a la prohibición de promocionar como gratis el canal y a la limitación del precio a cobrar por los decodificadores, fueron examinadas en el expediente de arbitraje 2/2016. Estas restricciones también figuraban en las condiciones aplicadas a este tipo de canales en la oferta mayorista de julio de 2015, lo que motivó un requerimiento de información por parte de la Dirección de Competencia a TELEFÓNICA que fue respondido el 30 de junio de 2016 (folios 2389-2414). En su respuesta, TELEFÓNICA indicó que son restricciones exigidas por los proveedores de contenidos y se remitió a algunos contratos todavía vigentes que establecen estas limitaciones¹¹². Por tanto, se trata de restricciones compatibles con los compromisos. En el mismo sentido se ha pronunciado la Sala de Competencia del Consejo de la CNMC en el expediente (Arbitraje 2/2016).

A juicio de la Dirección de Competencia, no es viable la propuesta de VODAFONE de establecer diferentes condiciones según las limitaciones impuestas por cada proveedor, dado el elevado número de contenidos que forman la parrilla de cada canal procedentes de diferentes contratos, diferentes proveedores e incluso por la incertidumbre sobre los contenidos que finalmente se van a emitir en función de las disponibilidades y de que algunos contenidos pueden proceder de futuros contratos para los que se desconocen los términos en los que finalmente serán suscritos.

Por tanto, con la información disponible, la Dirección de Competencia considera que no dispone de indicios de que TELEFÓNICA haya incumplido con lo señalado en el compromiso 2.9 (i) en el lanzamiento de ambas ofertas mayoristas de canales (julio de 2015 y julio de 2016).

El compromiso 2.9 (j) señala que la oferta mayorista de canales propios *premium* se hará en condiciones equitativas, razonables, objetivas, transparentes y no discriminatorias.

La falta de transparencia alegada por VODAFONE y TELECABLE por desconocer los costes de producción y contenidos incluidos en los canales ofertados por TELEFÓNICA, no puede ser aceptada, porque se trata de información interna de la empresa o derivada de contratos privados y, por tanto, potencialmente confidencial, cuyo conocimiento por terceros podría perjudicar significativamente a las partes.

En todo caso, la CNMC ya ha abordado esta cuestión en la Resolución de 4 de mayo de 2017 en relación con el cálculo y distribución del coste mínimo garantizado de los canales futbolísticos de la oferta mayorista de julio de 2015, en la que se pone de manifiesto que esta revisión de los costes de adquisición y producción de los contenidos de los canales *premium* de la oferta mayorista de TELEFÓNICA, a fin de verificar que se respeta lo establecido en los compromisos de cara al cálculo de los precios mayoristas de los canales, corresponde a la CNMC, y no a los demandantes de dichos canales de la oferta mayorista.

Asimismo, la Dirección de Competencia, en el marco del expediente de vigilancia, ha efectuado un análisis de estos costes de cara al análisis de los precios variables (coste

¹¹² Contratos: [...]

por abonado; CPA) que TELEFÓNICA ha aplicado a los canales de la oferta mayorista, cuyo resultado se expone en el siguiente epígrafe.

No resulta eficiente ni práctico realizar este análisis con carácter previo al lanzamiento de la oferta mayorista, como sugiere TELECABLE, porque en los canales de cine y series no se conoce con exactitud todos los contenidos que van a ser incluidos, y algunos de ellos puede que incluso no hayan sido adquiridos en el momento de lanzar la oferta mayorista. Además, el precio final de muchos contenidos adquiridos está también determinado por el número de abonados al canal de emisión de dichos contenidos en distintos periodos de tiempo, por lo que no puede adelantarse el coste real de los contenidos adquiridos. Para los canales con coste mínimo garantizado, tampoco es posible conocer de manera fiable, al menos inicialmente, los costes de producción y los ingresos de publicidad esperados.

En lo que se refiere a la posibilidad de aumentar los precios de los canales si éstos se enriquecen con contenidos de mayor valor¹¹³, la Dirección de Competencia verificaría, en su caso, la justificación de esta subida. En cualquier caso, este supuesto no se ha llevado a la práctica durante la vigencia de las dos primeras ofertas mayoristas.

Por otra parte, el laudo arbitral de la Sala de Competencia del Consejo de la CNMC de 21 de junio de 2016 en el expediente Arbitraje 3/2015 estableció que TELEFÓNICA no puede incluir en las condiciones tipo de la oferta mayorista de canales de julio de 2015 (anexo Oferta de Referencia del Servicio de Entrega de Canales TV), la obligación de vincular los dispositivos OTT de alta definición (HD) al hogar del cliente, cuando esta obligación no afectaba a los clientes del servicio YOMVI de TELEFÓNICA. No obstante, TELEFÓNICA ha eliminado esta restricción de las condiciones aplicables a la oferta mayorista de canales propios *premium* lanzada en julio de 2016.

Por tanto, TELEFÓNICA podría haber incumplido el compromiso 2.9.j), al haber condicionado de forma injustificada a sus competidores la forma de comercialización de los canales de la oferta mayorista de julio de 2015, al establecer la obligación de vincular los dispositivos OTT de alta definición (HD) al hogar del cliente.

No obstante, la Dirección de Competencia considera que este incumplimiento no sería lo suficientemente sustancial como para recomendar la apertura de un expediente sancionador contra TELEFÓNICA por esta cuestión, especialmente porque la Dirección de Competencia no tiene constancia de que los operadores adquirentes de los canales de la oferta mayorista de julio de 2015 hayan respetado esta condición y la misma ha sido retirada en la oferta mayorista de julio de 2016.

El compromiso 2.9 (k) otorga a los operadores de televisión de pago que tengan contratos de distribución vigentes con DTS para distribuir Canal+1 y Canal+ Liga, la opción de prorrogar los contratos hasta que haya transcurrido más de un mes desde el lanzamiento de la oferta mayorista de canales, o resolver estos contratos anticipadamente sin compensación a TELEFÓNICA.

¹¹³ Condiciones Tipo (cláusula 14 en la oferta mayorista de 2015 y cláusula 13 en la oferta mayorista de 2016).

Sobre este asunto, TELECABLE sostuvo el 23 de julio de 2015 que habría un desfase entre la desaparición de Canal+ Liga y la incorporación de este canal a sus plataformas a través de la oferta mayorista de TELEFÓNICA (folios 13124-13135).

Sin embargo, el mismo TELECABLE ha manifestado que TELEFÓNICA mantendría Canal+ 1 y Canal+ Liga hasta el 31 de julio de 2015, y las fechas de aceptación por parte de TELECABLE de los canales sustitutivos fueron: Canal+ Estrenos (27 de julio de 2015) y Abono Fútbol y Abono Fútbol 1 (28 de julio de 2015), es decir, todos con anterioridad al 31 de julio de 2015.

Además, TELEFÓNICA indicó en su escrito de 31 de marzo de 2017 (folios 35963-35965) que durante los meses de julio y agosto de 2015 siguió produciendo Canal+ 1 y Canal+ Liga, por lo que, en principio, no habría habido desfase entre la desaparición de los canales que tenía TELECABLE contratados con DTS y la incorporación a su plataforma de los nuevos canales adquiridos a través de la oferta mayorista de TELEFÓNICA, teniendo en cuenta que TELECABLE no ha aportado elementos que indiquen lo contrario. En este mismo escrito, en el que se respondía a un requerimiento de información sobre las fechas de emisión de Canal+1, TELEFÓNICA aporta datos sobre las fechas de finalización de los contratos firmados con operadores de televisión de pago de Canal+1, las fechas efectivas de cese de dichos canales y las fechas de acceso a Canal+ Estrenos. En el caso de TELECABLE, cuyo contrato finalizaba el [...], el cese efectivo de Canal+1 se produjo el 31 de julio de 2015.

SEXTO.- Principios que deben regir la determinación del precio variable de cada canal de la oferta mayorista de canales de televisión PREMIUM (Compromiso 2.9 (apartado j); anexo 1 (apartado 1); y anexo 2 (apartado 2.2))

6.1 Compromiso

El compromiso 2.9 (apartado j) establece: *“La oferta mayorista de canales propios Premium se hará en condiciones equitativas, razonables, objetivas, transparentes y no discriminatorias conforme a lo previsto en el Anexo1...”*.

Los principios y metodología de cálculo para determinar el precio de los canales ofertados por TELEFÓNICA, descritos en el Anexo 1, se exponen de forma resumida en los siguientes apartados.

6.1.1. Cálculo de los precios aplicables a los canales en la oferta mayorista (Anexo 1, apartado 1)

a) Canales para los que existe un coste mínimo garantizado

Para los canales de Fútbol, Fórmula 1 y Moto GP, el precio del canal ofertado por TELEFÓNICA en el mercado mayorista tendrá un precio fijo o coste mínimo garantizado (CMG) y un precio variable por abonado final.

Tal como se señala en el Anexo 1, apartado 1.1, de los compromisos,

“El coste mínimo garantizado se corresponderá con un número máximo de cuotas de abono mensuales por cliente residencial del canal. Para calcular dicho número de cuotas de abono mensuales se calculará un Coste por Abonado (CPA)”.

El CPA estará orientado a costes y se calculará tomando como referencia los costes devengados en cada temporada de los contenidos audiovisuales incluidos en dicho canal mayorista y los costes directamente atribuibles a la edición del (teniendo en cuenta los contenidos efectivamente incluidos los y costes de producción del canal), descontando las estimaciones razonables de ingresos netos de la entidad resultante asociados a dicho canal y no ligados con su comercialización mayorista o minorista (i.e. publicidad televisiva incluida en el canal).

A partir de estos costes, se calcula un coste medio por abonado teniendo en cuenta el número de abonados medios al canal en el año anterior (tanto los abonados directos de TELEFÓNICA como los abonados indirectos a través de la oferta mayorista) o una estimación razonable de los abonados medios previsibles que tendrá el canal en la temporada en curso”.

[...]

A este coste medio por abonado se le añadirá una tasa de retorno razonable¹¹⁴ [...]

Esta cantidad se dividirá entre el número de meses que dure la temporada de los eventos deportivos incluidos en dicho canal para obtener el CPA máximo mensual del canal¹¹⁵ para el segmento residencial.

No obstante, la entidad resultante deberá aplicar CPA mensuales para el segmento residencial, que sin ser superiores al citado precio máximo, permitan en todo caso superar los análisis de replicabilidad [...].

En el caso del segmento no residencial, el CPA se calculará conforme al criterio "retail minus" sobre el precio minorista para el segmento no residencial de Telefónica del canal correspondiente.

El número máximo de cuotas de abono recurrentes por cliente residencial del canal del operador de televisión de pago, será el resultado de dividir, para cada operador, el CMG (minorado por los ingresos mayoristas derivados de la comercialización en el segmento no residencial) por el citado CPA mensual del canal para el segmento residencial.

No obstante, la entidad resultante deberá aplicar CPA mensuales para el segmento residencial, que sin ser superiores al citado precio máximo, permitan superar los análisis de replicabilidad indicados en el apartado 2 del presente Anexo”.

Una vez completado el número máximo de cuotas por cliente residencial incluidas en el CMG, se aplicará un precio variable que se determinará mes a mes y será “el CPA multiplicado por el total de abonados del operador de televisión de pago que tengan contratado el acceso al canal en cada mes, excediendo el número máximo de cuotas por cliente residencial incluidas en el CMG atribuibles a dicho mes”.

¹¹⁴ Tasa de retorno que se corresponderá con el último Coste de capital Medio Ponderado (WACC) de TELEFÓNICA aprobada por la CNMC.

¹¹⁵ CPA= [(Coste contenidos + Costes producción - Ingresos publicidad) / Número abonados] / número meses*(1 + tasa de retorno).

Por consiguiente, el CMG que resulte para cada operador, tal como se indica en las condiciones tipo (contraprestación económica) “*otorgará al operador el derecho a un número máximo de cuotas de abono recurrentes por cliente residencial del canal durante el período de licencia aplicándose un precio variable (CPA) mensual por cliente medio¹¹⁶ a partir de que se supere ese número de clientes.*”

b) Canales para los que no existe un coste mínimo garantizado

La metodología de cálculo será exclusivamente la del precio variable en el mercado mayorista de los canales propios *premium* de TELEFÓNICA para los canales sin un coste mínimo garantizado, y difiere también según el segmento de demanda (residencial o no residencial) al que se dirija en su acción de reventa el operador de televisión de pago adquirente del canal mayorista. Estas cuestiones se desarrollan en el en el apartado 1.2 del Anexo 1 de los compromisos.

Clientes residenciales

“El precio variable se determinará mes a mes y será el resultado de multiplicar el coste por abonado (CPA) por el número total de abonados del operador de televisión de pago que tenga contratado el acceso al canal en cada mes.

El CPA estará orientado a costes y se calculará tomando como referencia los costes devengados en el año natural directamente atribuibles a la edición del canal mayorista (teniendo en cuenta los contenidos efectivamente incluidos y los costes de producción del canal), descontando las estimaciones razonables de ingresos netos de la entidad resultante asociados a dicho canal y no ligados con su comercialización mayorista o minorista (i.e. publicidad televisiva incluida en el canal).

A partir de estos costes, se calcula un coste medio por abonado teniendo en cuenta el número de abonados medios al canal en el año anterior (abonados directos de TELEFÓNICA como los abonados indirectos a través de la oferta mayorista) o una estimación razonable de los abonados medios previsibles que tendrá el canal en el año en curso”.

[...]

A este coste medio por abonado se le añadirá una tasa de retorno razonable¹¹⁷ [...] Esta cantidad se dividirá por 12 para obtener el CPA mensual máximo del canal.

Esta cantidad se dividirá entre el número de meses que dure la temporada de los eventos deportivos incluidos en dicho canal para obtener el CPA máximo mensual del canal¹¹⁸ para el segmento residencial.

¹¹⁶ Se entenderá por clientes medios, el resultado de sumar los clientes del operador el primer y último día de cada mes y dividirlo entre dos (2).

¹¹⁷ Tasa de retorno que se corresponderá con el último Coste de capital Medio Ponderado (WACC) de TELEFÓNICA aprobada por la CNMC.

¹¹⁸ $CPA = \frac{(\text{Coste contenidos} + \text{Costes producción} - \text{Ingresos publicidad})}{\text{Número abonados}} / \text{número meses} * (1 + \text{tasa de retorno})$.

No obstante, la entidad resultante deberá aplicar CPA mensuales para el segmento residencial, que, sin ser superiores al citado precio máximo, permitan superar los análisis de replicabilidad indicados en el apartado 2 del presente Anexo”.

Clientes no residenciales

El precio de los canales no está orientado a costes y se calculará conforme al criterio “*retail minus*” sobre el precio minorista para el segmento no residencial de TELEFÓNICA del canal correspondiente.

6.2 Actuaciones

6.2.1 Información remitida por TELEFÓNICA a la CNMC (anexo 2, apartado 2.2) y otras informaciones recibidas

La verificación por la CNMC de que el precio de los canales ofertados por TELEFÓNICA a otros operadores de televisión de pago y los análisis de replicabilidad se ajustan a lo que se establece en los compromisos, requiere disponer de una serie de información descrita en el anexo 2 (apartado 2.2).

De acuerdo a lo dispuesto en el citado anexo, TELEFÓNICA ha remitido a la CNMC la siguiente información:

- Copia de los contratos de venta mayorista de canales propios (oferta de julio de 2015)
 - El 6 de agosto de 2015 cartas de aceptación de los operadores de televisión de pago de las condiciones de la oferta (folios 13442-13502¹¹⁹)
 - El 13 de agosto de 2015 carta de aceptación de Orange para el Canal+ Series (folios 13611-13616)
 - El 3 de mayo 2016 carta de aceptación de R Cable Galicia para adquirir Canal+ Series (folios 27979-28043)
- Copia de los contratos de venta mayorista de canales propios (oferta de julio de 2016)
 - El 1 de agosto de 2016 cartas de aceptación de los siguientes operadores (folios 34272-34311):
 - ✓ EUSKALTEL (Movistar Series, Movistar Series Xtra y Movistar Estrenos)
 - ✓ R CABLE GALICIA (Movistar Series, Movistar Series Xtra y Movistar Estrenos)
 - ✓ TELECABLE ASTURIAS (Movistar Estrenos)
 - El 8 de agosto de 2016 cartas de aceptación de los siguientes operadores (folios 34371-34421):

¹¹⁹ Canales Abono Fútbol 1 y Abono Fútbol (VODAFONE, TELECABLE, ORANGE, OPENCABLE, TOTAL CHANNEL); Canal+ Estrenos (VODAFONE; TELECABLE; EUSKALTEL, R CABLE GALICIA); Canal+ Series (EUSKALTEL).

- ✓ ORANGE (Movistar Series, Movistar Series Xtra y Movistar Partidazo)
- ✓ TELECABLE (Movistar Partidazo)
- ✓ VODAFONE (Movistar Partidazo)
- ✓ EUSKALTEL (Movistar Series, Movistar Series Xtra y Movistar Estrenos). (se había remitido con anterioridad).
- El 7 de noviembre de 2016 contrato de prórroga del Canal+ Estrenos, ahora Movistar Estrenos, con VODAFONE (folios 34974 – 34978)
- El 14 de diciembre de 2016 carta de aceptación de OBWAN del Canal Movistar Partidazo (folios 35340-35344)
- Precios aplicados por la entidad resultante a los clientes finales de cada uno de los canales que integran la oferta mayorista en cada una de las plataformas de televisión de pago. Esta información se ha enviado junto a las condiciones generales y particulares de los servicios de televisión prestados que figuran en Anexo 2, apartado 1.1.b. (ver nota a pie de página nº 1).
- El ejercicio contable descriptivo para la oferta mayorista de canales propios *premium* se envía el 29 de mayo de 2015 (folios 114-117).
- El 8 de junio 2016 TELEFÓNICA envió la contabilidad de costes del periodo (julio-diciembre de 2015), a requerimiento de la Dirección de Competencia de fecha 13 de mayo de 2016 (folios 32413-32415). Con fecha 22 de junio de 2016, la Dirección de Competencia solicitó a TELEFÓNICA información complementaria relacionada con la contabilidad de costes, que fue remitida el 11 de julio de 2016 y que corrige algunos errores de la contabilidad de costes enviada anteriormente (folios 33054-33512). El 7 de abril de 2017 TELEFÓNICA envió la contabilidad de costes del periodo enero a julio de 2016 y de julio a diciembre de 2016 (folios 35983-35997) a requerimiento de la Dirección de Competencia de fecha 3 de marzo de 2017.
- Con carácter trimestral, número de abonados minoristas (directos) e indirectos¹²⁰ a los canales que componen la oferta mayorista, desglosando las distintas modalidades contratadas por los abonados directos de la entidad resultante.

TELEFÓNICA remitió esta información de forma incompleta, ya que los datos se presentaron desglosados por paquetes pero no por plataformas de televisión¹²¹. Tras un requerimiento de información de 13 de mayo de 2016, TELEFÓNICA remitió la información completa y corrigió errores de datos enviados con anterioridad (folios 28738 y 32291). A partir de entonces, TELEFÓNICA ha enviado regularmente la información relativa al número de abonados, tal como se indica en el anexo 2, apartado 2.2 de los compromisos¹²².

¹²⁰ Abonados directos (clientes de TELEFÓNICA) y abonados indirectos (clientes de los operadores de televisión de pago que han adquirido los canales en la oferta mayorista).

¹²¹ Folios 23669-23673; 23558-23562; 26654-26656; 27001; 27875-27880

¹²² Folios 28738 y 32291; 34053-34058; 34880 – 34884; 35175; 35384-35385; 36188-36193.

Sobre este tipo de información cabe mencionar que ORANGE denunció la obligación plasmada en las condiciones tipo de la oferta mayorista de julio de 2015 (condición 15), de suministrar mensualmente a TELEFÓNICA datos sobre el número de abonados minoristas a los canales propios *premium* adquiridos en la oferta mayorista para los que existe un coste mínimo garantizado. TELEFÓNICA argumentó que se trataba de un dato esencial para valorar el coste de los canales y llevar a cabo la facturación correspondiente. Además, TELEFÓNICA indicó que el dato del número de abonados lo demanda la Liga Nacional de Fútbol Profesional en el marco del vigente contrato de compraventa de derechos.

Esta cuestión fue sometida a arbitraje (Arbitraje 3/2015) y la Sala de Competencia del Consejo de la CNMC, en su laudo arbitral de 21 de junio de 2016, concluyó que para los canales en los que existe un coste mínimo garantizado, dado que para el cálculo de este coste mínimo garantizado no se requiere conocer el número de abonados mensuales al canal, sino el número de abonados del primer día del último mes de la temporada anterior, en principio, no es necesario proporcionar esta información mensualmente, hasta que no se supere la cuota máxima de abonados cubierta por el CMG, que activaría la aplicación de una retribución variable mes a mes. No obstante, dado que TELEFÓNICA debe enviar a la CNMC trimestralmente esta información, el resto de operadores de televisión de pago deberán remitir con la misma periodicidad a TELEFÓNICA el número de abonados a los canales sujetos a CMG, bastando para el resto de meses con una comunicación mensual referente a no haberse superado el número máximo de cuotas de abono mensuales por cliente residencial incluido en el coste mínimo garantizado del canal. A juicio del Consejo de la CNMC, dado los riesgos comerciales que asume TELEFÓNICA al editar estos canales, resulta perfectamente legítimo y consistente con los usos del mercado que disponga de información de abonados, en la medida que esta información puede afectar a sus decisiones futuras de edición del canal.

De acuerdo a lo anterior, TELEFÓNICA eliminó en las condiciones tipo de la oferta mayorista de julio de 2016 (condición 14), la obligatoriedad de suministrar mensualmente los datos sobre número de abonados a los canales sometidos a un coste mínimo garantizado, siempre que no haya superado el número de cuotas contenidas en el mismo (folios 33620-33621).

Otro aspecto relacionado con el número de abonados que ha sido objeto de controversia, es la definición que figura en las condiciones tipo (3.2) de la oferta mayorista de canales de julio de 2015 a efectos de calcular el precio de los canales ofertados (folio 141).

En esta condición se señala “se entenderá por Abonados de Televisión de Pago, la totalidad de clientes registrados del operador (residencial y Horecas) que reciban cualquier servicio de televisión o que contraten o puedan contratar cualquier contenido audiovisual, con independencia de que conlleve o no un precio o coste asociado directamente a dicho servicio o contenido”.

Tanto VODAFONE (folios 14394-14406 y 27895-27898), como TELECABLE (folios 13124-13135) y EUSKALTEL (folios 13823-13835) denunciaron que los abonados que

se tienen en cuenta según la condición tipo (3.2) de la oferta mayorista de julio de 2015, es irracional en la medida que se contabilizan todos los clientes registrados que reciban o puedan contratar cualquier servicio de televisión, aunque este servicio no conlleve un coste asociado.

A este respecto, TELEFÓNICA ha modificado las condiciones tipo en la oferta mayorista de julio de 2016, cuya redacción recoge que solo podrán ser considerados abonados a los efectos de calcular el precio de los canales ofertados por TELEFÓNICA *“los clientes registrados del operador (residencial y Horecas) que reciban cualquier servicio de televisión o que contraten o puedan contratar cualquier contenido audiovisual, de forma inmediata sin actuación en el domicilio del cliente, con independencia de que conlleve o no un precio o coste asociado directamente a dicho servicio o contenido”*.

Asimismo, VODAFONE señaló que no hay garantías de que TELEFÓNICA esté reportando adecuadamente su número de abonados y el del resto de operadores.

Por otra parte, con el fin de determinar los componentes del precio de los canales incluidos en la oferta mayorista y así poder verificar si el cálculo del precio de venta variable de los canales en el mercado mayorista por TELEFÓNICA se ajusta a lo establecido en los compromisos, la Dirección de Competencia ha enviado requerimientos de información a TELEFÓNICA, a otros operadores de televisión de pago que han adquirido canales de TELEFÓNICA en la oferta mayorista, y a la LNFP (párrafos 498 y siguientes del Informe Parcial de Vigilancia).

Para una mejor comprensión, las cuestiones requeridas y respondidas en dichos requerimientos que puedan ser de utilidad para explicar las discrepancias detectadas en los cálculos de costes realizados por TELEFÓNICA, respecto de los realizados por la Dirección de Competencia, se detallarán en los siguientes apartados.

Por último, se recibió el 19 de septiembre de 2016 respuesta de la Dirección Telecomunicaciones y Sector Audiovisual a la petición de la Dirección de Competencia de las contabilidades regulatorias del ejercicio 2014 Telefónica de España, S.A.U. y Telefónica Móviles España, S.A.U. (Folios 34629-34652).

6.2.2 Coste por abonado (CPA) de los canales ofertados (anexo 1, apartados 1.1 y 1.2)

a) Oferta mayorista de julio de 2015

- Canales Abono Fútbol y Abono Fútbol 1

Los canales de fútbol de la primera oferta mayorista, Abono Fútbol y Abono Fútbol 1, fueron los únicos canales sujetos a CMG contratados por operadores a la televisión de pago. Como se establece en los compromisos (Anexo 1, apartado 1.1), y ha sido descrito en el apartado 5.1.1 anterior, el CMG abonado por cada canal de fútbol (para la temporada 2015-2016) actúa como una franquicia que da derecho a un número máximo de cuotas de abono mensuales para el periodo temporal cubierto. El precio variable es por tanto solo aplicado una vez que el número máximo de cuotas del operador se haya agotado, siendo el precio variable mensual cargado a partir de entonces el resultado de multiplicar el CPA aplicable por el exceso de cuotas en el mes correspondiente.

En el caso de los canales Abono Fútbol y Abono Fútbol 1, TELEFÓNICA no empleó el coste medio por abonado (CPA) orientado a costes de acuerdo a la metodología establecida en el Anexo 1, apartado 1.1.b, de los compromisos, sino que empleó, tal como permite el mismo apartado 1.1.b, un CPA mensual diferente ('CPA replicable'¹²³) para poder superar los análisis de replicabilidad o test exigidos en el Anexo 1, apartado 2, de los compromisos. El 'CPA replicable' deberá ser, en todo caso, inferior al CPA máximo orientado a costes.

El análisis de vigilancia verificando la aplicación por TELEFÓNICA del CMG a los operadores contratantes de los dos canales de fútbol de la primera oferta, dio lugar al informe parcial de vigilancia de la Dirección de Competencia de 28 de septiembre de 2016, que fue elevado a la Sala de Competencia de la CNMC, resolviendo dicha Sala con fecha 4 de mayo de 2017, que se deben realizar los ajustes señalados en el informe parcial de vigilancia.

Como consecuencia de los ajustes a realizar derivados de dicha Resolución de 4 de mayo de 2017, en el caso del canal Abono Fútbol 1, el CPA orientado a costes ha resultado inferior al 'CPA replicable' que TELEFÓNICA empleó para el cálculo del máximo número de cuotas y los test de replicabilidad¹²⁴.

Ello fue así con la excepción del mes de julio de 2016, para el que TELEFÓNICA modificó (folios 32901-32907) el CPA aplicable a dicho canal¹²⁵ hasta el fin de la vigencia del contrato (31 julio 2016).

Canal+ Estrenos y Canal+ Series

TELEFÓNICA, de acuerdo a la fórmula establecida en los compromisos¹²⁶, ha ofertado en el mercado mayorista los canales *premium* de cine y series a un CPA para clientes residenciales de (i) 5,45 euros (Canal+ Estrenos) y (ii) 2,36 euros (Canal+ Series). Estos cálculos se efectuaron tomando como base los datos de coste de adquisición de contenidos, costes de producción del canal, ingresos de publicidad y número de abonados estimados a fecha 26 de agosto de 2015 (folios 13841-13878), dado que no se podía utilizar como referencia el número de abonados medio a estos canales el año anterior, pues dichos canales no existían con anterioridad a la oferta mayorista de julio de 2015. La tasa de retorno utilizada fue el WACC de 2014.

Para clientes HORECAS (colectividades con ocupación temporal tales como, hoteles, hospitales, residencias, cuarteles) el coste mensual por establecimiento aplicado ha sido (i) para Canal+ Estrenos, para un mínimo de 20 televisiones, 14,38 euros y 0,024 euros

¹²³ El CPA variable o 'CPA replicable' para el canal Abono Fútbol 1 fue de 6,70€ y el CPA variable para el canal Abono Fútbol fue de 9,70€. (Folios 13446 y 13501).

¹²⁴ En su respuesta de 11 de julio de 2016, Telefónica indicó que el CPA que derivaría de la asignación de costes recogida en la propuesta de informe parcial de vigilancia de 11 de mayo de 2016 sería de 5,36 euros/mes.

¹²⁵ El CPA del canal Abono Fútbol 1 en julio de 2016 fue establecido por TELEFÓNICA en 4,70 euros (folio 32907).

¹²⁶ CPA = [(Costes contenidos + Costes producción canal - Ingresos publicidad) / número abonados] / (1+WAC).

adicionales por televisión/día que exceda de este mínimo de 20 televisores y (i) para el Canal+ Series los valores anteriores son de 6,23 euros y 0,0104 euros respectivamente.

Los clientes no residenciales no se han considerado en el cálculo de CPA. Con posterioridad se descontarán las cuotas residenciales equivalentes que generen los abonados no residenciales¹²⁷.

Para verificar si el precio aplicado en la oferta mayorista de estos canales a clientes residenciales ha cumplido con los compromisos, entre otros, los principios señalados en el anexo 1, apartado 1.2, es necesario conocer la naturaleza y el coste de los contenidos imputados a estos canales *premium*, los costes de producción, los ingresos de publicidad, el número de abonados (directos e indirectos) al canal y la tasa de retorno (WACC) que debe ser aplicada.

A tal fin, con fecha 23 de noviembre de 2015, se requirió a TELEFÓNICA que enviase una relación de los contenidos audiovisuales no deportivos adquiridos a terceros incluidos en cada canal en el periodo de referencia atribuible a cada uno de ellos (temporada o año natural) especificando los costes de adquisición de dichos contenidos, los costes devengados y los costes imputados junto a los criterios de devengo e imputación utilizados. El escrito de respuesta de TELEFÓNICA correspondiente al periodo que transcurre entre el 8 de julio de 2015 (fecha de puesta a disposición de los canales en la oferta mayorista) hasta el 15 de diciembre de 2015, se recibió en la CNMC el 11 de diciembre de 2015 (folios 15987-16037 y 16231). La Dirección de Competencia solicitó aclaraciones con fecha 11 de enero de 2016 que fueron respondidas por TELEFÓNICA el 28 de enero de 2016 (folios 23677-23711 y 23721-23723).

Tras un riguroso análisis de la información recibida, con fecha 26 de enero de 2017, la Dirección de Competencia solicitó información adicional y aclaraciones sobre determinados datos y criterios utilizados para imputar el coste de los contenidos a los canales *premium* de cine y series durante el periodo julio-diciembre de 2015 (folios 35391-35397). En este mismo escrito se solicitó información que permitiera efectuar las verificaciones necesarias correspondientes al periodo enero-junio de 2016. La respuesta de TELEFÓNICA se recibió el 16 de febrero de 2017 (folios 35452-35707) y con fecha 15 de marzo de 2017 TELEFÓNICA envió información complementaria (folios 35927-35937).

En lo que respecta a los costes de adquisición de los contenidos incluidos en Canal+ Estrenos y Canal+ Series durante el periodo 8 de julio de 2015 a 30 de junio de 2016 (folios 16231; 35480-35481; 35935; y 35992), lo primero que se observa es la gran diferencia (casi el doble) entre las cifras de costes de adquisición de contenidos estimadas en agosto de 2015 (folios 13846-13848), que sirvieron de base para calcular el CPA al que se venderían los canales *premium* de cine y series, y las cifras de coste enviadas por TELEFÓNICA el 11 de diciembre de 2015 (folio 16231) y el 16 de febrero de 2017 (folios 35480-35481), o las cifras que figuran en la contabilidad de costes¹²⁸

¹²⁷ Cuotas equivalentes residenciales= Cuotas no residenciales * CPA no residencial / CPA residencial.

¹²⁸ Estimaciones de 26/08/2015: Canal+ Estrenos ([...] euros) y Canal+ Series ([...] euros).

remitida por TELEFÓNICA el 11 de julio de 2016 (folio 33073) y el 7 de abril de 2017 (folio 35992).

TELEFÓNICA justificó estas diferencias por la adquisición de menos estrenos de *majors* de los previstos; porque se preveían precios superiores de los contenidos como consecuencia de una mayor demanda ante la entrada de NETFLIX; y porque se preveían adquisiciones de series para emitir en SVOD, que finalmente no se han realizado.

Sin embargo, no parece que haya habido menos adquisiciones de estrenos de *majors*, porque según se desprende de las tablas enviadas en su escrito de 11 de julio de 2016 (folios 33057-33075) referidas al periodo julio-diciembre de 2015, el [...]% del gasto en Canal+ Estrenos ha sido destinado a compras de estrenos de las *majors* y en Canal+ Series este porcentaje asciende al [...]%. Además, la práctica totalidad de los contenidos incluidos en el listado remitido el 11 de diciembre de 2015 (folio 16231) proceden de contratos firmados con anterioridad a la autorización de la operación de concentración, por lo que TELEFÓNICA debía conocer el coste de dichos contenidos. Ello es contradictorio con lo afirmado por TELEFÓNICA en su escrito de 16 de febrero 2017 (folio 35460) en el que señala que la previsión de compras de estrenos a *majors* ha sido inferior a la prevista en términos absolutos.

Durante el primer semestre de 2016, el porcentaje de gasto en contenidos procedente de las *majors* es también mayoritario ([...] % en Canal+ Estrenos y [...] % en Canal+ Series), según se desprende de la contabilidad de costes remitida (folio 35992), y aunque hay un porcentaje superior de contenidos que proceden de contratos firmados con posterioridad al 30 de abril de 2015 que en el semestre anterior, el peso que representan dichos contenidos respecto del total de títulos incluidos es todavía minoritario. En cualquier caso, como se explica con detalle más adelante, parte de estas diferencias en el coste de adquisición de derechos de emisión de contenidos audiovisuales de cine se deben a una estimación del número de abonados superior a los que finalmente ha habido, lo que ha repercutido en el precio total estimado resultante de estos derechos.

Por el contrario, los costes de producción estimados han sido inferiores a los finalmente declarados por TELEFÓNICA en la contabilidad de costes enviada el 11 de julio de 2016 y el 7 de abril de 2017 ([...]).

El CPA difiere en función del número de abonados que se consideren. Dado que tal como indica TELEFÓNICA, no se podía utilizar el número de abonados del año precedente al no existir dichos canales tal como se ofertan en la actualidad, realizó unas estimaciones que resultaron ser muy superiores a los datos reales comunicados por TELEFÓNICA trimestralmente. Este mayor número de abonados estimado utilizado para calcular el CPA, compensó en parte los mayores costes de adquisición de derechos de emisión de contenidos audiovisuales estimados.

El CPA de estos dos canales *premium* para los clientes residenciales aplicado por TELEFÓNICA y el que resultaría si se utilizan los datos de la contabilidad de costes y la media de abonados trimestrales (cuatro trimestres de septiembre de 2015 a junio de

Contabilidad de costes enviada el 11/07/2016 (folio 33073) y 7/04/2017 (folio 35992): Canal+ Estrenos ([...] euros) y Canal+ Series ([...] euros).

2016) según la información remitida por TELEFÓNICA, se expresan en la siguiente tabla¹²⁹.

CPA (euros)	Aplicado por TELEFÓNICA*	Coste neto imputado Contabilidad Costes**
Canal+ Estrenos	5,45	[...]
Canal+ Series	2,36	[...]

Fuente: elaboración propia con datos suministrados por TELEFÓNICA

* Escrito de TELEFÓNICA de 26/08/2015 (folio 13849)

** Contabilidad Costes (folios 33073-33076 y 35992-35994). El número de abonados es la media de los datos suministrados trimestralmente por TELEFÓNICA (cuatro trimestres desde septiembre de 2015 a junio de 2016 (folios 28738; 32291 y 34057-34058).

Como puede observarse, el CPA de Canal+ Estrenos y Canal+ Series fijado por TELEFÓNICA es superior al que resulta de los cálculos realizados por la Dirección de Competencia, si bien en Canal+ Series la diferencia no es significativa.

Por otra parte, la Dirección de Competencia ha analizado si los costes de adquisición de los contenidos imputados a Canal+ Estrenos y Canal+ Series que figuran en los listados remitidos, se corresponden con los costes reales de dichos contenidos y si los criterios de devengo e imputación se consideran adecuados.

En primer lugar, la Dirección de Competencia ha efectuado un muestreo y efectivamente, ha verificado que dichos costes se han calculado de acuerdo a lo establecido en los correspondientes contratos¹³⁰.

TELEFÓNICA también explicó en los escritos mencionados, que el criterio de devengo del coste utilizado es lineal desde la fecha de estreno del contenido en Movistar + o desde la fecha de puesta a disposición del contenido, en el caso de títulos estrenados por TELEFÓNICA con anterioridad a la ejecución de la operación, hasta el fin de vigencia del periodo de licencia de los contenidos. Es decir, que para cada contenido se calcula un coste mensual aplicando el criterio mencionado, y el resultado se multiplica por el número de meses en los que el título en cuestión es emitido en Canal+ Estrenos o Canal+ Series a partir del 8 de julio de 2015 (fecha en la que el canal está disponible para su contratación en el mercado mayorista).

¹²⁹ Los cálculos de la Dirección de Competencia se han hecho con un WACC de 2015 de 8,35% para los datos del último semestre de 2015 y con el WACC de 2016 de 6,32% para los datos correspondientes al primer semestre de 2016. TELEFÓNICA utilizó en sus estimaciones el WACC de 2014.

¹³⁰ Los estrenos de cine de las *majors* suelen fijar un coste por abonado (CPA) en función del [...]. Las productoras independientes suelen fijar un coste [...]. El número de espectadores que la Dirección de Competencia ha utilizado como referencia se ha obtenido de los datos del Instituto de la Cinematografía y las Artes Audiovisuales.

<http://www.mecd.gob.es/bbddpeliculas/cargarFiltro.do?layout=bbddpeliculas&cache=init&language=es>

Para las series el coste de adquisición es un [...].

La Dirección de Competencia ha detectado, que, en el caso de muchos contenidos de cine, TELEFÓNICA estimó, a la hora de efectuar los cálculos para fijar el precio de dichos contenidos, una cifra de abonados muy superior a las cifras enviadas trimestralmente (folios 23669-23673; 23558-23562; 28738 y 32291; 34053-34058) y por tanto, un coste de adquisición de contenidos mayor.

TELEFÓNICA indicó en su escrito de 16 de febrero de 2017 (folios 35455-35468) que “*en el caso de que la estimación del número de abonados no se cumpliese, se procedería a un ajuste del precio y del devengo con base en los abonados reales*”. Efectivamente, la Dirección de Competencia ha comprobado que este ajuste se ha realizado, descontando en el listado correspondiente al periodo enero-junio de 2016 el exceso de coste imputado en el semestre anterior. Sin embargo, hay contenidos emitidos en Canal+ Estrenos cuyo periodo de devengo comienza después de diciembre de 2015 con un coste inicial superior al que finalmente ha resultado, efectuándose la regularización de dicho coste con posterioridad a julio de 2016¹³¹ (folio 35936). Según datos aportados por TELEFÓNICA el 5 de mayo de 2017 (folio 36460), el importe en exceso devengado e imputado a Canal+ Estrenos por no haber realizado la regularización de costes antes de julio de 2016 (fecha de finalización de la primera oferta mayorista de canales) asciende a [...] euros. Dado que la primera oferta mayorista de Canal+ Estrenos tiene vigencia hasta el 31 de julio de 2016, el exceso de coste devengado debería haberse deducido antes de dicha fecha y reflejado en el CPA del canal vendido a otros operadores de televisión de pago.

La Dirección de Competencia ha verificado también, si los criterios de imputación de costes entre canales son coherentes con lo dispuesto en los compromisos.

Según la información aportada por TELEFÓNICA (folios 23693-23694), los productos de carácter *premium* (estrenos de cine y series procedentes de *majors*) se emiten desde el 8 de julio de 2015 únicamente en Canal+ Estrenos y en Canal+ Series, según corresponda. Las series de estreno procedentes de productoras independientes (contenido no *premium*) también se emiten únicamente en Canal+ Series. Pero el producto cine de estreno (no *premium*) adquirido a productoras independientes, se estrena en Canal+ Estrenos y posteriormente se difunde en otros canales no *premium* de TELEFÓNICA (i.e. Canal+ D Cine, Canal+ Xtra Cine, etc.). TELEFÓNICA también afirma que los canales no *premium* no emiten contenido de estreno (folio 23694).

Sin embargo, del listado de pases emitidos en cada canal (folio 35483) se desprende que hay contenidos procedentes de *majors* (cine y series) que no solo se han emitido en Canal+ Estrenos o Canal+ Series, sino que se han estrenado en estos canales y pocos días después en Canal+ 1¹³² o en otros canales no *premium*, como Movistar Series Xtra o #0¹³³. Sin embargo, el coste devengado durante el periodo analizado se ha imputado en su totalidad a los dos canales *premium* mencionados.

¹³¹ [...].

¹³² [...]

¹³³ [...]

En lo que se refiere a los títulos de cine, TELEFÓNICA argumentó en su escrito de 31 de marzo de 2017, que se trata de estrenos en Canal+1, que era el canal *premium* antes de tener lugar la operación de concentración y que este canal ha seguido emitiéndose por algunos operadores de televisión de pago que lo habían adquirido y solicitaron su mantenimiento durante los meses de julio y agosto¹³⁴. Se trata de pases emitidos por estos operadores, ya que TELEFÓNICA finalizó la emisión de Canal+1 en su plataforma el 7 de julio de 2015 (folios 35963-35964).

En lo que respecta a las series, TELEFÓNICA indicó que se ha imputado el 100% al canal *premium* (Canal+ Series) durante el periodo julio-diciembre de 2015, porque durante dicho periodo únicamente se han emitido en el canal *premium*, y es a partir de enero de 2016 cuando se prorratea el coste devengado entre el canal *premium* y el canal #0. En su escrito de 7 de abril de 2017 (folio 35992), TELEFÓNICA aclara que [...] pasó de ser considerado contenido *premium* a no *premium* durante el periodo de julio de 2015 a julio de 2016 y por necesidades de programación (en ocasiones se cae algún título y hay que emitir contenido en stock de forma puntual) se dieron dos pases en el canal #0 sobre un total de pases de 23 en Movistar Series. TELEFÓNICA afirmó que el driver se establece en función de la estrategia de programación para la que se realiza la compra y se mantiene para toda la temporada. En cualquier caso, según TELEFÓNICA, se considera un caso marginal por necesidades de configuración de la parrilla de forma puntual.

Cuando un título es emitido en varios canales (como ocurre con los títulos de cine de estreno procedentes de productoras independientes) la imputación se realiza de la siguiente forma: (i) si el contenido se emite en dos canales el 80% del coste se asigna al canal en el que se estrena y 20% al canal que multidifunde la emisión; (ii) si hay tres canales 70% al canal de estreno y 15% a cada uno de los otros dos canales en los que se multidifunde (iii) si hay tres canales y uno de ellos es Xtra o #0 se distribuye 75% al canal de estreno, 20% y 5% a los otros canales; (iv) si hay cuatro canales se distribuye 70% al canal *premium* y 10% a cada uno de los otros tres canales, etc. (folios 23694-23695).

Esta distribución del coste entre canales de emisión no se corresponde con el número de pases de cada contenido en cada canal. Efectivamente, se ha observado que muchas películas de productoras independientes que se estrenan en Canal+ Estrenos y pocos días después en otro canal, tienen un porcentaje de pases en el canal *premium* muy inferior a los porcentajes atribuidos por TELEFÓNICA a la hora de imputar el coste de los contenidos emitidos, y la franja de emisión en horario *prime time* (de 20 a 24 horas) de estos contenidos tampoco es mayoritaria en Canal+ Estrenos¹³⁵.

Hay también títulos de productoras independientes que son emitidos en Canal+ Estrenos, pero fueron emitidos en canales no *premium* con anterioridad a julio de 2015¹³⁶

¹³⁴ ORANGE (26/08/2015); EUSKALTEL (12/08/2015) ; R Cable Galicia (16/08/2015) ; ONO (31/07/2015) ; TELECABLE (31/07/2015).

¹³⁵ Entre otros: [...]

¹³⁶ [...]; El Niño (Telecinco); Qué Hacemos con Maisie (Castelao). Puede haber más títulos en esta situación.

y, además, el porcentaje de pases que se han emitido en Canal+ Estrenos durante el periodo analizado tampoco se corresponde con el porcentaje de costes imputado a este canal. Se imputa al canal *premium* un peso superior al porcentaje que representan las emisiones de estos contenidos en este canal.

TELEFÓNICA explicó en su escrito de 28 de enero de 2016 (folios 23693-23695), que la mayor imputación de costes de adquisición de contenidos a los canales *premium* responde a un criterio de motivación de compra y de primera emisión. Es decir, se adquiere producto de estreno porque se ha configurado un canal de estrenos (Canal+ Estrenos) y si no existiera este canal, nunca se adquiriría contenido de estreno, dado que este tipo de contenido se emite primero en el canal de estreno y posteriormente en los canales de redifusión. De ahí que se impute una proporción del coste muy significativa al canal *premium* (Canal+ Estrenos).

Pero como ya se ha indicado, hay títulos de productoras independientes que se estrenaron antes de julio de 2015 en otros canales, incluso se emitieron en canales no *premium* y, sin embargo, se ha asignado durante el periodo analizado al canal *premium* una proporción del coste devengado muy superior al peso que representan las emisiones en dicho canal, aun cuando no se trata de una emisión de estreno.

Asimismo, dado que en este periodo la oferta minorista de los canales de cine de TELEFÓNICA ha empaquetado para la inmensa mayoría de sus clientes los canales *premium* y no *premium*, desde un punto de vista comercial, para la atracción de abonados al contenido cinematográfico de la oferta de televisión de pago de TELEFÓNICA, los canales *premium* y no *premium* de TELEFÓNICA conforman una unidad comercial, por lo que resulta falaz defender que en ausencia del canal *premium* TELEFÓNICA no habría adquirido el contenido.

Con el fin de disponer de datos que permitan efectuar de forma objetiva un reparto del coste de adquisición de contenidos entre los diferentes canales que los emiten, la Dirección de Competencia solicitó a TELEFÓNICA el 17 de abril de 2017 que efectuase un reparto de este coste entre canales, agrupando los contenidos en categorías según el número y tipo de canales en los que se emiten¹³⁷, y calculara la imputación del coste de adquisición de contenidos a Canal+ Estrenos en función del porcentaje medio de pases del grupo o categoría a la que pertenezca. La respuesta de TELEFÓNICA se recibió el 5 de mayo de 2017 (folios 36447-36460) y según estos cálculos, el exceso de coste imputado a Canal+ Estrenos ascendería a [...] euros¹³⁸.

Por tanto, las grandes diferencias en la cifra de costes de adquisición de contenidos que TELEFÓNICA utilizó para calcular el CPA de Canal+ Estrenos en la primera oferta mayorista ([...] euros) respecto de las que figuran en la contabilidad de costes ([...] euros), serían aún mayores si finalmente el coste realmente imputado asciende a [...] euros (folio 36460) y la imputación de costes de contenidos entre los canales en los que se emiten se hubiera efectuado atendiendo a un factor objetivo, como puede ser el

¹³⁷ Contenidos emitidos en dos canales, en tres canales, en tres canales y uno de ellos #0, etc.

¹³⁸ En el escrito de 7 de abril de 2017, TELEFÓNICA indica que el coste imputado a Canal+ Estrenos según el criterio aplicado por TELEFÓNICA ha sido de [...] euros y el coste que resultaría si se hiciese un reparto entre canales en función del porcentaje medio de pases es de [...] euros.

porcentaje medio de pases de cada categoría de contenidos y las emisiones en horario de mayor audiencia, en cuyo caso la cifra a imputar sería de [...] euros (folio 36460).

Sobre este asunto, TELEFÓNICA explicó, en su escrito de 20 de julio de 2017 (folios 43956-43965), que las discrepancias entre las cifras suministradas de costes imputados a Canal+ Estrenos se deben a que no están referidas al mismo periodo¹³⁹ y a que los datos de la contabilidad de costes no incluyen la regularización de precios de los contenidos de acuerdo a las facturas emitidas por el proveedor, mientras que los datos remitidos en el escrito de 5 de mayo de 2017 sí reflejan esta regularización del coste a la baja¹⁴⁰. TELEFÓNICA realizó una provisión de fondos por el importe de la regularización que se anuló en junio de 2017. Además, según TELEFÓNICA, los datos suministrados el 5 de mayo de 2017 se refieren únicamente al coste de los títulos emitidos durante el periodo solicitado, mientras que la contabilidad de costes efectúa un devengo lineal en función del periodo de vigencia de los contenidos, con independencia de los pases emitidos¹⁴¹.

A la vista de las explicaciones dadas por TELEFÓNICA, la Dirección de Competencia entiende, que la cifra que debe tomarse en consideración para calcular el coste en adquisición de contenidos imputados a Canal+ Estrenos durante la vigencia de la primera oferta mayorista, ascendería a [...] euros¹⁴². Esta cifra tiene en cuenta, tal como ha indicado TELEFÓNICA, el coste de adquisición de derechos de emisión de contenidos devengado durante el periodo analizado, aunque no hayan sido emitidos, pero excluye la provisión de fondos para regularizaciones efectuada por TELEFÓNICA que no ha sido deducida hasta 2017.

En definitiva, como ya se ha mencionado, el cálculo del CPA de Canal+ Estrenos y Canal+ Series en la primera oferta mayorista ha tenido que basarse en estimaciones, y el exceso del número de abonados estimados respecto a los abonados medios reales durante el periodo de vigencia de la oferta mayorista en Canal+ Estrenos, no ha compensado el mayor coste estimado de derechos de adquisición de contenidos. En el caso de Canal+ Series, las diferencias del CPA calculado por la Dirección de Competencia respecto del calculado por TELEFÓNICA son más reducidas.

TELEFÓNICA señaló en su escrito de 16 de febrero de 2016, que ha procedido a una regularización del CPA de Canal+ Estrenos y Canal+ Series (folio 35461). Efectivamente, con fecha 24 de junio de 2016, TELEFÓNICA remitió a los operadores de televisión de pago que habían adquirido alguno de los canales *premium* (Canal+ Estrenos y Canal+ Series) una comunicación reduciendo los CPA. Los nuevos CPA se sitúan: (i) para Movistar Estrenos (antes Canal+ Estrenos) en 3,58 euros y (ii) para los canales *premium* de series (Movistar Series y Movistar Series Xtra) en 1,00 euro por

¹³⁹ La contabilidad de costes está referida al periodo julio 2015-julio 2016 y el escrito de 5/05/2017 al periodo julio 2015-junio 2016. Los costes atribuibles a julio de 2016 en la contabilidad de costes ascienden, según TELEFÓNICA (folio 43965), a [...] euros.

¹⁴⁰ El importe de la regularización, según TELEFÓNICA, asciende a 3,8 millones de euros.

¹⁴¹ El importe de devengo contable sin emisión en el periodo asciende, según TELEFÓNICA, a [...] euros.

¹⁴² Esta cifra resulta de deducir del importe que figura en la contabilidad de costes ([...]) el importe correspondiente a la provisión de fondos efectuada para futuras regularizaciones que asciende a [...] euros.

cada canal (folios 32901-32907). Pero estos costes fueron aplicados únicamente durante el último mes de vigencia de los contratos (1 a 31 de julio de 2016).

Por otra parte, la imputación a Canal+ Estrenos del coste de adquisición de títulos de estreno de productoras independientes, ha resultado muy superior al que correspondería en función de los pases y la emisión en horario de mayor audiencia de dichos títulos.

Sobre esta cuestión, TELEFÓNICA vuelve a manifestar su discrepancia con el criterio de reparto del coste de adquisición de contenidos entre los canales de emisión, basado en el número de pases y la franja horaria de emisión en cada canal, por tratarse de un criterio poco relevante ante el cada vez mayor consumo de contenidos audiovisuales en modalidad no lineal¹⁴³. Además, TELEFÓNICA reitera que los pases y horarios de emisión no son un driver de reparto del coste adecuado, pues estas variables no influyen en el coste de dichos contenidos, dado que el devengo del coste en adquisición de contenidos es lineal durante el periodo de explotación que le corresponda según contrato, con independencia del número de veces que dichos contenidos sean emitidos durante la vigencia de la oferta mayorista. TELEFÓNICA añade que desconoce los títulos que serán emitidos en cada canal con un año de antelación y el coste de los mismos, lo que le impide efectuar una asignación de costes entre canales con base en el número de pases emitidos.

En su lugar, TELEFÓNICA propone en su escrito de 11 de diciembre de 2017 un sistema mixto que asigne a Canal+ Estrenos el coste que corresponda al porcentaje de consumo en diferido de dicho canal y reparta el porcentaje de coste restante entre los canales que emiten el contenido, en función del número de pases (folios 45505-45510).

En los ejemplos suministrados por TELEFÓNICA de acuerdo a este sistema mixto de reparto, con un porcentaje de consumo en diferido de los contenidos emitidos en Canal+ Estrenos del [...] %¹⁴⁴, resulta una asignación de coste a este canal en todos los casos superior al [...] % (folio 45527).

b) Oferta mayorista de julio de 2016

- Movistar Partidazo, Movistar Fórmula 1 y Movistar Moto GP

En la segunda oferta mayorista, los canales sujetos a CMG contratados por operadores de televisión de pago fueron el canal de fútbol Movistar Partidazo y los canales de motor Movistar Fórmula 1 y Movistar Moto GP.

Como se establece en los compromisos (Anexo 1, apartado 1.1), y ha sido descrito en el apartado 5.1.1 anterior, el CMG abonado por cada canal de fútbol (para la temporada 2015-2016) actúa como una franquicia que da derecho a un número máximo de cuotas de abono mensuales para el periodo temporal cubierto. El precio variable es por tanto solo aplicado una vez que el número máximo de cuotas del operador se haya agotado, siendo el precio variable mensual cargado a partir de entonces el resultado de multiplicar el CPA aplicable por el exceso de cuotas en el mes correspondiente.

¹⁴³ Según TELEFÓNICA, el [...] % del consumo de contenidos emitidos en Canal+Estrenos es en diferido (grabaciones, siete días, catch-up, SVOD).

¹⁴⁴ Periodo enero-noviembre de 2017.

Si bien los canales de la segunda oferta mayorista tienen en principio una vigencia anual entre el 1 de agosto de 2016 y el 31 de julio de 2017, en el caso de los canales de motor, su contratación es posible realizarla por toda la temporada, es decir, de 1 de enero de 2017 a 31 de diciembre de 2017, siempre y cuando no se supere el límite máximo del 50% de canales de la oferta contratados en todo momento por el operador de televisión de pago, por lo que el operador podrá darse de baja de otros canales (de cine o series) al objeto de cumplir con dicha cuota establecida en los compromisos, tal como se ha puesto anteriormente de relieve.

Al igual que en la primera oferta para los canales de fútbol, TELEFÓNICA no empleó para los tres canales sujetos a CMG en la segunda oferta el coste medio por abonado (CPA) orientado a costes de acuerdo a la metodología establecida en el Anexo 1, apartado 1.1.b, de los compromisos, sino que empleó, tal como se permite en el mismo apartado 1.1.b, un CPA mensual diferente ('CPA replicable') para los canales Movistar Partidazo, Movistar Fórmula 1 y Movistar Moto GP¹⁴⁵, al objeto de poder superar los análisis de replicabilidad o test exigidos en el Anexo 1, apartado 2 de los compromisos. El 'CPA replicable' aplicado debe ser, en todo caso, inferior al CPA máximo orientado a costes.

El análisis de vigilancia verificando la aplicación por TELEFÓNICA del CMG a los operadores contratantes de los tres canales sujetos a CMG de la segunda oferta se está llevando a cabo en la actualidad en el contexto de un informe parcial de vigilancia diferente, de la misma forma a como se realizó para la primera oferta, y que será elevado en su momento a la Sala de Competencia de la CNMC para resolución tras las alegaciones de TELEFÓNICA. Por esta razón, el análisis relativo a la conformidad con los compromisos de los tres canales con CMG de la segunda oferta se remite a dicho informe parcial de vigilancia futuro.

- Canal Movistar Estrenos; Movistar Series; y Movistar Series Xtra

La nueva oferta mayorista de canales de TELEFÓNICA ha establecido los siguientes precios (folios 33546-33542 y folios 33562-33575):

- Para clientes residenciales el CPA es: (i) Movistar Estrenos (3,58 euros); (ii) Movistar Series (1 euro) y Movistar Series Xtra (1 euro).
- Para clientes no residenciales: (i) Movistar Estrenos 14,38 euros por establecimiento (mínimo 20 televisiones) y 0,0240 precio adicional por televisión/día que superen las 20 televisiones y (ii) Movistar Series Xtra y Movistar Series (6,23 euros por establecimiento (mínimo 20 televisiones) y 0,104 euros adicionales por tv/día que superen las 20 televisiones).

De acuerdo a la contabilidad de costes remitida que comprende el periodo julio-diciembre de 2016 (folios 35992-35994) y según el número medio de abonados a 30 de septiembre

¹⁴⁵ El CPA establecido por TELEFÓNICA para Movistar Partidazo en la temporada 2016/2017 fue de 4,7 euros (folio 34379). Por su parte, el CPA de Movistar Formula 1 fue de 2,5 euros a partir de agosto de 2016 (previamente 3,5 euros) y el de Movistar Moto GP a partir de agosto de 2016 de 1,5 euros (previamente 2,5 euros) (folio 34235). Ambos canales de motor mantuvieron su CPA en la temporada 2017 (folios 35371 y 35922).

y 31 de diciembre de 2016 (folios 34880 – 34884 y 35380-35385), el CPA de los tres canales mencionados es superior al fijado por TELEFÓNICA en su oferta mayorista.

CPA (euros)	Oferta de TELEFÓNICA (Euros)	Coste neto imputado Contabilidad Costes* (Euros)
Movistar Estrenos	3,58	[...]
Movistar Series	1,00	[...]
Movistar Series Xtra	1,00	[...]

*Se trata de una estimación anual partiendo de las cifras proporcionadas por TELEFÓNICA para los meses de agosto-diciembre de 2016 (se calcula el coste neto mensual del periodo agosto-diciembre de 2016 y se multiplica por 12 meses de vigencia de la oferta mayorista).

6.3 Valoración del cumplimiento de los principios que deben regir la determinación del precio variable de cada canal y del envío de información requerida en anexo 2, apartado 2.2

6.3.1 Sobre el envío de información requerida en anexo 2, apartado 2.2

TELEFÓNICA ha remitido en plazo la información señalada en el anexo 2, apartado 2.2 de los compromisos, a excepción del número de abonados trimestrales, información que fue remitida de forma completa el 6 de junio de 2016, tras varios requerimientos de información. A partir de dicha fecha, TELEFÓNICA ha remitido a la CNMC la información trimestral del número de abonados de acuerdo a lo establecido en este compromiso.

Sobre la fiabilidad de los datos de abonados suministrados por TELEFÓNICA, preocupación que VODAFONE señala, se recuerda que se trata de datos que esta entidad debe reportar a distintas instituciones nacionales e internacionales (entre otras, la CNMC), bajo pena de fuertes sanciones si las cifras suministradas no coincidieran con las reales, lo que a priori hace suponer que se trata de cifras correctas. El resto de operadores de televisión de pago están, además, sometidos a auditorías independientes exigidas por TELEFÓNICA para verificar la realidad de los datos aportados. En todo caso, VODAFONE no ha aportado ningún indicio que apunte a la posible falsedad de los datos de abonados suministrados por TELEFÓNICA.

En cuanto al número de abonados que deben contabilizarse para calcular el precio de los canales ofertados, TELEFÓNICA ha modificado las condiciones tipo en la oferta mayorista de julio de 2016, cuya redacción recoge que solo podrán ser considerados abonados a los efectos de calcular el precio de los canales ofertados por TELEFÓNICA *“los clientes registrados del operador (residencial y Horecas) que reciban cualquier servicio de televisión o que contraten o puedan contratar cualquier contenido audiovisual, de forma inmediata sin actuación en el domicilio del cliente, con independencia de que conlleve o no un precio o coste asociado directamente a dicho servicio o contenido”*. De esta forma se evita que sean contabilizados como abonados los clientes que no disponen de un sistema de acceso condicional que permita visualizar la señal encriptada.

TELEFÓNICA también ha eliminado de las condiciones tipo de la oferta mayorista de 2016, la obligatoriedad de suministrar mensualmente datos sobre el número de

abonados para los canales sujetos a un CMG, adaptando la información a lo requerido en los compromisos.

A la vista de lo anterior, la Dirección de Competencia considera que TELEFÓNICA ha cumplimentado con carácter general la información requerida y ha corregido en las condiciones tipo y particulares de los canales de la oferta mayorista de julio de 2016, la definición de abonados que deben tomarse en consideración para calcular el precio de los canales *premium* ofertados y los requerimientos de suministro de información sobre el número de abonados excesivos.

6.3.2 Canales de Fútbol y Motor

a) Oferta Mayorista de 2015

Según la información disponible y las estimaciones preliminares realizadas por la Dirección de Competencia, la oferta mayorista de julio de 2016 de los canales Abono Fútbol, Movistar Fórmula 1 y Movistar Moto GP, se ha ejecutado con un CPA inferior al que resultaría si se aplicase la orientación a costes, tal y como permiten los compromisos.

Respecto al canal Abono Fútbol 1, tal y como indica la Resolución del Consejo de la CNMC de 4 de mayo de 2017 en el expediente de referencia, revisando la aplicación por TELEFÓNICA del CMG a los operadores contratantes de los dos canales de fútbol de la primera oferta mayorista, el CPA inicialmente establecido por TELEFÓNICA es superior al CPA orientado a costes calculado conforme a los compromisos. Por ello, dicha resolución estableció que TELEFÓNICA debería regularizar el número máximo de cuotas y, en su caso, de los precios variables aplicados a los operadores para el canal Abono Fútbol 1.

Por otra parte, si bien ello podría suponer un incumplimiento del Anexo 1, apartado 1.1.b, de los compromisos, la Dirección de Competencia considera que este incumplimiento no sería lo suficientemente sustancial como para recomendar la apertura de un expediente sancionador contra TELEFÓNICA por esta cuestión, especialmente porque parte de los problemas de determinación del CMG no serían imputables a TELEFÓNICA, y puesto que no se tiene constancia de que el CPA replicable inicialmente calculado para el canal Abono Fútbol 1 haya tenido una incidencia práctica significativa sobre los operadores demandantes de este canal.

b) Oferta mayorista de 2016

Según la información disponible y las estimaciones preliminares realizadas por la Dirección de Competencia, la oferta mayorista de julio de 2016 de los canales Movistar Partidazo, Movistar Fórmula 1 y Movistar Moto GP, se ha ejecutado con un CPA inferior al que resultaría si se aplicase la orientación a costes, previsiblemente para garantizar la replicabilidad de la oferta minorista de TELEFÓNICA, tal y como permiten los compromisos.

6.3.3 Canales *premium* de cine y series. Principios de la oferta mayorista y análisis de replicabilidad

- **Oferta Mayorista de 2015**

Como ya se ha señalado, los contenidos de estreno de las *majors* únicamente se difunden en Canal+ Estrenos y Canal+ Series¹⁴⁶.

Para valorar si los precios a los que se han ofertado en el mercado mayorista Canal+ Estrenos y Canal+ Series se ajustan a lo establecido en los compromisos, la Dirección de Competencia ha comprobado, en primer lugar, que los costes de cada contenido incluido en estos canales se ajustan a lo establecido en los contratos.

Además, la imputación temporal de los costes se ha realizado conforme a criterios que la Dirección de Competencia considera objetivos (imputación lineal teniendo en cuenta los meses que transcurren desde su primera emisión en algún canal del Grupo TELEFÓNICA hasta el fin de disponibilidad del contenido, asignando a los canales *premium* mencionados el coste que corresponde a los meses en los que el contenido en cuestión ha sido emitido en dichos canales). Dado que según figura en los contratos analizados, el precio a pagar por adquirir derechos de emisión de contenidos de estreno no difiere según se trate de primeros o sucesivos pases, parece lógico que TELEFÓNICA no haya minorado el coste devengado durante el periodo analizado (vigencia de la primera oferta mayorista) de aquellos contenidos que hayan tenido sus primeros pases en algún canal del Grupo TELEFÓNICA con anterioridad al lanzamiento de la oferta mayorista de Canal+ Estrenos y Canal+ Series.

Sin embargo, debido a la sobrestimación de costes efectuada por TELEFÓNICA, el CPA aplicado para el Canal+ Estrenos ha resultado ser significativamente superior al que hubiera resultado de haber utilizado para su cálculo los costes reales (orientación a costes).

Además, la regularización de costes de algunos contenidos se ha realizado con posterioridad a la finalización de la licencia de este canal. En cualquier caso, el importe no regularizado en plazo no es significativo ([...] euros) y debido a que Canal+ Estrenos ha sido adquirido por los mismos operadores en las dos primeras ofertas mayoristas, dichos operadores se han podido beneficiar de la regularización tardía efectuada durante el periodo julio-diciembre de 2016.

Cuando los contenidos no se emiten únicamente en un canal *premium*, como ocurre con los contenidos de cine de estreno adquiridos a productoras no *majors*, el reparto de los costes de adquisición de contenidos entre los distintos canales que los difunden no se ha realizado, a juicio de la Dirección de Competencia, de acuerdo a criterios objetivos.

Como ya se ha indicado, TELEFÓNICA ha hecho recaer porcentajes muy elevados del coste de adquisición de contenidos sobre Canal+ Estrenos, por ser éste el canal en el que se realiza la primera emisión. Si TELEFÓNICA considera que este factor es fundamental a la hora de repartir los costes entre canales que emiten un mismo contenido, debería haber utilizado este mismo criterio a la hora de establecer la cuantía de los costes de adquisición del contenido audiovisual que ha sido devengada en el periodo de referencia actual de Canal+ Series y Canal+ Estrenos, y atribuir un valor

¹⁴⁶ Contenidos calificados de estrenos en los contratos suscritos con los proveedores, que no necesariamente coincide con la definición de estrenos que figura en los compromisos a la hora de establecer periodos máximos de exclusividad, *holdbacks*, etc.

mayor a los primeros pases que hayan sido emitidos con anterioridad al lanzamiento de la oferta mayorista, en lugar de establecer un criterio lineal de devengo de dichos costes. Por tanto, la propia TELEFÓNICA incurre en una contradicción al justificar que las primeras emisiones son un elemento esencial a la hora de repartir costes entre canales.

Tampoco puede TELEFÓNICA indicar que si no existiera Canal+ Estrenos no se hubieran adquirido este tipo de títulos, ya que los canales de cine no *premium* emiten títulos de estreno de productoras independientes a los pocos días de haber sido emitidos en Canal+ Estrenos y el porcentaje de pases a través de estos canales no *premium* es muy superior a los realizados a través de Canal+ Estrenos. También es superior para una gran parte de los contenidos, el porcentaje de pases en horario *prime time* en los canales no *premium* que en Canal+ Estrenos. Asimismo, desde el punto de vista del consumidor final, que en la inmensa mayoría de los casos adquiere los canales cinematográficos de la oferta de televisión de pago de forma empaquetada, los canales de cine de TELEFÓNICA *premium* y no *premium* conforman una unidad comercial.

Por tanto, la Dirección de Competencia considera que el criterio de motivación y de primera emisión no recoge de forma objetiva el reparto de costes de adquisición de contenidos entre canales de cine, dado que en muchos casos el número de pases en los canales de redifusión supera con creces el número de pases del canal *premium* y además, se trata de contenidos que a diferencia de los acontecimientos deportivos, no caducan el día del estreno, y si la redifusión en otros canales no *premium* tiene lugar a los dos o cuatro días de su emisión en el canal *premium*, no está justificado asignar gran parte del coste devengado al canal de estreno, cuando además, TELEFÓNICA comercializa conjuntamente el Canal+ Estrenos con otros canales de contenido cinematográfico no *premium*, por lo que el consumidor no diferencia si se trata de un canal *premium* o de un canal considerado no *premium*.

En consecuencia, la Dirección de Competencia señaló, en la propuesta de informe parcial de vigilancia de 3 de octubre de 2017, que TELEFÓNICA debería repartir el coste de los contenidos cinematográficos de estreno de productoras independientes entre los diferentes canales teniendo en cuenta el número de pases de estas películas de estreno de productoras independientes emitidos en cada canal, teniendo además en cuenta la franja horaria de emisión. Dado que esta distribución individualizada del coste de los contenidos adquiridos entre canales sería muy laboriosa y que no se conoce con antelación la distribución exacta de los pases entre los diferentes canales (aunque TELEFÓNICA debería haber planificado las líneas generales de su programación de los distintos canales que editan), se podría arbitrar un sistema más sencillo que agrupara los contenidos en función del número de canales en los que se emiten y tuviera en cuenta el porcentaje medio de pases habidos de ese grupo de contenidos en cada canal y el porcentaje de emisión en horario *prime time*, ambos referidos a la anualidad anterior.

Sin embargo, TELEFÓNICA vuelve a insistir en sus alegaciones a la propuesta de informe parcial de vigilancia de 3 de octubre de 2017 que el criterio de reparto del coste de los contenidos entre canales en función de los pases y las franjas horarias no es adecuado (folios 44777-44844).

En primer lugar, según TELEFÓNICA, porque no se puede programar con un año de antelación la parrilla de cada canal, dado que no se conocen a priori los contenidos

disponibles, especialmente los adquiridos a *majors*, con las que se firman acuerdos marco por medio de los cuales se garantiza la exclusividad de los títulos que han producido o puedan producir durante la vigencia de dicho acuerdo. Según TELEFÓNICA, tampoco se conoce con antelación el precio de dichos contenidos al depender de variables como el período de exclusividad, disponibilidad de títulos, inicio de la vigencia, fijación de unos mínimos garantizados de abonados, recaudaciones de taquilla etc. Por ello, TELEFÓNICA solo puede hacer estimaciones razonables de la programación de cada canal en función de variables como la capacidad financiera para adquirir contenidos, las disponibilidades de los proveedores y las apreciaciones sobre las preferencias de los consumidores.

A juicio de la Dirección de Competencia, los argumentos de TELEFÓNICA no sirven para justificar el criterio de imputación de costes de contenidos cinematográficos de estreno de productoras independientes al canal de cine *premium* aplicado por esta compañía.

El desconocimiento de los contenidos incluidos en cada canal y los precios de dichos contenidos no afecta a la cuestión planteada por la Dirección de Competencia, esto es, el reparto del coste de dichos contenidos entre los canales que los han emitido. La incertidumbre sobre los contenidos y el coste final de los mismos existe con independencia del criterio de reparto de dicho coste entre los diferentes canales. Además, según ha indicado TELEFÓNICA, los estrenos de las *majors* se emiten únicamente en el canal *premium*, por lo que el desconocimiento de los contenidos finalmente disponibles y su precio no afectaría a la controversia sobre el reparto de coste entre canales de contenidos cinematográficos de estreno de productoras independientes. Para estos contenidos, que son los que se emiten además de en el canal de cine de estrenos en otros canales no *premium*, el precio suele estar cerrado, según indica TELEFÓNICA (folio 44826).

La Dirección de Competencia entiende que, aunque no se conozcan con exactitud los contenidos que van a emitirse, TELEFÓNICA realiza una programación del tipo de contenido que va a emitir en cada canal, número de estrenos y pases que suele emitir en el canal *premium* y en el resto de canales, programación que probablemente no difiera sustancialmente en un año, pues la propia TELEFÓNICA ha señalado que el estreno se emite siempre en el canal *premium* y posteriormente, a lo largo del periodo de explotación, el contenido se reemite en dicho canal y en otros canales no *premium*, finalizando el periodo de explotación habitualmente con un número de pases en estos canales no *premium* muy superior a los pases emitidos en el canal *premium*. En este sentido, la distribución del coste entre canales en función del porcentaje medio de pases de la categoría a la que pertenezca el título, no parece irracional ni irrealizable, a juicio de la Dirección de Competencia.

En segundo lugar, TELEFÓNICA argumenta que los pases se refieren a un periodo determinado (vigencia de la oferta mayorista) que no tiene por qué coincidir con el periodo de explotación de los contenidos, por lo que el porcentaje de pases varía en función del periodo analizado.

Sobre estas cuestiones, cabe recordar que la Dirección de Competencia no cuestiona que el devengo del coste de los contenidos adquiridos sea lineal desde su estreno hasta el fin del periodo de explotación de los mismos, sino el reparto de dicho coste entre los

canales que los emiten. De hecho, este criterio de imputación lineal a lo largo del tiempo que utiliza TELEFÓNICA evidencia que el estreno del contenido no tiene una importancia vital de cara a la captación de abonados o espectadores al canal. De lo contrario, la imputación temporal de los costes de los contenidos debería primar significativamente al año inicial de explotación del contenido.

En la propuesta de informe parcial de vigilancia se indicaba que la imputación al canal *premium* de cine de un porcentaje del coste de adquisición de contenidos en función del peso medio que representen los pases realizados en el canal *premium* de cada categoría a la que pertenezca el contenido en cuestión, se podría hacer tomando como referencia el periodo anterior. Con este criterio, efectivamente el peso de los pases en los diferentes canales puede variar en cada oferta mayorista, y no coincidir con el porcentaje medio de pases realmente habidos durante todo el periodo de explotación de los contenidos, pero se trata de una aproximación más objetiva que la simple imputación efectuada por TELEFÓNICA, atribuyendo una proporción del coste muy elevada al canal de cine *premium*, solo por el hecho de que los títulos se emiten por primera vez en este canal.

TELEFÓNICA añade que el coste del contenido no está relacionado con el número de pases del mismo, sino con su carácter de contenido *premium* y su exclusividad, por lo que no debe vincularse el coste asignado a un determinado canal con el número de pases efectuado, sino que debe prevalecer el criterio de motivación y de primera emisión. Sin embargo, la Dirección de Competencia opina que, aunque el coste del contenido no se halle vinculado al número de pases, la propia TELEFÓNICA admite en sus alegaciones a la propuesta de informe parcial de vigilancia, que la difusión en otros canales no *premium* de los estrenos de productoras independientes tiene como objetivo rentabilizar la adquisición de dichos contenidos y responder a la demanda de los consumidores de tener accesibles los contenidos, hecho que debería ser tenido en cuenta a la hora de otorgar un mayor peso a estos canales no *premium*.

Adicionalmente, TELEFÓNICA afirma que el número de pases y la hora de emisión son variables irrelevantes en el negocio de la televisión de pago, dado que el atractivo de este servicio reside en ofertar un contenido en diferentes momentos y canales, de forma que los abonados tengan más oportunidades de visionarlo. Además, según TELEFÓNICA, dado que los contenidos emitidos en el canal *premium* de cine se visualizan cada vez más bajo demanda, el número de pases y horarios de emisión dejan de ser variables que determinen de forma sustancial el coste en adquisición de contenidos que deba asignarse a dicho canal.

Esta argumentación es apoyada por una serie de datos aportados por TELEFÓNICA, relativos al consumo de televisión en diferido (grabación, siete días o vídeo bajo demanda) (folio 44823). Según estos datos, un [...] % del consumo de contenidos del canal Movistar Estrenos tiene lugar fuera de los horarios de emisión.

Sin embargo, la Dirección de Competencia entiende necesario destacar, que en este canal se incluyen los estrenos de las *majors*, cuyos títulos sí despiertan un mayor interés y por ello, mayor tendencia por parte de los usuarios a acceder con prontitud a los mismos en las diversas modalidades de visualización en diferido. Se trata, sin embargo, de títulos que no son emitidos en el resto de canales de cine de TELEFÓNICA. Los canales de cine no *premium*, donde son también difundidos los contenidos

cinematográficos de las productoras independientes, tienen porcentajes inferiores al [...] % de visualización en modalidad diferida, lo que evidencia que los contenidos de estos canales no suelen propiciar un consumo en diferido de los mismos.

Y precisamente en este punto se están analizando los criterios de imputación entre canales del coste de los contenidos no *premium*, por lo que las cifras aportadas por TELEFÓNICA simplemente vienen a reforzar la conclusión de que, previsiblemente, el consumo de los estrenos cinematográficos de las productoras independientes se realiza mayoritariamente en emisiones lineales, por lo que el número de pases y los horarios de emisión sí tienen una incidencia significativa en la audiencia que generan.

Por otra parte, los datos sobre los cambios en los hábitos de consumo de televisión que figuran en el informe remitido por TELEFÓNICA (folios 44902-44936) señalan que, en 2020, el contenido bajo demanda supondrá un [...] % del tiempo de visionado total, mientras que el [...] % seguirá correspondiendo a la televisión lineal (tradicional), lo que confirma la importancia que todavía tiene esta última modalidad.

Efectivamente, la prevalencia de los canales lineales en la oferta de televisión de pago sigue siendo muy significativa, entre otras razones, en la medida que reducen el abanico de elecciones a hacer (a los canales disponibles y no a todo el abanico de contenidos disponibles en *catch-up* o asimilados) en el momento en el que el espectador enciende la televisión sin tener una idea preconfigurada de lo que desea ver.

Por tanto, la propuesta de reparto remitida por TELEFÓNICA el 11 de diciembre de 2017, consistente en utilizar como driver para imputar a Canal+ Estrenos un porcentaje del coste de los contenidos cinematográficos de las productoras independientes, que resulte de sumar el porcentaje de consumo en diferido del canal durante el periodo considerado y el porcentaje de pases en dicho canal aplicado sobre el porcentaje restante, no puede ser admitida por la Dirección de Competencia.

Según los ejemplos enviados, al fijar como primer criterio de reparto el consumo en diferido del canal *premium* ([...] % en el periodo enero-noviembre de 2017) cuando en los canales de cine no *premium* el consumo en modalidad lineal tiene mayor peso, e incrementar este porcentaje del [...] % en función de los pases emitidos en el canal *premium*, el resultado es una asignación al canal *premium* superior al [...] % en todos los ejemplos expuestos por TELEFÓNICA (folio 45527). Sin embargo, los pases en este canal han representado menos del [...] % y el contenido en cuestión se ha emitido en otro u otros canales durante el mismo periodo.

Además, los canales de cine *premium* y no *premium* de TELEFÓNICA se comercializan al consumidor final de forma empaquetada en la inmensa mayoría de los casos y, por tanto, las distorsiones que genera el *catch-up* u otras modalidades de visión en diferido, afectan a ambos tipos de canales, por lo que no sirven para desvirtuar el criterio de número de pases como criterio de imputación objetiva entre ambos grupos de canales. Todo ello sin perjuicio de que, como se ha visto, el consumo de los canales no *premium* es fundamentalmente en modalidad lineal, conforme a los datos aportados por TELEFÓNICA.

Por tanto, a juicio de la Dirección de Competencia, el número de pases es un criterio objetivo que, junto al porcentaje medio de emisión en horario *prime time*, y el porcentaje

de usuarios que todavía acceden a visualizar los canales no *premium* de TELEFÓNICA en modalidad lineal tradicional, permite un reparto objetivo del coste entre canales más acorde a la valoración que el propio consumidor otorga a los canales de cine a los que está abonado, especialmente, cuando éstos, como ya se ha indicado, se comercializan a nivel minorista de forma empaquetada en la inmensa mayoría de los casos.

Atendiendo a los porcentajes de pases y de emisión en la franja horaria de más audiencia habidos en los distintos canales no *premium* que comparten contenido con Movistar Estrenos (en torno al [...]%) y a los porcentajes de visualización en modalidad diferida de los canales de cine no *premium* (inferiores al [...]%), teniendo además, en cuenta, que Movistar Estrenos se vende en la inmensa mayoría de los casos de forma empaquetada con el resto de canales de cine de TELEFÓNICA, y con el fin de facilitar la gestión a esta empresa a la hora de efectuar el reparto del coste de adquisición de contenidos cinematográficos de las productoras independientes entre canales, la Dirección de Competencia propone aplicar un criterio de imputación general de los costes de adquisición de contenidos cinematográficos de productoras independientes a Movistar Estrenos, que sería del 50% si el contenido se difunde en dos canales, e inferior (40%) si se difunde en más canales.

Estos porcentajes son significativamente superiores al peso medio de pases y emisión en *prime time* de los títulos de estreno de productoras independientes en el Movistar Estrenos, y también superiores al peso que en la mayoría de canales de cine no *premium* tiene la modalidad de consumo en diferido, por lo que la Dirección de Competencia considera que estos porcentajes de imputación tienen una justificación objetiva sólida, son fáciles de implementar y son bastante conservadores, por lo que dan cierto margen para la modificación de los consumos televisivos en favor del diferido.

En todo caso, la Dirección de Competencia considera que TELEFÓNICA podría solicitar a la CNMC su modificación, siempre que acreditase que se han producido unas modificaciones sustanciales en los patrones de consumo, pases, horarios de emisión o audiencia, que justificasen dicha modificación.

A la vista de lo anterior, de cara a la primera oferta mayorista de Canal+ Estrenos en la temporada 2015/2016, si se considera un gasto en adquisición de contenidos imputable a este canal de [...] euros (descontando la provisión de fondos para regularizaciones) y se utilizase el criterio de imputación a Canal+ Estrenos del 50% del coste en adquisición de contenidos de estreno de productoras independientes, el total de gasto imputado a este canal ascendería a [...] euro¹⁴⁷, y el CPA resultante sería de [...] euros. El exceso

¹⁴⁷ Cifra calculada teniendo en cuenta que el [...] % del coste imputado a Canal+Estrenos corresponde a títulos de productoras no majors que se emiten en varios canales y que la imputación efectuada por TELEFÓNICA a Canal+Estrenos ha sido del [...] % (folio 36460). A partir de estos porcentajes, y partiendo de un gasto imputado total de [...] euros, se ha calculado el gasto imputado a Canal+Estrenos de títulos de productoras independientes según el criterio de TELEFÓNICA ([...] euros) y el gasto total correspondiente a estos títulos ([...] euros), por lo que aplicando el criterio del [...] % resulta una imputación de este tipo de gasto a Canal+Estrenos de [...] euros.

de precio abonado a TELEFÓNICA por los operadores que han adquirido el canal en esta oferta mayorista ascendería a [...] euros¹⁴⁸.

Para dar un correcto cumplimiento de los compromisos, la Dirección de Competencia considera que TELEFÓNICA debería fijar, con efecto retroactivo, el precio de venta de Canal+ Estrenos en la oferta mayorista de julio de 2015 de acuerdo a los costes y abonados reales y con el criterio de imputación de costes de adquisición de contenidos general señalado (50%), y abonar a los operadores que han adquirido dicho canal el importe que se haya cobrado en exceso.

Sin perjuicio de lo anterior, la Dirección de Competencia considera, que en el caso de Canal+ Series las diferencias no son significativas y en Canal+ Estrenos, el importe cobrado en exceso a los operadores de televisión de pago que han adquirido estos canales no es lo suficientemente relevante como para recomendar la apertura de un expediente sancionador a TELEFÓNICA por esta cuestión. Además, como se explica a continuación, en la segunda oferta mayorista TELEFÓNICA ha sido especialmente cuidadosa en aplicar un CPA inferior al orientado a costes.

- Oferta mayorista de 2016

Según la estimación realizada por la Dirección de Competencia, extrapolando para toda la anualidad los datos remitidos en la contabilidad de costes de TELEFÓNICA durante el periodo agosto-diciembre de 2016, la oferta mayorista de julio de 2016 de los canales Movistar Estrenos, Movistar Series y Movistar Series Xtra, se ha ejecutado con un CPA inferior al que resultaría si se hubieran utilizado los datos de la contabilidad de costes de TELEFÓNICA, previsiblemente para garantizar la replicabilidad de la oferta minorista de TELEFÓNICA.

Por tanto, la Dirección de Competencia no ha considerado necesario efectuar un análisis sobre los costes que hubieran debido imputarse de acuerdo a los criterios de regularización y reparto de costes entre canales descritos en el análisis de la oferta mayorista de julio de 2015, ya que preliminarmente, parece que TELEFÓNICA ha cumplido con lo establecido en el anexo 1, apartado 1.2 de los compromisos.

No obstante, la Dirección de Competencia considera que cuando TELEFÓNICA conozca los datos de coste de adquisición de derechos de emisión de la anualidad completa, deberá efectuar y remitir a la Dirección de Competencia un reparto del coste incurrido entre canales de emisión que tenga en cuenta el porcentaje medio de pases de cada categoría en la que se han agrupado los contenidos según número y tipo de canales de emisión, con el fin de verificar si el CPA al que TELEFÓNICA ha comercializado dichos canales continúa ajustándose a lo establecido en este compromiso.

SÉPTIMO.- Actuaciones de la Dirección de Competencia en relación con los compromisos relacionados con la adquisición de canales editados por terceros (compromiso 2.10)

¹⁴⁸ Esta cifra ha tenido en cuenta la regularización del CPA efectuada por TELEFÓNICA para el mes de julio de 2016.

7.1 COMPROMISO

El compromiso 2.10 establece: *“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 puedan adquirir terceros. Tampoco se permitirá la inclusión en los contratos de cláusulas que de una u otra forma permitan las exclusividades de facto (ie. Cláusula de nación más favorecida).*

(...)

Como excepción a este compromiso se permitirá que la entidad resultante disponga de derechos exclusivos de emisión, transporte, difusión o explotación en España de canales editados por terceros limitados a su plataforma satelital (DTH) (...).

En el supuesto de que alguno de los contratos de la entidad resultante de adquisición exclusiva de derechos de emisión en España de canales de televisión editados por terceros vigentes (...), ésta deberá dar la opción a sus proveedores de renegociar los contratos afectados y eliminar dichas exclusividades (...). En esta comunicación la entidad resultante deberá concretar la compensación solicitada y los criterios equitativos, razonables, objetivos, no discriminatorios y proporcionales para cuantificarla.”

7.2 Actuaciones

7.2.1 Canales de deportes

Con fecha 12 de enero de 2016, DTS y MEDIAPRO alcanzaron un acuerdo para la difusión del canal de televisión de pago temático denominado "beIN Sports" que contiene, entre otros, partidos de las competiciones UEFA Champions League y UEFA Europa League de fútbol, correspondientes a las tres temporadas 2015/2016 (desde el 12 de enero de 2016), 2016/2017 y 2017/2018 (folios 33514-33522).

El acuerdo entre MEDIAPRO y TELEFÓNICA para la cesión de los derechos de emisión de este canal es expresamente no exclusiva y no pone a MEDIAPRO ningún tipo de limitación para comercializar el canal a terceros (ya sean consumidores finales u operadores de televisión de pago). De hecho, este canal ya había sido comercializado por MEDIAPRO, para las mismas temporadas, a operadores de televisión de pago como VODAFONE, ORANGE o TELECABLE.

Asimismo, con esta misma fecha, DTS y MEDIAPRO alcanzaron un acuerdo para la difusión del canal de televisión de pago temático denominado "beIN La Liga", con contenidos del Campeonato Nacional de Liga de Primera y Segunda División y Copa de S.M. el Rey de fútbol, correspondientes a las tres temporadas 2016/2017, 2017/2018 y 2018/2019 para clientes residenciales (folios 33523-33535).

En particular, con este acuerdo, TELEFÓNICA adquiere la exclusiva de los derechos de emisión del canal en España para las modalidades de emisión por satélite, cable, fibra óptica, ADSL e IPTV, tanto para dispositivos fijos como móviles, y se le permite explotar

el canal en modalidad OTT de forma vinculada a sus servicios lineales o empaquetado con otros servicios. MEDIAPRO se reserva la explotación del canal en internet OTT *stand-alone* y en la modalidad de TDT de pago.

Asimismo, este acuerdo prohíbe expresamente a TELEFÓNICA sublicenciar el canal a terceros operadores si no es con el consentimiento expreso previo de MEDIAPRO.

Este acuerdo fue denunciado por VODAFONE ante la CNMC con fecha 20 de enero de 2016 (folios 23485-23528) y por ORANGE el 25 de enero de 2016 (folios 23608-23636).

No obstante, ante las reservas mostradas por la Dirección de Competencia sobre el contrato de cesión de los derechos de explotación del canal “beIN La Liga” a TELEFÓNICA, las partes decidieron modificar el contrato de 12 de enero de 2016 con un documento adicional de 25 de enero de 2016 (folios 33536-33539) que permite a MEDIAPRO explotar por sí mismo o ceder a terceros los derechos de explotar el canal “beIN La Liga”. Este documento establece la forma de cálculo de las reducciones en el precio a pagar por TELEFÓNICA que deberá aplicarle MEDIAPRO si el canal es adquirido por otros operadores de televisión.

Por otra parte, TELEFÓNICA ha adquirido a la UTE formada por VODAFONE y ORANGE, los derechos de emisión, en régimen no exclusivo, para abonados no residenciales, del Canal Liga TV que incluye Campeonato Nacional de Liga de Primera y Segunda División y de la Copa de S.M. el Rey para la temporada 2016/2017¹⁴⁹ (folios 35272-35273 y 35279-35330). [...]. El contrato definitivo firmado por las partes fue enviado a la CNMC por TELEFÓNICA el 19 de abril de 2017 (folios 36073-36132). Este canal también está siendo comercializado por TELECABLE, aparte de VODAFONE y ORANGE.

7.2.2 Canales no deportivos

TELEFÓNICA firmó un contrato de adquisición del canal [...] con fecha [...] (folios 11861-11876) para emitirlo [...] por cualquiera de las tecnologías de distribución (cable, satélite, internet “IPTV” y “*over the top*”) durante [...]. El canal puede estar disponible en abierto en la Comunidad de Madrid únicamente a través de una frecuencia de Telemadrid, durante [...]. El contrato podrá prorrogarse por acuerdo escrito de las partes con tres meses de antelación a la fecha de vencimiento del mismo. Además, se ha incluido una cláusula que contempla la posibilidad de resolver el contrato si por causa de resoluciones administrativas de la autoridad de competencia o judiciales se hiciese de difícil cumplimiento las obligaciones derivadas del mismo, sin que ninguna de las partes deba compensar a la otra. Únicamente se señala que TELEFÓNICA pagará al proveedor los gastos de puesta en marcha y emisión del canal hasta un importe máximo establecido.

TELEFÓNICA ha remitido al proveedor un escrito en el que le comunica la posibilidad de modificar el contrato dejando sin efecto la exclusividad pactada, a cambio de una compensación equivalente al diferencial entre el valor del canal con exclusividad y el valor del mismo en modalidad no exclusiva por el tiempo en que se deje de disfrutar el canal en exclusiva. Este importe se modulará en función del número de operadores que

¹⁴⁹ [...]

adquieran el canal, de forma que el descuento en el precio de adquisición del canal irá en aumento a medida que haya más operadores que adquieren el mismo (folios 1741-1742).

7.3 Valoración del cumplimiento de los compromisos relacionados con la adquisición de canales a terceros

TELEFÓNICA firmó la adquisición en exclusiva de un canal no deportivo denominado [...] con anterioridad a la entrada en vigor de los compromisos y remitió al proveedor el correspondiente escrito en el que le otorgaba la posibilidad de renunciar a dicha exclusividad a cambio de una compensación, cuyo importe se ha vinculado de forma creciente al número de operadores que adquieran el canal.

Esta compensación no es admisible, a juicio de la Dirección de Competencia, en la medida que busca apropiarse del beneficio adicional que obtenga el proveedor si acepta la modificación y elimina la exclusividad de la que disfruta TELEFÓNICA. Por tanto, en línea con lo señalado en el caso de las compensaciones exigidas a proveedores de contenidos individuales si aceptan eliminar la exclusividad de los derechos de emisión, la Dirección de Competencia considera que no es una justificación objetiva y proporcionada para cuantificar la indemnización de forma consistente con los compromisos, dado que no pretende compensar los mayores costes en los que haya incurrido TELEFÓNICA por la adquisición exclusiva de dicho canal. Sobre este asunto, TELEFÓNICA no añade nuevos argumentos que pudieran justificar el criterio de compensación utilizado.

En todo caso, la Dirección de Competencia entiende que, de cara a valorar la posible apertura de un expediente sancionador contra TELEFÓNICA por esta cuestión, hay que tener en cuenta que la audiencia de este canal es mínima y que no se tiene constancia de que haya habido otros operadores de televisión de pago en España interesados en la emisión del mismo.

A su vez, como ya se ha mencionado, TELEFÓNICA suscribió un contrato con posterioridad a la entrada en vigor de los compromisos (12 de enero de 2016), para adquirir una exclusiva parcial del canal “beIN La Liga” de MEDIAPRO, si bien posteriormente se modificó el contrato tras las denuncias presentadas por otros operadores de televisión y la postura preliminar de la Dirección de Competencia en relación con el mismo, pues esta exclusividad está expresamente prohibida en el compromiso 2.10, a fin de permitir a MEDIAPRO comercializar el canal a terceros operadores, bajo un sistema de precio fijo por temporada significativamente inspirado en los compromisos de 14 de abril de 2015.

De hecho, el canal “beIN La Liga” ha sido comercializado a operadores de televisión de pago como VODAFONE, ORANGE o TELECABLE, por lo que la firma del contrato de adquisición exclusiva del canal “beIN La Liga” por parte de TELEFÓNICA habría sido subsanada antes de comenzar las emisiones de dicho canal y, por lo tanto, antes de surtir efectos.

Conforme a la información disponible, el resto de contratos de adquisición de canales de terceros por parte de TELEFÓNICA, se han firmado sin exclusividades formales o de facto.

OCTAVO.- Actuaciones realizadas por la Dirección de Competencia en relación con los compromisos de distribución de canales de televisión de terceros (compromiso 2.11).

8.1. Compromiso

El compromiso 2.11 establece: *“La entidad resultante tendrá la obligación de distribución en su plataforma IPTV de televisión de pago en España de los principales canales de ámbito nacional de TDT en abierto, (...)”.*

Adicionalmente, la entidad resultante tendrá la obligación de dar acceso a su plataforma IPTV de televisión de pago en España a terceros editores de canales de televisión de pago de calidad equivalente a los propios, (...)”.

Con el fin previsto en los párrafos anteriores, la entidad resultante reservará en su plataforma IPTV de televisión de pago, a disposición de tales terceros editores, un número de canales equivalente, como mínimo, al 20% de los actualmente emitidos en dicha plataforma de pago.”

8.2. Actuaciones

El 3 de junio de 2015 tuvo entrada en el registro de la CNMC un escrito de Liga Nacional de Fútbol Profesional (LNFP), solicitando el arbitraje de la CNMC en relación con su conflicto con TELEFÓNICA, derivado de la ausencia de acuerdo con TELEFÓNICA en relación con la emisión en la plataforma IPTV de televisión de pago en España de TELEFÓNICA, de un canal de televisión de pago editado por la LNFP en el que se incluirían partidos de la Liga de Primera División de Fútbol española de la temporada 2015/2016 y siguientes (Arbitraje 1/2015).

Con fecha 22 de junio de 2015, la Dirección de Competencia envió al Consejo de la CNMC un informe en el que propone la inadmisión a trámite de la solicitud de arbitraje por no cumplir los requisitos aplicables (folios 14680-14685), entre otras razones, porque no estaba claro que LNFP pudiese vender directamente a TELEFÓNICA un canal con los partidos de fútbol de primera división, editado por ella misma.

Con fecha 20 de julio de 2015, LNFP comunicó a la CNMC que había llegado a un acuerdo con TELEFÓNICA para la puesta en común de los derechos de explotación audiovisual de sus respectivos clubes para la temporada 2015/2016 y que, por tanto, retiraba su solicitud de arbitraje, por lo que la CNMC procedió a comunicar a las partes la finalización de las actuaciones y el cierre del expediente.

8.3. Valoración

Con la información disponible, la Dirección de Competencia no tiene indicios de que TELEFÓNICA haya incumplido el compromiso 2.11. Como ya se ha señalado, el conflicto entre LNFP y TELEFÓNICA se resolvió por mutuo acuerdo de las partes, sin que se iniciase el procedimiento de arbitraje, sin que la Dirección de Competencia tenga elementos que indiquen que han existido otros conflictos con terceros editores de canales que desean emitir en la plataforma de televisión de pago de TELEFÓNICA, que

hayan podido dar lugar a un incumplimiento de este compromiso durante el periodo analizado.

NOVENO.- Actuaciones realizadas por la Dirección de Competencia para la valoración del cumplimiento de los compromisos relacionados con los mercados de comunicaciones electrónicas (compromiso 3 y anexo 3)

9.1. Compromisos

El compromiso 3 garantiza el acceso a la red de internet de TELEFÓNICA en España en condiciones de calidad de servicio equiparables a las que disfrutaban sus clientes del servicio ‘*over the top*’ (OTT) de televisión de pago, obligando a TELEFÓNICA a facilitar a cualquier proveedor OTT, o a cualquier operador que suministre servicios de conectividad a internet a terceros operadores mediante tránsito a través de sus redes (*Internet Connectivity Providers, ICP*), la entrega de contenidos audiovisuales de televisión de pago a usuarios finales de banda ancha fija o móvil, en condiciones no discriminatorias.

En concreto, TELEFÓNICA debe garantizar que al menos tres de los ICP que estén operando en España en cada momento (‘tres ICP de renombre’) puedan proporcionar servicios de tránsito a operadores OTT de televisión de pago. Para ello, TELEFÓNICA se compromete a no aplicar técnicas de gestión de red y tráfico en España que puedan degradar de forma discriminatoria el servicio de otros operadores respecto de su propio servicio OTT de televisión de pago. Asimismo, TELEFÓNICA se compromete a negociar en términos equitativos, razonables, transparentes, objetivos y no discriminatorios acuerdos de interconexión a su red de internet en España con cualquier proveedor OTT o ICP que lo solicite, para la entrega del contenido audiovisual de televisión de pago. Estos acuerdos no podrán contener cláusulas de exclusividad a favor de los clientes de TELEFÓNICA ni podrán limitar la capacidad de captación de clientes por otros operadores OTT.

El Anexo 3 de los compromisos establece asimismo las condiciones que garantizan en todo momento la disponibilidad al menos de tres rutas (tres ICP) de interconexión con suficiente capacidad, y obliga a que el nivel de utilización máxima diario (PUD¹⁵⁰) en el conjunto de los puntos de interconexión (agregado) con cada uno de los ‘tres ICP de renombre’ no supere el 80% de la capacidad disponible. En todo caso, TELEFÓNICA debe garantizar que la capacidad excedentaria (por encima del PUD) para el conjunto de los tres ICP de renombre sea, al menos, de 20Gbps. De acuerdo al punto 6 del Anexo 3, *“Esta cifra será revisada de manera anual por parte de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia teniendo en cuenta criterios objetivos y, en particular, la evolución de la demanda.”*

¹⁵⁰ Pico de Utilización Diaria (PUD) hace referencia al percentil noventa y cinco (95) de un muestreo de intervalos de cinco (5) minutos sobre la capacidad total computada de entrada. Ello significa que TELEFÓNICA tomará doscientos ochenta y ocho (288) muestras por día del tráfico cursado descartándose los catorce (14) valores más altos utilizándose el decimoquinto (15^o) valor más alto.

Asimismo, según los apartados 7 y 9 del Anexo 3, TELEFÓNICA está obligada a remitir a la CNMC, a trimestre vencido, la identidad de los tres ICP de renombre y las medidas diarias del grado de ocupación y de tasa de pérdida de paquetes. De acuerdo al apartado 8 del mismo Anexo 3, TELEFÓNICA debe proporcionar a la CNMC, a mes vencido, los valores de capacidad instalada y el Pico de Utilización Diaria (PUD) más alto en el mes, como porcentaje de la capacidad agregada directa disponible (instalada) con cada ICP dispuesto a vender servicios de tránsito a operadores de televisión de pago OTT en España con el que se interconecta. La información sobre el PUD debe ser remitida también a cada ICP de renombre.

9.2. Actuaciones

De acuerdo al punto 6 del Anexo 3 de los compromisos, a través de su filial Telefónica International Wholesale Services, S.L., TELEFÓNICA comunicó el 29 de mayo de 2015 la lista de los 10 ICP de mayor tamaño. TELEFÓNICA indicó (sin especificarlos) que tres de los ICP incluidos en dicha lista serían de renombre, aunque podrían cambiar dado que se estaban manteniendo negociaciones con ellos para cumplir con los compromisos. Los datos aportados incluyen para cada uno de los diez ICP, la capacidad instalada (en Gbps) y el PUD agregado máximo (folios 77-80).

Con fecha 10 de julio de 2015 (folios 12723-12837), TELEFÓNICA comunicó a la CNMC los ICP con los que mantiene las referidas rutas no congestionadas, junto con sus contratos vigentes. Los tres ICP son: [...]. Por otra parte, con fecha 15 de julio de 2015 (folios 12841-12843), TELEFÓNICA comunicó las identidades de tres ICP de renombre, que coinciden con las de los tres ICP anteriores.

Con fecha 21 de julio de 2015 (folios 12965-12978), TELEFÓNICA comunicó a la CNMC, en cumplimiento de los apartados 8 y 9 del Anexo 3 (envíos trimestrales), el PUD de los 10 ICP correspondiente al mes de junio de 2015, así como las medidas diarias del grado de ocupación de las tres rutas no congestionadas. No obstante, en cuanto a la tasa de pérdida de paquetes diaria, TELEFÓNICA indicó que, dado que necesita realizar desarrollos, comenzaría a proporcionar estas medidas por primera vez con la información del cuarto trimestre de 2015.

TELEFÓNICA ha venido aportando hasta la fecha, la información mensual y trimestral especificada de acuerdo a los compromisos, inicialmente reportada mediante Telefónica International Wholesale Services, S.L. (Telefónica Wholesale) y posteriormente a través de Telxius Cable España, S.L. (Telxius).

En escritos de 26 de febrero de 2016 (folios 27569-27572) y de 30 de marzo de 2016, (folios 27569-27572) Telefónica Wholesale informó que para uno de los ICP de renombre, [...], durante los meses de enero y febrero de 2016 se alcanzaron picos de tráfico (PUD) que superaron el 80% de su capacidad instalada sin que, en ningún caso, el tráfico llegase al máximo y, por tanto, sin impacto en la calidad del servicio puesto que no hubo congestión¹⁵¹. TELEFÓNICA informa en ambos escritos de la negociación para la ampliación de capacidad con este ICP de renombre, la cual ya se refleja en los datos aportados de marzo 2016.

¹⁵¹ Estas situaciones en los meses de enero y febrero de 2016, fueron corregidas en marzo de 2016.

Con fecha 29 de junio de 2016, TELEFÓNICA comunicó a la CNMC que Telefónica International Wholesale Services S.L. había sido sucedida por Telxius Cable España S.L. (Telxius), entidad del Grupo Telefónica, en el negocio de prestaciones de servicios de tránsito de internet, y responsable por consiguiente del envío de la información requerida por el Anexo 3 de los compromisos.

El análisis de los datos reportados por TELEFÓNICA de la capacidad instalada, de los PUD mensuales, así como de las medidas diarias del grado de ocupación y de tasa de pérdida de paquetes, remitidas trimestralmente, refleja que se encuentran en general dentro de los límites establecidos en los compromisos. Como se ha comentado, en enero y febrero de 2016, se superó el 80% de ocupación de la capacidad total de uno de los ICP de renombre, la cual fue ampliada dejando su ocupación por debajo del límite a partir de marzo de 2016. Hasta la fecha, se han venido sucediendo ampliaciones de capacidad de los ICP (con una excepción), incluidos los tres ICP de renombre.

9.2.1 Grupo de al menos tres ICP de renombre

Una de las cuestiones que cabe plantearse en base a los datos recabados, afecta a la identificación de los tres ICP de renombre realizada por TELEFÓNICA. Los tres ICP reportados por TELEFÓNICA de acuerdo al punto 7 del anexo 3, han sido desde un principio y hasta el fin de 2017 los mismos operadores: [...]. Si bien hasta septiembre de 2015 [...] dispuso de más capacidad absoluta y capacidad excedentaria que otro de los operadores de la lista de los diez ICP de mayor tamaño, ello no ha sido así a partir de octubre de 2015, dado que otros ICP han ido ampliando su capacidad en términos absolutos y disponiendo también de una capacidad excedentaria mayor superando así, en ambos aspectos, particularmente en los casos de [...] (3) y [...], a los de [...].

La Dirección de Competencia puso de manifiesto que el grupo de tres ICP de renombre formado por [...], que TELEFÓNICA ha mantenido invariable desde el inicio de la aplicación de los compromisos, reflejaba en el caso de [...] una situación que puede considerarse anómala, al disponer este ICP de una capacidad muy inferior a la de otros ICP, tanto en términos de capacidad total contratada como en términos de capacidad excedentaria. En particular, si se comparaba a [...] con [...].

A este respecto se muestran a continuación datos reportados por TELEFÓNICA en base a sus obligaciones en el Anexo 3 de los compromisos, puntos 8 y 9, relativos a los meses de julio, agosto y septiembre de 2017 donde [...], a pesar de ser un ICP de renombre, dispone de una capacidad contratada total muy baja (la tercera menor) en comparación con otros ICP de la lista de los diez ICP de mayor tamaño dispuestos a vender servicios OTT de televisión de pago a los clientes de TELEFÓNICA.

[Tabla confidencial]

Los ICP (no de renombre) como [...] disponen de un volumen de capacidad contratada y de capacidad empleada (en base al máximo PUD diario en el mes) muy superiores a las de [...]. Por otra parte, no cabe ninguna duda de que los cuatro ICP referidos son importantes operadores de tránsito a nivel mundial.

En este contexto, la Dirección de Competencia planteaba a TELEFÓNICA en la propuesta de informe parcial de vigilancia que, de acuerdo al punto 6 del Anexo 3, se dejase de considerar a [...] como 'ICP de renombre' e incluir a los operadores [...] en el

grupo de los 'ICP de renombre', que pasarían a estar formados por los cuatro operadores siguientes: [...].

En sus alegaciones de 31 de octubre de 2017, TELEFÓNICA se opone a la propuesta de la Dirección de Competencia sobre la base de la categoría de [...] como *carrier europeo independiente*, así como que “*supondría una discriminación injustificada sustituir a [...] en favor de los dos propuestos: [...] No obstante, las razones de tal discriminación no han sido expuestas por TELEFÓNICA en dichas alegaciones.*

TELEFÓNICA indica que la predefinición de los tres ICP de relevancia debe ser “*algo estable dadas las condiciones de un entorno cambiante.*” Sin embargo, puede resultar irrazonable mantener estable una determinada lista de ICP de renombre cuando, tal como reconoce la propia TELEFÓNICA, el entorno es cambiante, sin explicar por qué razones la supuesta estabilidad en los ICP es aconsejable en este caso.

En este sentido, si se observa la evolución desde septiembre de 2015 (cinco meses después de que comenzaran a estar vigentes los compromisos) hasta septiembre de 2017, la capacidad total contratada por los 10 ICP ha pasado de [...]Gbps a [...]Gbps, y la capacidad empleada (en términos de PUD) ha pasado de [...]Gbps a [...]Gbps. Particularizando estos parámetros para los 3 ICP de renombre, el valor de capacidad total disponible entre los dos años ha pasado de [...]Gbps a [...]Gbps, y la capacidad utilizada por los tres ICP, de [...]. De esta manera, los tres ICP de renombre estarían actualmente utilizando el [...]% de toda la capacidad empleada, disponiendo del [...]% del total de la capacidad contratada.

Sin embargo, en el caso particular de [...], este ICP ha mantenido su capacidad disponible durante estos dos años (en [...]), de la que parece emplear últimamente menos del [...]% (cuando en septiembre de 2015 empleaba un [...]%).

En sus alegaciones, TELEFÓNICA expresa el esfuerzo que conllevó en su momento negociar con los tres ICP de renombre la modificación de los acuerdos de *peering* para aceptar el cumplimiento de las condiciones de los compromisos, en particular de la capacidad vacante, que no se incluyen en los acuerdos con [...]. Asimismo, TELEFÓNICA indica en sus alegaciones que se encuentra en proceso de negociación con uno de los ICP de renombre.

Con fecha 7 de diciembre de 2017, TELEFÓNICA procedió a comunicar (folios 45497-45500) de acuerdo al apartado 6 del Anexo 3 (en coordinación con la CNMC), la propuesta de sustitución de [...] como ICP de renombre. En el Anexo a su escrito TELEFÓNICA justifica que: “*Dicha sustitución trae causa en la negativa (por motivos comerciales) de [...] a renovar las condiciones existentes en los términos necesarios para que siga considerándose un ICP de renombre (conforme dispone el texto de los Compromisos).*”

TELEFÓNICA, sin embargo, no precisaba en qué momento la sustitución será llevada a cabo y cómo se garantizará en todo momento la existencia de al menos tres ICP de renombre en cumplimiento del Anexo 3 de los compromisos hasta la firma del correspondiente acuerdo con [...].

Por esta razón, con fecha 12 de diciembre de 2017 (folios 45511-45513) se requirió a TELEFÓNICA que informase al respecto y remitiera el nuevo contrato con [...] incluyendo

las modificaciones para el cumplimiento de los requisitos como ICP de renombre de acuerdo a los compromisos.

Con fecha 22 de diciembre de 2017, TELEFÓNICA respondió (folios 45587-45595) que las condiciones acordadas con [...] expiraban el [...] y que las nuevas condiciones de [...], incluyendo el reconocimiento expreso de los compromisos, entrarían en vigor el [...], emplazándose a remitir copia del nuevo contrato una vez suscrito por ambas partes. Este contrato, firmado con fecha [...] pero con efectos desde el [...], fue remitido a la CNMC el 5 de febrero de 2018 (folios 45953 a 45954).

De esta forma, a partir del 1 de enero de 2018, los tres ICP de renombre pasan a ser: [...].

9.2.2 Capacidad excedentaria de cada ICP de renombre

TELEFÓNICA debe garantizar que el PUD del conjunto de los puntos de interconexión con cada ICP de renombre deberá mantenerse por debajo del 80% (punto 2 del Anexo 3). Asimismo, TELEFÓNICA debe garantizar que la capacidad disponible por encima de dicho PUD para cada uno de los ICP de renombre, o 'capacidad excedentaria mínima', deberá ser de al menos 20Gbps, pudiendo esta cifra ser revisada de manera anual por parte de la CNMC teniendo en cuenta criterios objetivos y, en particular, la evolución de la demanda (punto 3 del Anexo 3).

En la propuesta de informe parcial de vigilancia, la Dirección de Competencia planteaba que en el caso de observar que la capacidad excedentaria se fuera reduciendo de forma importante podría llegar a ser necesario garantizar, no ya un valor absoluto, sino un porcentaje de capacidad excedentaria mínimo suficiente sobre el total disponible para los ICP de renombre, como medida de salvaguarda más efectiva que un valor de capacidad absoluta fija, como en la actualidad.

La capacidad disponible por los tres ICP de renombre se ha venido manteniendo por lo general superior a los 20Gbps por encima del PUD, salvo en ocasiones puntuales en el caso de [...], que fueron corregidas. En el conjunto de los tres ICP de renombre, la capacidad agregada excedentaria se ha mantenido superior al [...] % de la capacidad disponible. Por estas razones, la Dirección de Competencia no ha estimado necesario revisar el parámetro absoluto de la capacidad excedentaria mínima por operador.

No obstante, la cifra de 20Gbps representa un porcentaje relativo muy distinto para cada ICP en función de la capacidad total disponible con TELEFÓNICA. Así, con datos de septiembre de 2017, para [...] representa tan sólo el [...] %, mientras que para [...] es del [...] %, y para [...] es del [...] %. En conjunto, para toda la capacidad contratada disponible por los tres ICP de renombre, la capacidad mínima excedentaria no supera de forma conjunta el [...] %).

Por otro lado, es importante observar el efecto simultáneo de las dos salvaguardas establecidas en los puntos 2 y 3 del Anexo 3, es decir, (i) el mantenimiento del PUD diario por debajo del 80%, y (ii) la garantía de una capacidad disponible (excedentaria) mínima absoluta de 20Gbps para cada ICP. En su interpretación extrema llevaría a que ningún ICP de renombre pudiese tener una capacidad disponible menor de 100Gbps, ya que alcanzado el 80% de PUD, debería aún disponer de 20Gbps de capacidad excedentaria mínima. Por esta razón, [...] deberían haber limitado su PUD por debajo del 80% hasta

disponer de al menos 100Gbps de capacidad total disponible para poder cumplir ambas salvaguardas. [...] dispone de una capacidad igual o superior a [...] desde enero de 2017. Sin embargo, [...] sigue disponiendo de tan solo [...] de capacidad total, por lo que su PUD máximo en la práctica debería limitarse al [...] % para cumplir con ambas salvaguardas.

Las alegaciones de TELEFÓNICA de 31 de octubre de 2017 sobre la capacidad excedentaria se limitan a enunciar en el título del apartado de respuesta su oposición a elevarla. Ciertamente, los efectos prácticos de sustituir un valor absoluto (de 20Gbps) por uno relativo y proporcional a la capacidad disponible por el ICP de renombre deben tener en cuenta la otra salvaguarda del mantenimiento del PUD diario por debajo del 80% de la capacidad disponible y, en este sentido, en la práctica, esta salvaguarda podría garantizar por sí sola una capacidad excedentaria mínima suficiente y dependiente del nivel de la capacidad contratada disponible a partir de que se superasen los 100Gbps.

En sus alegaciones, TELEFÓNICA indica que en los contratos de *peering* existentes con los tres ICP de renombre se incluye una cláusula de revisión de la capacidad instalada si se superase el 80%¹⁵². TELEFÓNICA asimismo afirma que *“la forma de medición de los niveles de tráfico más extendida en el sector y más representativa del grado de utilización de la capacidad es la medición del Percentil 95 a lo largo de todo el mes y no el PUD.”* Es decir, TELEFÓNICA considera *“...que para que el nivel de confianza de la muestra sea lo más representativo posible y descartar así los valores atípicos de la muestra provocados por retransmisiones masivas puntuales, el criterio de medición más correcto y que debería emplearse es el Percentil 95.”*

De esta forma, TELEFÓNICA estaría proponiendo modificar el Anexo 3 de los compromisos para emplear una metodología distinta en la determinación de la referencia de congestión, para la que actualmente se emplea el ‘pico de utilización diaria’ (PUD) realizando un muestreo cada 5 minutos (288 muestras) y aplicando un percentil 95 al total de muestras diario (descartando los 14 valores más altos y tomando el 15º). TELEFÓNICA propone ahora aplicar, sobre todo el mes, el mismo muestreo cada 5 minutos (8.640 muestras) aplicando un percentil 95 sobre el total de las muestras recogidas durante el mes (descartando los 432 valores más altos y tomando el 433).

Según TELEFÓNICA, el PUD lleva a valores que no son representativos del grado efectivo de utilización como consecuencia de los valores más altos que se producen durante la retransmisión de eventos puntuales (principalmente eventos deportivos) que alcanzan aproximadamente los 120 minutos (correspondiendo a 24 muestras), lo que provoca que dicho valor quede registrado como PUD efectivo para todo el mes, el cual, en opinión de TELEFÓNICA, no representaría el tráfico mensual y compromete el cumplimiento de los niveles de PUD.

Sin embargo, es precisamente el soporte de este tipo de eventos de mayor demanda de tráfico en el contexto de los compromisos lo que requiere garantizar la suficiente capacidad disponible para su visualización con una mínima calidad en televisión de pago de forma no discriminatoria. De lo contrario, los compromisos no serían efectivos para

¹⁵² Con fecha 10 de julio de 2015, Telefónica remitió los acuerdos de *peering* con [...]

garantizar que los operadores OTT de televisión de pago por internet en España pueden competir en el ámbito de los contenidos deportivos, especialmente los futbolísticos, que se caracterizan por requerir las emisiones en directo en condiciones de calidad.

A estos efectos, conviene recordar que los contenidos futbolísticos son una de las principales razones de abono a plataformas de televisión de pago en España, especialmente de las de mayor valor añadido.

Por ello, la Dirección de Competencia estima que la referencia de congestión del PUD diaria resulta más adecuada, ya que la referencia del pico de utilización mensual -que TELEFÓNICA denomina en las alegaciones 'Percentil 95'-, podría enmascarar precisamente situaciones de congestión puntuales diarias (de entre las 432 descartadas en el mes) dando la apariencia de que la capacidad disponible es suficiente, cuando no necesariamente es así, repercutiendo en la calidad percibida por los clientes de los operadores OTT, especialmente los que se especialicen en contenidos deportivos.

En conclusión, la Dirección de Competencia no está de acuerdo con la propuesta de TELEFÓNICA para modificar la referencia de congestión medida en base al 'pico de utilización diaria' o PUD tal como se encuentra actualmente recogida en los compromisos.

9.2.3 Quejas de Netflix sobre una mala calidad en la red de TELEFÓNICA

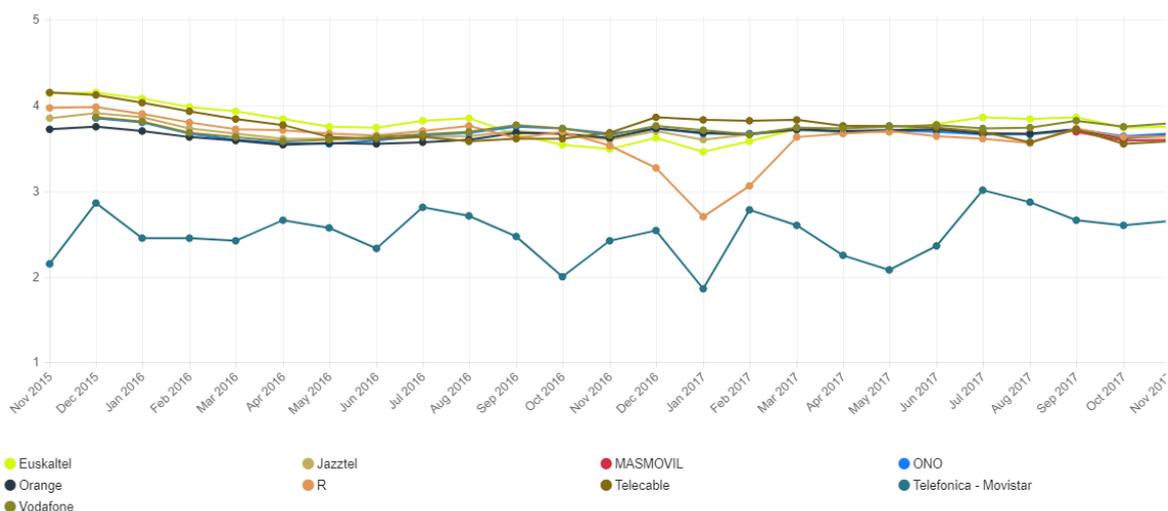
En noviembre de 2015, la CNMC tuvo conocimiento de que se publicaron en prensa quejas de NETFLIX criticando la calidad ofrecida por TELEFÓNICA a los clientes minoristas de banda ancha fija de cara al servicio de NETFLIX (OTT, en *streaming*), destacándola como la peor calidad de entre las ofrecidas por los operadores españoles¹⁵³ en base a la metodología y mediciones realizadas por la propia NETFLIX, que son publicadas en su web.

NETFLIX continúa publicando su índice de calidad mensual por países¹⁵⁴ para los operadores que acceden a su plataforma de servicios, pudiéndose apreciar -siempre según las mediciones de la propia NETFLIX- que desde noviembre de 2015 (cuando NETFLIX comenzó a operar en España), los clientes minoristas de banda ancha fija de TELEFÓNICA habrían dispuesto de una peor velocidad media de acceso, significativamente diferenciada de la calidad ofrecida por el resto de operadores de acceso de banda ancha fija en España. La siguiente gráfica incluye una representación obtenida de la web de NETFLIX¹⁵⁵ que muestra las medidas realizadas entre noviembre de 2015 y noviembre de 2017 por este operador OTT para los principales operadores españoles que acceden a su plataforma.

¹⁵³ Entre otras, <http://www.adslzone.tv/2015/11/22/netflix-confirma-todas-las-sospechas-tiene-problemas-con-movistar/>

¹⁵⁴ <https://ispspeedindex.netflix.com/country/spain/>

¹⁵⁵ <https://ispspeedindex.netflix.com/country/spain/>



Fuente: Gráfica de la web de Netflix. Histórico de la velocidad media a clientes de Netflix por operador

En base a los anteriores antecedentes y en el contexto de la vigilancia de los compromisos, con fecha 5 de diciembre de 2016, la Dirección de Competencia requirió a NETFLIX diversa información (folios 35231-35235), al objeto de poder identificar las causas que justificarían la peor calidad medida por NETFLIX, de un servicio de velocidad significativamente inferior a la del resto de operadores y, en particular, respecto de otros operadores sin interconexión directa con NETFLIX en España.

De acuerdo a la respuesta de NETFLIX de 2 de enero de 2017 (folios 35355-35367), TELEFÓNICA no dispone de conexión directa con NETFLIX en España, por lo que recibe su tráfico a través de proveedores de tránsito (ICP) desde la costa este de los Estados Unidos, siendo actualmente el principal operador empleado, Level 3 Communications (previamente el principal ICP fue Cogent). Según NETFLIX, las interconexiones con Level 3 disponen de suficiente capacidad para evitar congestiones.

A la cuestión en el requerimiento sobre la descripción detallada de la metodología empleada por NETFLIX para calcular sus índices de velocidad de acceso por operador, la vaguedad en la respuesta impide a la Dirección de Competencia analizar apropiadamente la adecuación de esta metodología.

NETFLIX dice desconocer la forma en la que su tráfico es gestionado en la red de TELEFÓNICA una vez es entregado por su operador de tránsito ([...]), por lo que no puede conocer las causas que justificarían la menor velocidad medida de acuerdo a su metodología aunque, no obstante, apunta que cualquier tipo de congestión en las interconexiones de TELEFÓNICA bien con [...], bien con su operador internacional Telxius (antes Telefónica Wholesale), o con cualquier otra red intermedia, podrían ser la causa de esta menor velocidad medida para los clientes de NETFLIX en la red de TELEFÓNICA.

Como se puede observar en la gráfica anterior, hasta noviembre de 2017 las medidas realizadas por NETFLIX sobre la velocidad promedio con TELEFÓNICA han venido oscilando en los sucesivos meses dentro del rango entre 2-3Mbps, con una diferencia

aproximada de al menos 1Mbps inferior a la velocidad medida para el resto de los operadores. Es preciso indicar que los dos operadores en España que no disponen de conexión directa con NETFLIX son TELEFÓNICA y EUSKALTEL.

La respuesta de NETFLIX al requerimiento de la Dirección de Competencia, aun habiendo aportado información de interés, deja abiertos importantes interrogantes y no permite concluir que existen indicios de que TELEFÓNICA haya discriminado a los clientes de NETFLIX frente a sus propios clientes OTT. No obstante, la Dirección de Competencia seguirá monitorizando la evolución de la calidad medida por NETFLIX. En todo caso, es preciso subrayar que NETFLIX no ha presentado una queja formal al respecto, ni aportado pruebas objetivables sobre una presunta discriminación, más allá de las actuaciones llevadas a cabo por la Dirección de Competencia.

En las alegaciones al IPV de audiencia, TELEFÓNICA responde en similar sentido, diciendo que desconoce los criterios seguidos por NETFLIX, que no son públicos. TELEFÓNICA añade que *“sólo cabe indicar que el contenido de NETFLIX entregado a los usuarios de Movistar en España, a diferencia del entregado a los usuarios de otros operadores españoles, proviene de EEUU, y en ese sentido el retardo que esto origina pudiera ser la causa de que Movistar salga mal posicionado en las gráficas o rankings que ellos mismos publican en su web.”*

Sin embargo, conviene resaltar que EUSKALTEL se encuentra en una situación similar a la de TELEFÓNICA, según ha indicado NETFLIX, pero conforme a los datos publicados por NETFLIX, la calidad ofrecida por EUSKALTEL a sus clientes OTT de los servicios de NETFLIX no solo es siempre significativamente mejor que la TELEFÓNICA, sino que desde junio de 2017, EUSKALTEL sería el operador que ofrece una mejor calidad, incluso superando la proporcionada por operadores con los cuales NETFLIX dispone de interconexión directa y servidores propios en la red distribución de contenidos para estos operadores.

9.3. Valoración

Con algunas incidencias iniciales, TELEFÓNICA ha venido reportando la información exigida en los puntos 6, 7, 8 y 9 del Anexo 3 de los compromisos, habiéndose comprobado su conformidad con los límites exigidos, por lo que TELEFÓNICA ha cumplido con las obligaciones de dicho Anexo.

No obstante, como se ha señalado anteriormente, la identificación de los ICP de renombre (al menos tres) que ha venido siendo realizada por TELEFÓNICA, aun cumpliendo estrictamente los compromisos, presenta actualmente una anomalía en el caso de [...], ya que este operador no podrá superar el [...] % de su capacidad actual total contratada para poder cumplir con las dos salvaguardas establecidas en los compromisos (menos del 80% del PUD y 20Gbps mínimos excedentarios).

En este sentido, la Dirección de Competencia desea plantear al Consejo de la CNMC la posibilidad de que se requiera a TELEFÓNICA, en línea con la coordinación establecida en el punto 6 del Anexo 3, que reconsidere la pertinencia de mantener a [...] como un ICP de renombre de no modificarse su actual situación, salvo que acredite que no es posible llegar a un acuerdo con un tercer operador de cara a establecer las garantías que requiere un nombramiento como ICP de renombre.

En cuanto al compromiso por el que TELEFÓNICA se compromete a prestar un servicio de acceso a su red de internet en España que presente capacidad y garantías de calidad suficientes (en términos de ancho de banda, reducida latencia, etc.) para la prestación de servicios OTT de televisión de pago por parte de terceros operadores a los clientes de banda ancha fija y móvil de TELEFÓNICA en España, en condiciones de calidad de servicio equiparables a las que disfrutaran sus clientes del servicio OTT de televisión de pago y, en particular, en relación a las medidas realizadas por NETFLIX con respecto a la calidad de servicio prestada a sus clientes, la Dirección de Competencia concluye en este momento que carece de indicios de que TELEFÓNICA pudiera estar discriminando a los clientes de NETFLIX frente a sus propios clientes de servicios OTT. No obstante, se seguirá vigilando este aspecto con especial atención.

DÉCIMO.- Valoración de la Dirección de Competencia sobre el cumplimiento de los compromisos analizados

Las principales conclusiones del Informe parcial de vigilancia de la Dirección de Competencia, son las que se indican a continuación respecto de cada grupo de compromisos. La Dirección de Competencia destaca aquellos aspectos en los que TELEFÓNICA ha podido incurrir en un incumplimiento de los compromisos de 14 de abril de 2015, de cara a que el Consejo de la CNMC valore si procede o no instar la incoación de un expediente sancionador en relación con cada uno de estos posibles incumplimientos.

Asimismo, en relación con determinados aspectos, la Dirección de Competencia propone al Consejo de la CNMC que requiera a TELEFÓNICA la adopción de determinadas actuaciones que aseguren un cumplimiento adecuado y efectivo de los compromisos.

10.1 Compromisos relacionados con el mercado minorista de televisión de pago

La Dirección de Competencia no tiene indicios, con la información disponible, de que TELEFÓNICA haya incumplido las obligaciones descritas en el compromiso 1 y en el anexo 2, apartado 1.1.

10.2 Compromisos relacionados con el mercado de comercialización de contenidos audiovisuales individuales

TELEFÓNICA podría haber incumplido, para algunos contratos, los compromisos 2.1; 2.2; 2.5; 2.6; 2.7; y las obligaciones descritas en el anexo 2, apartados 2.1 a) y c).

En efecto, TELEFÓNICA podría no haber respetado los criterios establecidos en el compromiso 2.6 sobre el cálculo de la compensación exigida si el proveedor acepta modificar los contratos para adaptarlos a lo dispuesto en los compromisos. A juicio de la Dirección de Competencia, la exigencia de una indemnización adicional (debido al supuesto beneficio que el proveedor pudiera obtener con la salida al mercado de los contenidos liberados) por ajustar los periodos de exclusividad o *holdbacks* a lo establecido en los compromisos no estaría suficientemente justificada.

Tal como señalan los compromisos, el cálculo de la compensación exigida debe efectuarse con criterios objetivos y proporcionales y no parece razonable que Grupo TELEFÓNICA trate de apropiarse del beneficio que pudiera, en su caso, obtener el proveedor cuando, además, en algunos casos, el importe reclamado podría ser excesivo y no respondería a la necesidad de compensar inversiones que hubiera realizado TELEFÓNICA para publicitar los contenidos. Adicionalmente, en algunos casos¹⁵⁶, el escalonamiento creciente del coste en las sucesivas temporadas, permitiría compensar a TELEFÓNICA los costes iniciales de marketing.

A juicio de la Dirección de Competencia, la compensación exigida podría desincentivar a los proveedores de contenidos audiovisuales a aceptar las modificaciones de los contratos propuestas.

Asimismo, TELEFÓNICA habría podido incumplir el compromiso 2.7 y las obligaciones descritas en el anexo 2, apartados 2.1.c) por no renunciar en plazo a las cláusulas preferenciales para compras futuras vigentes en nueve contratos de adquisición de derechos de emisión de contenidos no deportivos¹⁵⁷, haber ejecutado este derecho preferente en el contrato de adquisición de la vida de la serie denominada [...] que también incluye derechos preferenciales¹⁵⁸, haber firmado un nuevo contrato con opciones de compra preferentes¹⁵⁹; no haber renunciado a las opciones de compra y tanteo en [...] los contratos de adquisición de derechos de emisión de las ferias taurinas nacionales¹⁶⁰, habiendo además ejercitado los derechos de opción preferente en los contratos relativos a las ferias de [...] (folios [...]), y haber firmado nuevos contratos de ferias taurinas ejerciendo presumiblemente el derecho de tanteo¹⁶¹ e incluyendo cláusulas preferenciales prohibidas en dicho compromiso¹⁶².

Además, en los listados de contratos no deportivos enviados por TELEFÓNICA, no figura la existencia de cláusulas preferenciales, tal como exige el anexo 2, apartado 2.1.a).

Por último, TELEFÓNICA habría podido incumplir los compromisos 2.1 y 2.2 al haber firmado con posterioridad a la entrada en vigor de los compromisos los siguientes contratos:

- Contrato DTS[...] (a efectos de referencia) firmado el [...] (folios [...]) [...] por un periodo de explotación en exclusiva superior a 24 meses y con *holdbacks* frente a SVOD por el periodo de licencia
- Contrato DTS[...] firmado el [...] (folios [...]) por el que se adquiere en exclusiva la serie [...], considerada título de librería para emitir en modalidad SVOD.
- Contrato en negociación DTS[...] (redacción de [...]) en el que se han adelantado los contenidos mediante “*letter agreements*” donde figura una cláusula que

¹⁵⁶ [...]

¹⁵⁷ [...]

¹⁵⁸ [...]

¹⁵⁹ [...]

¹⁶⁰ Folios [...]

¹⁶¹ [...]

¹⁶² [...]

permite adquirir nuevas series con posterioridad al periodo de licencia mediante la firma de nuevos contratos en los mismos términos del actual borrador (folios [...]).

- Contrato con [...] ¹⁶³ que obligan a volver a licenciar temporadas de series anteriores cada vez que se produzca una nueva temporada, lo que podría suponer que su explotación supere los 24 meses establecidos.

No obstante, la Dirección de Competencia considera que, de cara a valorar la posible apertura de un expediente sancionador contra TELEFÓNICA por estas cuestiones, hay que tener en cuenta las circunstancias que rodean a los posibles incumplimientos detectados.

En lo que se refiere a las cláusulas prohibidas incluidas en los contratos citados (cláusulas preferenciales y periodos de explotación superiores a los permitidos), cabe señalar que:

- en la mayoría de los casos no se tiene constancia de que se haya hecho uso de las cláusulas de adquisición preferencial y TELEFÓNICA se ha comprometido a remitir a los correspondientes proveedores la renuncia a dichas cláusulas;
- en los contratos referentes a ferias taurinas dichas cláusulas de adquisición preferente estaban limitadas a dos temporadas como máximo, lo que implicaba que no se superaba el límite de duración de tres años si a los años adquiridos inicialmente se le sumaba los cubiertos por las cláusulas de adquisición preferencial; y
- en el caso de las series [...], éstas representan una parte reducida del conjunto de contenidos audiovisuales *premium* adquiridos por Grupo TELEFÓNICA en el periodo analizado. En el resto de contratos ([...]), no se tiene constancia de que los mismos hayan tenido efectos en relación con las cláusulas controvertidas.

En lo referente al posible incumplimiento del compromiso 2.6, la Dirección de Competencia estima que la modalidad de cálculo de la compensación propuesta por TELEFÓNICA no ha tenido efectos reales significativos, ya que prácticamente ningún proveedor de contenidos ha aceptado modificar los términos de los contratos y ninguno de ellos ha señalado que la razón haya sido la compensación propuesta por TELEFÓNICA. Adicionalmente, la Dirección de Competencia no tiene constancia de que haya habido terceros operadores de televisión de pago en España que hayan tenido interés en adquirir los contenidos afectados por esta posible aplicación deficiente del compromiso 2.6.

En todo caso, la Dirección de Competencia considera que, con independencia de que se inste o no a incoar expediente sancionador por estas cuestiones, el Consejo de la CNMC debería requerir a TELEFÓNICA para que, en un plazo breve:

¹⁶³ [...]

- TELEFÓNICA renuncie a las cláusulas preferenciales y de tanteo no ejecutadas que haya incluido en los contratos vigentes de adquisición de derechos emisión de ferias taurinas y en el contrato con [...] para emitir “[...]”.
- TELEFÓNICA especifique en el contrato que se firme con [...] que la puesta a disposición de los títulos deberá tener lugar en un plazo no superior a tres años desde la firma del contrato.
- TELEFÓNICA envíe un escrito a [...] proponiendo eliminar la obligatoriedad de adquirir temporadas ya emitidas.

10.3 Compromisos relacionados con la oferta mayorista de canales de televisión PREMIUM

Con la información disponible, la Dirección de Competencia considera que TELEFÓNICA ha puesto en plazo a disposición de los operadores de televisión de pago la oferta mayorista de todos los canales lineales propios *premium* que comercializa, ha atendido también en plazo las solicitudes de acceso a cada canal y ha publicitado las condiciones de dichas ofertas mayoristas, tal como exige el compromiso 2.9, apartados a, b, d, y anexo 1 apartados 3 y 4.

El compromiso 2.9.c) obliga a TELEFÓNICA a ofertar en el mercado mayorista no solo canales lineales, sino también los asimilados que emiten contenidos en modalidad SVOD. TELEFÓNICA ha afirmado que no ha comercializado a nivel minorista un servicio de SVOD de contenidos *premium*, y ha recurrido a emitir determinados contenidos en la modalidad de SVOD, pero limitando el acceso a los mismos a los abonados al canal lineal. Según la información disponible, estos contenidos emitidos en la modalidad SVOD han sido puestos a disposición de todos los operadores de televisión que han adquirido el canal lineal en la oferta mayorista, para su emisión en los mismos términos que TELEFÓNICA, por lo que la Dirección de Competencia considera que no se dispone de indicios de que TELEFÓNICA haya incumplido el compromiso 2.9 (apartado c). Ello sin perjuicio de que la Dirección de Competencia no comparte los argumentos de TELEFÓNICA para equiparar un servicio SVOD con el servicio de *catch-up*.

Dado que TELEFÓNICA no ha comercializado a nivel minorista un servicio de SVOD de contenidos *premium*, no le ha sido necesario cumplir las obligaciones descritas en el compromiso 2.9.g) y en el anexo 2, apartado 2.1.c).

La Dirección de Competencia tampoco dispone de indicios de que TELEFÓNICA haya incumplido lo establecido en el compromiso 2.9, apartado (i), que otorga a los operadores de televisión de pago que han adquirido canales *premium* de TELEFÓNICA en la oferta mayorista, libertad de comercialización de dichos canales en el mercado minorista.

De igual modo, la Dirección de Competencia no tiene indicios de que TELEFÓNICA haya incumplido el compromiso 2.9.k), en relación con la prórroga de los contratos de distribución de Canal+1 y Canal+Liga que mantenía con otros operadores de televisión de pago, vigentes a la fecha de autorización de la operación de concentración.

No obstante, TELEFÓNICA habría podido incumplir el compromiso 2.9, apartados e, f, h, j, en su oferta mayorista de julio de 2015.

En primer lugar, ha quedado acreditado que TELEFÓNICA no facilita la comercialización a nivel minorista de los canales *premium* a la carta en el paquete básico más contratado (Fusión+). Únicamente figuraba en las condiciones generales de comercialización minorista esta posibilidad en los llamados tríos (teléfono fijo, internet y televisión), pero dicha contratación sólo se podría hacer por vía telefónica, a través de un número específico, distinto del 1004, de atención general. Además, la página web a través de la cual, según TELEFÓNICA, se podrían contratar canales Premium a la carta a partir de productos fusión mediante venta asistida, era de difícil acceso, no vinculada directamente con la página web de contratación de Movistar que aparece cuando el consumidor realiza la búsqueda en internet. Por tanto, TELEFÓNICA habría podido incumplir el compromiso 2.9, apartado e), perjudicando al consumidor que se ve obligado a pagar precios superiores para acceder a alguno de estos canales, bien por venderse de forma empaquetada con otros canales o bien por obligarle a contratar un servicio de fusión más caro.

Este posible incumplimiento del compromiso 2.9.e) se habría producido tanto en relación con los canales de la oferta mayorista de julio de 2015 como en relación con los canales de la oferta mayorista de julio de 2016.

Si bien a fecha 26 de diciembre de 2017, la página de inicio de la web de TELEFÓNICA informa sobre la posibilidad de adquirir canales *premium* a la carta a través de venta asistida por el teléfono 900 200 477, TELEFÓNICA no ha acreditado que esta contratación a la carta esté disponible a través de otras vías (plataforma online, descodificadores, 1004 o tiendas físicas), en las que sí es posible contratar los canales *premium* empaquetados u otros canales a la carta, como Toros o Playboy TV.

Por lo tanto, la Dirección de Competencia entiende que las medidas aplicadas por TELEFÓNICA no habrían subsanado el posible incumplimiento del compromiso 2.9.e), por lo que el Consejo de la CNMC deberá valorar si procede instar la apertura de un expediente sancionador contra TELEFÓNICA por esta cuestión.

Por otra parte, en los canales Abono Fútbol y Abono Fútbol 1 (oferta mayorista de julio de 2015) ofertados con señal diferenciada, se incluyeron en algunas emisiones autopromociones de TELEFÓNICA, lo que ha podido suponer el incumplimiento parcial del compromiso 2.9.f). Sin embargo, la Dirección de Competencia no dispone de indicios que justifiquen que este incumplimiento sería lo suficientemente sustancial y reiterado como para recomendar la apertura de un expediente sancionador contra TELEFÓNICA por esta cuestión.

TELEFÓNICA habría podido también incumplir el compromiso 2.9.h), al haber incluido en las condiciones generales de la oferta mayorista de 2015, obligaciones a los operadores de televisión de pago que no están justificadas, en concreto, el adelanto a TELEFÓNICA del material promocional para su autorización previa. No obstante, la Dirección de Competencia no tiene constancia de que esta exigencia se haya puesto en práctica, por lo que considera que no es pertinente abrir un expediente sancionador a TELEFÓNICA por esta cuestión. Además, TELEFÓNICA ha retirado esta exigencia de las condiciones aplicables a la oferta mayorista de canales de julio de 2016.

TELEFÓNICA podría haber incumplido el compromiso 2.9.i), al haber incluido en las condiciones tipo de la oferta mayorista de 2015 la obligación de vincular los dispositivos OTT de alta definición (HD) al hogar del cliente, mientras que esta obligación no afectaba a los clientes del servicio YOMVI de TELEFÓNICA, por lo que esta obligación sería inequitativa y discriminatoria. No obstante, la Dirección de Competencia considera que este incumplimiento tampoco sería lo suficientemente sustancial como para recomendar la apertura de un expediente sancionador por esta cuestión, dado que no hay constancia de que los operadores de televisión hayan respetado esta limitación que, además, ha sido retirada en la oferta mayorista de julio de 2016.

Este compromiso ha podido también ser incumplido en lo que se refiere a los precios mayoristas variables de los canales ofertados, si bien este aspecto del compromiso 2.9.j) se valora en el siguiente apartado.

Sin perjuicio de todo lo anterior, la Dirección de Competencia considera que, con independencia de que se inste o no a incoar expediente sancionador por estas cuestiones, el Consejo de la CNMC debería requerir a TELEFÓNICA para que, en un plazo breve:

- TELEFÓNICA permita la contratación a la carta de los canales *premium* de su oferta mayorista por sus clientes finales del paquete de televisión de pago básico más contratado en la plataforma IPTV de televisión de pago, por las mismas vías en los que estos canales se comercializan de forma empaquetada a estos clientes.
- TELEFÓNICA modifique la redacción de la condición tipo nº 5 de su oferta mayorista de canales, aclarando que solo podrá retirar de su oferta mayorista los canales *premium* no adquiridos por terceros, cuyos derechos de emisión hayan expirado y no hayan sido renovados

10.4 Principios que deben regir la determinación del precio variable de cada canal de la oferta mayorista de canales de televisión PREMIUM

Conforme a la información disponible, la Dirección de Competencia considera que TELEFÓNICA ha cumplido, con carácter general, con las obligaciones de envío de información señaladas en el anexo 2, apartado 2.2.

En lo que se refiere a los canales de la oferta mayorista para los que existe un coste mínimo garantizado y, en particular, en relación con Abono Fútbol 1 (temporada 2015/2016), tal y como señala la Resolución del Consejo de la CNMC de 4 de mayo de 2017 en el expediente de referencia, revisando la aplicación por TELEFÓNICA del CMG a los operadores contratantes de los dos canales de fútbol de la primera oferta mayorista, el CPA inicialmente establecido por TELEFÓNICA es superior al CPA orientado a costes calculado conforme a los compromisos. Por ello, dicha resolución estableció que TELEFÓNICA debería regularizar el número máximo de cuotas y, en su caso, de los precios variables aplicados a los operadores para el canal Abono Fútbol 1.

Si bien ello podría suponer un incumplimiento del Anexo 1, apartado 1.1.b, de los compromisos, la Dirección de Competencia considera que este incumplimiento no sería lo suficientemente sustancial como para recomendar la apertura de un expediente

sancionador contra TELEFÓNICA por esta cuestión, especialmente porque parte de los problemas de determinación del CMG no serían imputables a TELEFÓNICA, y puesto que no se tiene constancia de que el CPA replicable inicialmente calculado para el canal Abono Fútbol 1 haya tenido una incidencia práctica significativa sobre los operadores demandantes de este canal

En lo que respecta al resto de canales con coste mínimo garantizado de las ofertas mayoristas de 2015 y 2016, la Dirección de Competencia no dispone de indicios que indiquen que el CPA aplicado por TELEFÓNICA incumple con lo establecido en el anexo 1 de los compromisos.

En lo que se refiere a la oferta mayorista de Canal+Estrenos y Canal+Series (oferta mayorista de julio de 2015), para un correcto cumplimiento del compromiso 2.9.i), y de lo estipulado en el anexo 1, apartado 2.1, TELEFÓNICA deberá fijar un precio mayorista orientado a costes.

En el caso de Canal+Series la diferencia entre el CPA calculado por la Dirección de Competencia a la vista de los costes finalmente declarados por TELEFÓNICA, y el CPA aplicado por esta compañía no es significativa.

En lo que se refiere a Canal+Estrenos, la Dirección de Competencia considera que TELEFÓNICA debería recalcular el CPA de dicho canal, con efecto retroactivo, asignando a Canal+Estrenos (actualmente Movistar Estrenos) un importe acorde con los costes reales de adquisición de derechos de emisión de contenidos individuales, costes de producción y el número real de abonados, y realizar una imputación de costes entre canales más acorde con el porcentaje medio de pases y emisión en horario prime time en Canal+Estrenos (en torno al [...]%), así como con el peso que representa el consumo en modalidad lineal de los canales no *premium* (menor del [...]%).

En particular, atendiendo a las variables señaladas, la Dirección de Competencia propone al Consejo de la CNMC que requiera a TELEFÓNICA que se impute a Canal+Estrenos (actualmente Movistar Estrenos) el 50% del coste de adquisición de cada contenido no *premium* que también se emita en otro canal de TELEFÓNICA no sujeto a oferta mayorista y porcentajes inferiores (40%) si hay más canales que difunden el contenido en cuestión, y que el sobrecoste imputado en el periodo 2015/2016 ([...] euros) sea abonado por TELEFÓNICA a los operadores de televisión de pago que han adquirido el canal en la proporción que les corresponda.

En todo caso, a juicio de la Dirección de Competencia, este importe no es lo suficientemente relevante como para recomendar abrir un expediente sancionador a TELEFÓNICA por esta cuestión.

En lo que respecta a la oferta mayorista de julio de 2016 (canales de cine y series), la Dirección de Competencia no dispone de indicios que indiquen que el CPA aplicado por TELEFÓNICA incumple con lo establecido en el anexo 1 de los compromisos.

10.5. Compromisos relacionados con la adquisición de canales editados por terceros

TELEFÓNICA habría podido incumplir el compromiso 2.10, en relación con el canal [...], adquirido con anterior a la entrada en vigor de los compromisos, al exigir al proveedor

del mismo en el caso de que éste optase por aceptar la renuncia de TELEFÓNICA a la exclusividad de dicho canal, una compensación ligada al beneficio adicional que obtenga el proveedor por la venta del canal a otros operadores de televisión de pago (compensación vinculada de forma creciente al número de operadores que adquieran el canal), por lo que la Dirección de Competencia considera que dicha compensación no se ajusta a criterios objetivos y proporcionales.

En todo caso, la Dirección de Competencia entiende que, de cara a valorar la posible apertura de un expediente sancionador contra TELEFÓNICA por esta cuestión, hay que tener en cuenta que la audiencia de este canal es mínima y que no se tiene constancia de que haya habido otros operadores de televisión de pago en España interesados en la emisión del mismo.

Por otra parte, TELEFÓNICA firmó un contrato con MEDIAPRO para la explotación en exclusiva del canal “beIN Sports la Liga”, en las modalidades de satélite, cable, fibra óptica, ADSL e IPTV, tanto para dispositivos fijos como móviles, si bien posteriormente, antes de comenzar las emisiones de dicho canal, el contrato fue modificado eliminando dicha exclusividad, por lo que la Dirección de Competencia no considera que este inicial incumplimiento deba ser tenido en consideración de cara a la apertura de un hipotético expediente sancionador.

10.6 Compromisos relacionados con la distribución de canales de televisión de terceros

Con la información disponible, la Dirección de Competencia no tiene indicios de que TELEFÓNICA haya incumplido las obligaciones de distribución en su plataforma IPTV de los principales canales de televisión de ámbito nacional en abierto y de los canales de televisión de pago editados por terceros, de acuerdo con lo indicado en el compromiso 2.11, durante el periodo analizado en este informe.

10.7 Compromisos relacionados con mercados de comunicaciones electrónicas

Con la información disponible, la Dirección de Competencia no tiene indicios de que TELEFÓNICA haya incumplido las obligaciones previstas en el compromiso 3 y en el anexo 3.

En todo caso, dada la evolución de la capacidad de interconexión de TELEFÓNICA en España con terceros operadores, la Dirección de Competencia propone a TELEFÓNICA, en línea con la coordinación establecida en el punto 6 del Anexo 3, la Dirección de Competencia plantea al Consejo de la CNMC la posibilidad de que se requiera a TELEFÓNICA que reconsidere la pertinencia de mantener a [...] como un ICP de renombre de no modificarse su actual situación, salvo que acredite que no es posible llegar a un acuerdo con un tercer operador de cara a establecer las garantías que requiere un nombramiento como ICP de renombre.

UNDÉCIMO.- Valoración de la Sala de Competencia de la CNMC

La presente Resolución tiene por objeto valorar el cumplimiento de los compromisos señalados en el Fundamento de Derecho Segundo de la presente Resolución, que forman parte de los compromisos recogidos en el Fundamento de Derecho Segundo de la Resolución de 22 de abril de 2015 del Pleno del Consejo de la CNMC en el expediente sobre la concentración económica C/0612/14, TELEFÓNICA/DTS, y resolver sobre las cuestiones suscitadas por la Dirección de Competencia tras las actuaciones de vigilancia realizadas y detalladas en su Informe Parcial de Vigilancia de 26 de febrero de 2018.

En concreto, en el Informe Parcial de Vigilancia de la Dirección de Competencia, se propone a la Sala de Competencia del Consejo que resuelva en relación con las siguientes cuestiones:

- i. Valoración de una serie de indicios detectados por la Dirección de Competencia que pudieran ser indicativos de incumplimientos de los compromisos de 14 de abril de 2015 para, en su caso, decidir si procede o no instar la incoación de expediente sancionador en relación con esos posibles incumplimientos.
- ii. Valoración y decisión sobre las propuestas de la Dirección de Competencia de requerimiento a TELEFÓNICA para la adopción de determinadas actuaciones que aseguren el cumplimiento adecuado y efectivo de los compromisos analizados.

La Sala de Competencia del Consejo, en consonancia con la Dirección de Competencia, y conforme a la información facilitada y disponible en el marco de la vigilancia, no aprecia indicios de incumplimiento de los siguientes compromisos de 14 de abril de 2015 recogidos en la Resolución de la CNMC de 22 de abril de 2015:

- Compromisos 1 y del Anexo 2, apartado 1.1. relacionados con el mercado minorista de televisión de pago.
- Compromiso 2.9, apartados a, b, d, k, (i) y Anexo 1, apartados 3 y 4, relacionados con la oferta mayorista de canales de televisión *premium*. Adicionalmente, no ha sido necesario el cumplimiento del compromiso del apartado 2.9.g) y del anexo 2, apartado 2.1.c) en la medida en que los servicios ahí descritos (servicio SVOD de contenidos *premium*) no han sido comercializados a nivel minorista.
- Compromisos del Anexo 2, apartado 2.2 (que contemplan las obligaciones de envío de información) y en el Anexo 1 (en relación con el CPA aplicado a la oferta mayorista en 2016 de canales de cine y series) relacionados con los principios que deben regir la determinación del precio variable de cada canal de la oferta mayorista de canales de televisión *premium*.
- Compromiso 2.11 (obligaciones de distribución en su plataforma IPTV) relacionado con la distribución de canales de televisión de terceros.
- Compromisos 3 y en el Anexo 3 relacionados con los mercados de comunicaciones electrónicas, (sin perjuicio de la posibilidad de requerir a

TELEFÓNICA para que reconsidere la pertinencia de mantener a Deutsche Telekom como ICP de renombre).

No obstante, en línea con la Dirección de Competencia, la Sala sí aprecia indicios de incumplimiento de los siguientes Compromisos:

- Para algunos contratos, compromisos 2.1; 2.2; 2.5; 2.6; 2.7; y del Anexo 2, apartados 2.1 a) y c), relacionados con el mercado de comercialización de contenidos audiovisuales individuales y, en particular, con el cálculo de la compensación exigida si el proveedor acepta modificarlos contratos y adaptarlos a los compromisos y las cláusulas preferenciales y los períodos de explotación superiores a los permitidos.
- Compromiso 2.9 apartados e, f, h, y j, relacionado con la oferta mayorista de canales de televisión *Premium* en su oferta mayorista de julio de 2015.
En particular, hay que tener en cuenta que el incumplimiento del compromiso 2.9. e) –disponibilidad para la contratación a la carta de los canales propios *premium* por parte de los clientes finales-, que se habría producido tanto en relación con los canales de la oferta mayorista de julio de 2015 como la de julio de 2016, perjudica al consumidor que se ve obligado a pagar precios superiores para acceder a alguno de estos canales, bien por venderse de forma empaquetada con otros canales o bien por obligarle a contratar un servicio de fusión más caro. Como indica la Dirección de Competencia, hasta el momento TELEFÓNICA no habría subsanado el posible incumplimiento.
- Compromisos previstos en el Anexo 1, apartado 2.1 de los para un correcto cumplimiento del Compromiso 2.9.j) en relación con los principios que deben regir la determinación del precio variable de cada canal de oferta mayorista de canales de televisión *Premium*.
- Compromiso 2.10 relacionado con la adquisición de canales editados por terceros.

En relación con los indicios de incumplimientos detectados, y teniendo en cuenta las circunstancias concretas señaladas por la Dirección de Competencia que rodean algunos de los posibles incumplimientos así como sus efectos reales, la Sala de Competencia considera que, al objeto de poder alcanzar un resultado más ágil y eficiente para las condiciones de competencia en el mercado, procede en este momento requerir a TELEFÓNICA completar el cumplimiento de determinadas obligaciones de actuación e información en estricto cumplimiento de los compromisos analizados y, en caso de no constatar su realización en un determinado periodo de tiempo, instar en su caso la incoación de un procedimiento sancionador, pudiendo además imponerse, de acuerdo con el artículo 67 de la LDC, multas coercitivas cuyo importe, dado el volumen de negocios de TELEFÓNICA afectado por sus productos empaquetados por su televisión de pago en España, debería ser alto para tener carácter efectivamente disuasorio y coercitivo dentro del límite –hasta 12.000 euros al día- establecido en el mencionado artículo.

Por ello, conforme a las observaciones de la Dirección de Competencia, la Sala considera pertinente acordar los siguientes requerimientos a TELEFÓNICA para que, en un plazo máximo de 2 meses, complete las actuaciones establecidas a continuación en relación con los compromisos señalados:

I. Compromisos relacionados con el mercado de comercialización de contenidos audiovisuales individuales:

1. Requerir a TELEFÓNICA para que renuncie a las cláusulas preferenciales y de tanteo no ejecutadas que haya incluido en los contratos vigentes de adquisición de derechos de emisión de ferias taurinas y en el contrato con [...].
2. Requerir a TELEFÓNICA para que especifique en el contrato que se firme con [...] que la puesta a disposición de los títulos deberá tener lugar en un plazo no superior a tres años desde la firma del contrato.
3. Requerir a TELEFÓNICA para que envíe un escrito a [...] proponiendo eliminar la obligatoriedad de adquirir temporadas ya emitidas.

II. Compromisos relacionados con la oferta mayorista de canales de televisión *Premium*

4. Requerir a TELEFÓNICA para que permita la contratación a la carta de los canales *premium* de su oferta mayorista por sus clientes finales del paquete de televisión de pago básico más contratado en la plataforma IPTV de televisión de pago, por las mismas vías en las que estos canales se comercializan de forma empaquetada a estos clientes.
5. Requerir a TELEFÓNICA para que modifique la redacción de la condición tipo nº 5 de su oferta mayorista de canales, aclarando que solo podrá retirar de su oferta mayorista los canales *premium* no adquiridos por terceros, cuyos derechos de emisión hayan expirado y no hayan sido renovados.

III. Compromisos relacionados con los principios que deben regir la determinación del precio variable de cada canal de la oferta mayorista de canales de televisión *Premium*

6. Requerir a TELEFÓNICA para que recalcule, con efecto retroactivo, el CPA de Canal+Estrenos (actualmente Movistar Estrenos) correspondiente a la oferta mayorista de julio de 2015, asignándole un importe acorde con los costes reales de adquisición de derechos de emisión de contenidos individuales, costes de producción y el número real de abonados, y realizar una imputación de costes entre canales más acorde con el porcentaje medio de pases y emisión en horario *prime time* de Canal+Estrenos (en torno al [...]%), así como con el peso que representa el consumo en modalidad lineal de los canales no *premium* (menor del [...]%).

En particular, se requiere a TELEFÓNICA que impute a Canal+Estrenos (actualmente Movistar Estrenos) el 50% del coste de adquisición de cada

contenido no *premium* que también se emita en otro canal de TELEFÓNICA no sujeto a oferta mayorista y porcentajes inferiores (40%) si hay más canales que difunden el contenido en cuestión, y que el sobrecoste imputado en el período 2015-2016 ([...] euros) sea abonado por TELEFÓNICA a los operadores de televisión de pago que han adquirido el canal en la proporción que les corresponda.

IV. Compromisos relacionados con los mercados de comunicaciones electrónicas

7. Requerir a TELEFÓNICA para que reconsidere la pertinencia de mantener a [...] como un ICP de renombre en el caso de que persista la situación constatada durante la investigación de la DC, salvo que acredite que no es posible llegar a un acuerdo con un tercer operador de cara a establecer las garantías que requiere un nombramiento como ICP de renombre.

No obstante los anteriores requerimientos, y como ya se ha indicado, en el caso de que no pueda constatarse el cumplimiento exigido de los compromisos en los términos indicados como consecuencia de los requerimientos planteados, esta Sala de Competencia, sin perjuicio del establecimiento de multas coercitivas superado el plazo establecido, adoptará una nueva Resolución instando en su caso a la Dirección de Competencia para que inicie un procedimiento sancionador por incumplimiento de los compromisos incluidos en la resolución de 22 de abril de 2015.

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

HA RESUELTO

PRIMERO.- Requerir a TELEFÓNICA para que en el plazo máximo de 2 meses adopte las actuaciones pertinentes en relación con los requerimientos detallados en el Fundamento de Derecho UNDÉCIMO de esta Resolución.

SEGUNDO.- Requerir a TELEFÓNICA para que con carácter quincenal proporcione información detallada del estado del cumplimiento de los requerimientos referidos en el Resuelve Primero.

TERCERO.- El incumplimiento de la presente Resolución en el plazo establecido conllevará la imposición de multas coercitivas por importe de 8.000 euros al día.

CUARTO.- Interesar de la Dirección de Competencia la continuación de la vigilancia de la Resolución del Consejo de la CNMC de 22 de abril de 2015 recaída en el expediente C/0612/14 TELEFONICA/DTS.

Comuníquese esta Resolución a la Dirección de Competencia de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia y notifíquese a las partes interesadas, haciéndoles saber que la misma pone fin a la vía administrativa y que pueden interponer contra ella recurso contencioso-administrativo ante la Audiencia Nacional en el plazo de dos meses a contar desde su notificación.