

**ACUERDO POR EL QUE DA CONTESTACION A LA CONSULTA DE ORANGE ESPAGNE, S.A.U. RELATIVA A LOS CRITERIOS PARA EL CÁLCULO DE LA CUOTA DE ABONADOS RECURRENTE A LA TELEVISIÓN DE PAGO, PARA LA DETERMINACIÓN DEL COSTE MÍNIMO GARANTIZADO DE LOS CANALES DE FÚTBOL Y MOTOR DE LA OFERTA MAYORISTA DE TELEFÓNICA EN EL MARCO DE LOS COMPROMISOS DE LA CONCENTRACIÓN TELEFÓNICA/DTS (C/0612/14)**

**Expte. VC/0612/14 TELEFÓNICA/DTS**

**CONSEJO. SALA DE COMPETENCIA**

**Presidenta**

D<sup>a</sup>. Cani Fernández Vicién

**Consejeros**

D<sup>a</sup>. María Ortiz Aguilar

D<sup>a</sup> María Pilar Canedo Arrillaga

D. Carlos Aguilar Paredes

D. Josep María Salas Prat

**Secretario del Consejo**

D. Joaquim Hortalà i Vallvé

En Madrid, a 23 de febrero de 2021

Vista la consulta formulada por Orange Espagne, S.A.U.(Orange) en el expediente VC/0612/14 TELEFÓNICA/DTS, la SALA DE COMPETENCIA acuerda lo siguiente:

**ANTECEDENTES DE HECHO**

1. Con fecha 22 de abril de 2015, el Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) resolvió autorizar con compromisos la operación de concentración económica que dio lugar al expediente C/0612/14 TELEFÓNICA/DTS. Por acuerdo del Ministro de Economía y Competitividad de 30 de abril de 2015, la operación de concentración mencionada no fue elevada para su decisión al Consejo de Ministros, por lo que esta resolución devino firme en vía administrativa.

2. El Consejo de la CNMC resolvió encomendar a la Dirección de Competencia (DC) la vigilancia del cumplimiento de los compromisos del grupo TELEFÓNICA de 14 de abril de 2015 (“los compromisos”) a los que se subordinó la autorización de la operación de concentración económica TELEFÓNICA/DTS anteriormente mencionada. Esta vigilancia dio lugar a la apertura del expediente VC/0612/14.
3. Con fecha 9 de julio de 2020 el Consejo de la CNMC resolvió prorrogar los compromisos a los que se subordinó la autorización de la operación de concentración C/0612/14.
4. El 27 de octubre de 2020 Orange presentó escrito de Consulta (folios 79574 a 79580) planteando determinadas cuestiones relacionadas con los compromisos a los que se subordinó la citada operación de concentración, en particular sobre los criterios para el cómputo de los abonados a la TV de pago en el reparto del Coste Mínimo Garantizado (CMG) y la comercialización empaquetada de canales sujetos al CMG adquiridos por operadores “over the top” (OTT).
5. Con fecha 23 de diciembre de 2020 Orange aportó escrito adicional (folios 80093 a 80098) a su consulta de 27 de octubre de 2020 con el objeto de aclarar en mayor medida la primera de las cuestiones planteadas mediante la descripción de las condiciones técnicas y operativas en sus plataformas de red y comerciales para el acceso de los clientes a los canales de televisión de pago ofrecidos por Orange y, en particular, para el acceso a los canales adquiridos por Orange de la oferta mayorista de Telefónica<sup>1</sup>.
6. Con fecha 21 de enero de 2020, la DC elevó a la Sala de Competencia su Propuesta de Acuerdo por el que da contestación a la consulta realizada por Orange.
7. La Sala de Competencia del Consejo aprobó este acuerdo en su sesión del 23 de febrero de 2021

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

### PRIMERO. - HABILITACIÓN COMPETENCIAL

El artículo 41.1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (**LDC**) establece que la 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*”.

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 21 de la LCNMC, y con el artículo 14 del Real Decreto 657/2013, de 30 de agosto, por el que se aprueba el Estatuto Orgánico

---

<sup>1</sup> De la sexta oferta mayorista de Telefónica, Orange ha contratado los canales de fútbol ‘La Liga’ y ‘Liga de Campeones’ para la temporada 2020/2021, así como el canal ‘Series’.

de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, esta Sala es competente para dar respuesta a la consulta planteada por Orange.

## SEGUNDO. – OBJETO DE LA CONSULTA

Orange hace referencia a las resoluciones de los informes parciales de vigilancia de 4 de mayo de 2017 (reparto del CMG 2015/2016), de 22 de mayo de 2018 y de 11 de junio de 2019 (reparto del CMG 2016/2017). Según Orange, de estas resoluciones se desprenderían los siguientes criterios para determinar el número de abonados a la TV de pago de acuerdo al criterio “Cuota de abonados recurrentes de televisión de pago” fijado en el Anexo 1 de los compromisos<sup>2</sup>:

- (i) Que los abonados reciban los contenidos empleando sistemas de acceso condicional que permitan descodificar la señal encriptada (mediante descodificador de tipo hardware o software) o sean identificados por cualquier otro medio con las suficientes garantías de seguridad;
- (ii) que realicen un pago específico por estos contenidos, implícita o explícitamente;
- (iii) y que el sistema de acceso condicional mencionado les permita tener acceso de forma inmediata a los canales de fútbol de la Oferta mayorista.

Orange indica que los tres requisitos parecen ser cumulativos, es decir, si alguno de ellos no se cumple, los clientes de ese servicio no computarían en el cálculo del número de abonados a los efectos del antes citado criterio “Cuota de abonados recurrentes de televisión de pago”. Orange solicita que se aclare o se confirme este aspecto.

Asimismo, Orange hace alusión a la resolución de 11 de junio de 2019, en la que se consideró que los clientes de Telefónica de “Fusión Contigo” con descodificador, sí debían considerarse clientes de TV de pago a efectos del criterio “Cuota de abonados recurrentes de televisión de pago”, mientras que no debían considerarse los clientes de “Fusión Contigo” OTT sin descodificador. En particular Orange hace referencia a lo señalado en dicha resolución: *“los abonados a Fusión Contigo IPTV que disponen de descodificador reciben los contenidos de la televisión de pago empleando sistemas de acceso condicional con las suficientes garantías de seguridad y por los cuales, implícita o explícitamente, realizan un pago específico, no debiendo hacer Telefónica ninguna actuación adicional en el domicilio del abonado para permitir que éste acceda a los canales de la oferta mayorista. (...) En todo caso, ningún abonado OTT sin descodificador ha sido considerado computable a efectos del criterio del 75%.”*

En este sentido, Orange indica respecto a determinados productos de Telefónica que, *“En el caso de Fusión Contigo OTT o de Fusión 0 OTT (sin descodificador) los clientes acceden a contenidos de producción propia de Movistar+ a través de #0 y #Vamos,*

---

<sup>2</sup> El Anexo 1 de los compromisos establece el reparto del CMG neto de cada canal de manera proporcional entre los distintos operadores que lo adquieren (incluida Telefónica) dando un peso del 75% al número de abonados a la TV de pago; un peso del 20% por el número de accesos comercializados de banda ancha fija aptos para la TV de pago; y un peso del 5% en base al mercado potencialmente accesible a la TV de pago.

además de canales de la TDT y paquetes adicionales<sup>3</sup>. Estimamos que existen unos [CONFIDENCIAL] clientes Fusión sin descodificador que no se estarían contabilizando como clientes de TV de pago.”

En sus escritos de 27 de octubre y 23 de diciembre de 2020, plantea las siguientes cuestiones:

- **Primera cuestión**

Orange expone que “A la vista de las Resoluciones parciales del expediente de Vigilancia y de acuerdo con la Resolución de esa CNMC del expediente C/0612/14 TELEFÓNICA/DTS, de 22 de abril de 2015, y de las ofertas existentes o que han existido en el mercado como las Fusión Contigo OTT o de Fusión 0 OTT, entendemos que el criterio para considerar si los clientes de TV de un operador computan para el 75% del Coste Mínimo Garantizado viene dado por los tres requisitos mencionados anteriormente (sistemas de acceso condicional que permitan descodificar la señal encriptada, un pago específico por estos contenidos y acceso de forma inmediata a los canales de fútbol).

Teniendo esto en cuenta, se solicita a esa CNMC que confirme que los clientes de un servicio convergente de Orange que incluya una oferta de televisión con las siguientes características:

- sin descodificador (con acceso condicional a través de una aplicación);
- que incluya contenidos limitados a canales de TDT, canales editados por el operador, o algunos otros canales temáticos no incluidos en la Oferta Mayorista de Telefónica;
- sin acceso a canales de la Oferta Mayorista de Telefónica ni posibilidad de contratarlos y
- que en el caso de que un cliente quisiera tener acceso a canales de la oferta mayorista de Telefónica, debería darse de baja de este servicio y contratar una oferta diferente, enviándosele para ello un descodificador,

no computarían como clientes de TV de pago a efectos del 75% del Coste Mínimo Garantizado en la fórmula. En caso de no confirmación, ¿qué requisitos adicionales debería cumplir dicha oferta para que los clientes no computasen a este efecto?”

En su escrito de 23 de diciembre de 2020, Orange acota y aclara en mayor medida el planteamiento de esta cuestión y aporta una descripción básica de las dos plataformas para ofrecer TV de pago, haciendo énfasis en las necesidades tanto por parte del cliente como de Orange para permitir el acceso a cualquier producto que incluya uno o más canales mayoristas (de la oferta de Telefónica) adquiridos por Orange.

Así, Orange hace referencia a dos plataformas de servicios de TV de pago a las que pueden acceder sus clientes de productos que incluyen contenidos de televisión. En

---

<sup>3</sup> “Se pueden contratar paquetes (CINE, SERIES, SELECCIÓN DEPORTES...) o canales de TV adicionales (Iberalia, Caza y Pesca, Toros, Mezzo, Stingray Classica, Favoritos Latino, Playboy... y más) <https://www.movistar.es/particulares/fusion/fusion-cero>.”

cada una de las plataformas se configuran los perfiles comerciales y el tipo o tipos de equipamiento de cliente necesario para su acceso.

Para el servicio '**Orange TV Play**', el más básico, Orange indica que se soporta en una plataforma de acceso OTT para el que está bloqueado el acceso a los canales de la oferta mayorista (p.ej. fútbol o series). Los clientes no disponen de descodificador. El acceso condicional se realiza a través de una aplicación que los autentifica (usuario y contraseña) como pertenecientes al servicio '*Orange TV Play*' para acceder a canales de TV de Orange que tengan contratados, pero no podrán acceder a ningún canal de la oferta mayorista, salvo que migren y se den de alta en otro producto que sí lo permita y que formará parte de la otra plataforma de TV de pago de Orange que se comenta a continuación.

En el servicio '**Orange TV Total**', más completo, los clientes dispondrán en su domicilio de un descodificador hardware (*Set Top Box, STB*), cuya instalación Orange justifica como necesaria por razones técnicas, añadiendo también razones técnicas para el acceso a los canales de fútbol tales como la gestión de los flujos de tráfico empleando la funcionalidad *multicast* que permiten mayores calidades de recepción por los menores retardos. Es preciso no obstante apuntar que, para otros canales como el canal mayorista de series, las exigencias técnicas apuntadas por Orange no serían tan necesarias (aunque permitan garantizar un servicio de mayor calidad).

Desde el servicio y la plataforma '*Orange TV Total*', Orange señala que los clientes también pueden acceder al servicio desde otros dispositivos diferentes del STB mediante una solución OTT, aunque este acceso es soportado de forma totalmente independiente al de los clientes provisionados mediante '*Orange TV Play*'. Orange enfatiza que el perfil de los clientes del servicio '*Orange TV Play*' reside en un módulo de la plataforma de TV completamente diferente del módulo donde están los clientes del servicio de '*Orange TV Total*', y únicamente los clientes de este último módulo podrán acceder a los canales de la Oferta Mayorista.

En su escrito de 23 de diciembre de 2020, Orange asimila sus clientes al servicio y plataforma '*Orange TV Play*' a los clientes de Telefónica de *Fusión Contigo OTT* o *Fusión 0 OTT* (ambos sin descodificador), pues estos clientes acceden a contenidos de producción propia de Movistar+ a través de #0 y #Vamos, además de a los canales de la TDT y otros paquetes adicionales. Los clientes de esos servicios de Telefónica no disponen de descodificador hardware (aunque sí de un acceso condicional a través de una aplicación<sup>4</sup>), no pueden acceder a los canales de la oferta mayorista y no se han contabilizado como clientes de TV de pago a efectos de determinación del CMG.

En este sentido, Orange señala que *“si los clientes de Telefónica de las ofertas descritas [Fusión Contigo OTT o Fusión 0 OTT (sin descodificador)] no computan para el cálculo del CMG, los clientes de la oferta de Orange con las características descritas en la cuestión primera de la consulta planteada por Orange, tampoco deberían computar.”*

- **Segunda cuestión**

---

<sup>4</sup> '*Movistar+ a través de OTT*' ó '*Movistar+ en Dispositivos*'.

Orange plantea lo siguiente: *“En relación con el detalle de los contenidos que pueden integrar una oferta de televisión de pago con las características especificadas en el apartado anterior, se solicita confirmación de cuáles son los canales que dicha oferta no debe contener para que los clientes no computen como clientes de TV de pago a efectos del 75% del Coste Mínimo Garantizado de la fórmula:*

- a. *¿Los canales de fútbol de la Oferta Mayorista?*
- b. *¿Los canales de la oferta mayorista sometidos a Coste Mínimo Garantizado?*
- c. *¿Cualquiera de los canales de la Oferta Mayorista?*

*Asimismo, se solicita confirmación de que dicha oferta sí puede contener canales de TDT, canales editados por el operador, o algunos otros canales temáticos no incluidos en la Oferta Mayorista de Telefónica, sin que los clientes computen como clientes de TV de pago a efectos del 75% del Coste Mínimo Garantizado de la fórmula. ¿Existiría alguna limitación a ese tipo de contenidos o bastaría con que no fueran parte de la Oferta Mayorista?”*

- **Tercera cuestión**

La tercera cuestión planteado por Orange es la siguiente: *“En relación con lo mencionado en la Resolución de 4 de mayo de 2017, la Dirección de Competencia estimaba que los abonados de Telecable que no disponían de un descodificador no podían disfrutar de forma inmediata del acceso a los canales de fútbol de la Oferta Mayorista, ya que debían contratar e instalar en su domicilio un descodificador. En relación con lo anterior, ¿se entiende que no es un acceso inmediato cuando los clientes de un servicio de televisión de pago sin descodificador ni acceso a los canales de la Oferta Mayorista que quisieran tener acceso a estos canales tuvieran que dar de baja este servicio y contratar otra oferta con un servicio de televisión diferente recibiendo un descodificador?”*

- **Cuarta cuestión**

Por último solicita *“confirmación de que si Orange empaquetase con su oferta de servicios de comunicaciones electrónicas la oferta de televisión de pago de un tercero (por ejemplo, Fubo), que incluyese canales de la Oferta Mayorista de Telefónica (nótese que dichos clientes tienen un contrato de servicios de comunicaciones electrónicas con Orange, pero el contrato de televisión de pago no lo tendrían con Orange, sino con el tercero), dichos clientes no serían considerados clientes de televisión de pago de Orange a efectos del 75% del Coste Mínimo Garantizado de la fórmula.”*

## **TERCERO. - CONTESTACIÓN A LA CONSULTA PLANTEADA**

En contestación a la consulta formulada por ORANGE, procede hacer las siguientes consideraciones:

### **1. Cuestiones preliminares**

De manera previa a dar respuesta a las cuestiones planteadas por Orange, es conveniente poner de relieve algunos aspectos relevantes que caracterizan en gran medida el concepto de abonado a la televisión de pago.

Es preciso adelantar que ninguna definición o caracterización que pretenda tomarse como referencia podrá incorporar un determinismo total permitiendo identificar en el 100% de los casos qué abonados deben o no deben ser computados como abonados a la TV de pago bajo el criterio “Cuota de abonados recurrentes de televisión de pago”, pues la casuística real puede ser muy amplia y las condiciones de la tecnología y de cómo se ofertan los productos de TV de pago irán evolucionando, haciendo difícil establecer una definición concreta y estática que permita abordar todas las posibilidades.

El Anexo 1.1 apartado a) de los compromisos establece lo siguiente: *“Cuota de abonados recurrentes de televisión de pago: El 75% de este coste fijo se repartirá en base al porcentaje de abonados de televisión de pago que dicho operador de televisión de pago tenga en el primer día del último mes de la temporada anterior al comienzo de la temporada de los eventos deportivos incluidos en dicho canal, en relación con el conjunto de abonados de televisión de pago que Telefónica y que los operadores de televisión de pago que adquieran el canal tengan en ese mismo día.”*

Hasta la fecha, en las resoluciones de los IPV relativos al CMG, la CNMC ha venido delimitando y precisando determinadas cuestiones relativas al alcance del concepto “abonados recurrentes de televisión de pago” a que hace referencia el Anexo 1 apartado 1.1.a) de los compromisos.

La resolución de 4 de mayo de 2017 recoge de manera resumida los criterios de la DC en relación con esta cuestión aprobados por el Consejo de la CNMC, e incluidos en el apartado 4.3 del Fundamento Jurídico Cuarto y en el Fundamento Jurídico Quinto. A continuación, se recogen los principales criterios en dicha resolución respecto de la cuestión planteada:

*“Por ello, la Dirección de Competencia considera que en el número de abonados a la televisión de pago de cada operador deberá incluirse, por tanto, al conjunto de todos los abonados del segmento residencial y no-residencial que disfrutan de un servicio de canales de televisión de pago por el que a los abonados le es facturada, de forma directa o indirecta, una cierta cantidad.*

*A estos efectos, la Dirección de Competencia señala que los tres criterios de reparto del coste mínimo garantizado buscan graduar la potencialidad que tiene cada operador para comercializar los canales de la oferta mayorista a clientes finales.*

*El criterio del 75%, el que mayor peso tiene, es el que refleja mayor **potencialidad** de captación de clientes para los canales de la oferta mayorista de TELEFÓNICA, en la medida que en este caso el operador no debe hacer ninguna actuación adicional en el domicilio del abonado, ni le debe asignar claves específicas, para permitir que éste acceda a los canales de fútbol de la oferta mayorista.”* [Énfasis añadido]. (...)

*“la Dirección de Competencia propone considerar que los abonados a tener en cuenta para cada operador serán aquéllos que reciben los contenidos de la televisión de pago empleando sistemas de acceso condicional que permiten descodificar la señal encriptada (mediante descodificador de tipo hardware o software) o son identificados por cualquier otro medio con las suficientes garantías*

*de seguridad y por los cuales, implícita o explícitamente, realizan un pago específico.” (...)*

*“Sin embargo, como en el caso de Telecable, a juicio de la Dirección de Competencia, la clave de cara a incluir o no a estos abonados en el cómputo está en la previsión y ejecución de algún sistema de acceso condicional en la plataforma de televisión, que permita o no dar acceso de forma inmediata a los canales de fútbol de la oferta mayorista a los clientes que estén interesados en los mismos.”*

Estos conceptos de “**potencialidad**” para acceder a los canales de la oferta mayorista, evitando al mismo tiempo tener que realizar actuaciones en el domicilio del abonado para permitir tal acceso con “**inmediatez**” -entendiendo que este acceso pueda producirse de forma razonablemente rápida y sencilla-, junto con la existencia de un sistema de acceso condicional con unas características de seguridad adecuadas, son aspectos básicos para determinar si los clientes o abonados a un determinado producto deben ser considerados abonados a la TV de pago computables con el criterio del 75%.

En el marco de los compromisos, Telefónica de España, S.A.U. (**Telefónica**) ha publicado hasta la fecha seis ofertas mayoristas de canales en los meses de julio de 2015, 2016, 2017, 2018, y de junio de 2019 y 2020. La sexta oferta vigente incluye cinco canales, entre los que se encuentran los canales de fútbol “Movistar La Liga” y “Movistar Liga de Campeones” sujetos al reparto del CMG establecido en el Anexo 1 de los compromisos entre los operadores que adquieren el canal mayorista, incluida Telefónica.

Las ‘condiciones tipo’ de las ofertas mayoristas de Telefónica han venido incluyendo en su **condición tipo 3.2** una definición de abonado a la TV de pago, incorporando desde la segunda oferta los criterios recogidos en la resolución de 4 de mayo de 2017 antes señalados. Así, la definición incluida en la sexta oferta mayorista (vigente) es la siguiente:

*“A los efectos aquí previstos se entenderá por Abonados de Televisión de Pago, la totalidad de los registrados por el operador (residencial<sup>5</sup> y, en su caso Horecas cuando el ámbito de la explotación del canal así lo contemple) que reciban de manera efectiva cualquier servicio de televisión y puedan contratar cualquier canal objeto de esta Oferta Mayorista 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.” [Énfasis añadido].*

Por otra parte, **la condición tipo 1** de la misma sexta oferta mayorista establece que, “Se entenderá que son operadores de Televisión de Pago sólo aquellos operadores que utilicen un sistema de acceso condicional para codificar o encriptar su señal de televisión de manera que la misma sólo pueda ser accesible por sus propios clientes<sup>6</sup>, mediante (i) el uso de un equipo o sistema descodificador de señal, (ii) la suscripción de un contrato o aceptación de unos términos y condiciones, (iii) el pago de un precio

---

<sup>5</sup> “Entendiendo por abonados del segmento residencial, aquellos que puedan disponer de una oferta de televisión que no esté diseñada específicamente para los segmentos Horecas y Colectividades.”

<sup>6</sup> “A todos los efectos, el término cliente se entenderá indistintamente como abonado.”



*por el acceso a la señal de los canales y (iv) siempre que el operador disponga de un sistema de control del registro efectivo de dichos clientes.”*

Tomando en consideración estas premisas y el resto de aspectos contemplados en las resoluciones de la CNMC sobre los informes parciales de vigilancia relativos a CMG, se da respuesta a las cuestiones planteadas por Orange.

## 2. Respuesta a la primera cuestión

El tipo de servicio planteado por Orange se refiere al ofrecido en su plataforma a los clientes con el perfil de acceso '**Orange TV Play**', y contiene elementos a tener en cuenta para poder determinar si los clientes de dicho servicio debieran ser computables como abonados a la TV de pago a los efectos del cálculo del CMG.

En primer lugar, se señala que los clientes de este producto dispondrían de un sistema de acceso condicional a través de una aplicación. Tal y como se señalaba en la citada resolución de 4 de mayo de 2017, deben computarse como abonados de televisión de pago *“aquéllos que reciben los contenidos de la televisión de pago empleando sistemas de acceso condicional que permiten descodificar la señal encriptada (mediante descodificador de tipo hardware o software) o son identificados por cualquier otro medio con las suficientes garantías de seguridad”*. En consecuencia, el que los clientes reciban el servicio a través de una aplicación en lugar de un descodificador hardware no les excluye por este hecho de ser computados a efectos del cálculo del CMG.

En segundo lugar, se hace referencia a que los clientes de este producto no tendrían actualmente acceso a los canales de la oferta mayorista (lo que, en sentido contrario, sería ya determinante). Es más, se aclara en su escrito de 23 de diciembre de 2020 que, no se permite a los clientes con el perfil de acceso '**Orange TV Play**' el acceso a los canales de la oferta mayorista, en ningún caso.

En relación con esta segunda característica, debe recordarse que el criterio “Cuota de abonados recurrentes de televisión de pago” conlleva una medida de potencialidad para la contratación de los canales de la oferta mayorista. El hecho de que el tipo de producto especificado no tenga acceso a los canales de la oferta mayorista resulta irrelevante porque, aunque no disponga actualmente de dicho acceso, lo relevante es que lo pudiera tener (aspecto que se analiza a continuación), siendo también irrelevante si debe darse de baja del producto y alta en el nuevo producto, puesto que si tiene la posibilidad de migrar a un producto con acceso a los canales de la oferta y esta contratación o migración se pudiera producir en un breve plazo (como es habitual), se cumplirían las dos condiciones básicas de potencialidad y de inmediatez.

Se señala que los clientes del producto en cuestión no tendrían la posibilidad de contratar canales de la oferta mayorista, añadiendo que para acceder a dichos canales un cliente *“debería darse de baja de este servicio y contratar una oferta diferente, enviándosele para ello un descodificador”*. Si bien en el escrito inicial de Orange, de 27 de octubre de 2020, no se especificaban las razones del impedimento para contratar dichos canales de la oferta mayorista o por qué sería necesario instalar un descodificador al cliente, en su escrito de 23 de diciembre de 2020, Orange indica que para los canales de fútbol con los actuales requisitos de calidad, se hace necesario por razones técnicas disponer de un descodificador hardware y gestionar los flujos del tráfico IP en modo *multicast*. No obstante, aunque no se explicita en el

referido escrito, para canales con menores exigencias de retardo, como es el caso de otros canales mayoristas como los de series o cine, no resultan igualmente justificados los requisitos exigibles para los canales de fútbol de alta calidad.

No existiría razón para excluir a los clientes con perfil de acceso ‘Orange TV Play’ del cómputo como abonados de televisión de pago, si las limitaciones se derivaran de (i) una **decisión comercial del proveedor** de televisión de pago que pudiera revertirse fácilmente en otro momento. Tampoco en la medida en que la aplicación o acceso condicional utilizado por esos clientes (ii) **no presente una imposibilidad técnica objetiva** para poder recibir los canales de la oferta mayorista al igual que otros canales distribuidos a través de dicha plataforma y los clientes puedan ser identificados con las suficientes garantías de seguridad, tal y como se recoge en la resolución de 4 de mayo de 2017.

En las aclaraciones realizadas por Orange en su escrito de 23 de diciembre de 2020, el alta en el servicio ‘Orange TV Total’ se justifica “en el caso de clientes que van a acceder a canales de fútbol por múltiples razones todas ellas de naturaleza técnica, relacionadas con el uso de un STB y la gestión de los flujos de tráfico en modo *multicast*...”. A este respecto se indican los requisitos críticos de menor retardo de las tramas IP en el caso del fútbol, y el mayor ancho de banda requerido para sus emisiones, incluyendo cada vez con más frecuencia emisiones en 4K. Sin embargo, estos requisitos están más relacionados con la red de banda ancha o con el empleo de la funcionalidad *multicast* que con la necesidad de disponer de un descodificador hardware.

En todo caso, Orange no permitiría el acceso a los canales mayoristas a través de los perfiles del servicio ‘Orange TV Play’ descrito en su consulta, sino solamente contratando cualquiera de los paquetes que incluyan ‘Orange TV Total’ a que hace referencia en la misma. De igual manera, para tener acceso a los canales de fútbol (u otros canales premium), Orange exigiría la instalación de un descodificador hardware.

Por otra parte, no se considera determinante que el cliente deba darse de baja del producto y alta en el nuevo producto, puesto que si tiene la posibilidad de migrar a un producto con acceso a los canales de la oferta mayorista utilizando el sistema de acceso condicional que ya tiene instalado, dicha contratación o migración en general podrá producirse en un breve plazo, sin necesidad de intervención en el domicilio del cliente, cumpliéndose el requisito de inmediatez señalado en los precedentes.

Resulta muy relevante para dar respuesta a esta primera cuestión, la comparación que realiza Orange entre sus clientes del servicio o plataforma ‘Orange TV Play’ y los clientes de los productos de Telefónica ‘Fusión 0 OTT (opción sin descodificador)’ y ‘Fusión Contigo OTT (opción sin descodificador)’, puesto que, tal como pone de relieve Orange en su escrito de 23 de diciembre de 2020, los clientes de esos productos de Telefónica no han sido computados como clientes a la TV de pago bajo el criterio del 75% en el Anexo 1 de los compromisos en ninguna de las resoluciones sobre el reparto del CMG hasta la fecha. En este sentido, es incuestionable que la DC debe proponer aplicar en todo momento los mismos criterios a todos los operadores adquirentes de canales de la oferta mayorista de Telefónica, tanto por las razones objetivas tenidas en cuenta como en aplicación del principio de no discriminación.

En base al planteamiento del servicio tipo realizado por Orange en sus escritos de 27 de octubre y de 23 de diciembre de 2020 referido al perfil de cliente definido para la plataforma 'Orange TV Play' OTT y dado que el acceso por los clientes de esta plataforma a los canales de la oferta mayorista requerirían (i) darse de alta en uno de los productos de la plataforma 'Orange TV Total', así como (ii) el envío e instalación en el domicilio del cliente de un descodificador hardware, se concluye que no se cumpliría el requisito de inmediatez en el alta del nuevo servicio, por lo que los abonados de los productos de 'Orange TV Play' OTT bajo las condiciones técnicas y comerciales de acceso a la televisión de pago descritas por Orange, no deberían computar como abonados a la televisión de pago por el criterio del 75%. Ello resulta coherente con el criterio que ha venido siendo aplicado para los abonados de Telefónica a los productos OTT sin descodificador *Fusión 0* y *Fusión Contigo*.

Al objeto de clarificar los criterios expuestos, la siguiente tabla recoge de una manera más gráfica distintas situaciones o configuraciones de productos/clientes que podrían darse en el presente, o en un futuro, para los clientes de las plataformas 'Orange TV Play' y 'Orange TV Total', señalando en primer lugar el caso correspondiente a la primera cuestión realizada por Orange en su consulta.

Valoración de la inmediatez para contratar servicios de TV de pago con acceso a canales de la Oferta mayorista por clientes de Orange						
Plataforma de Servicio de TV	Servicio TV con/sin acceso a canales mayoristas	Dispone de App (desco software)	Dispone de Desco STB hardware	Tiempo para alta/acceso a canales mayoristas	Valoración de la Inmediatez	¿Computa para criterio 75% como abonado de TV pago?
<b>Orange TV Play</b>	SIN acceso a mayoristas	Sí	No	necesita instalar STB HW	No	No
<b>Orange TV Play</b>	SIN acceso a mayoristas	Sí	No	No necesita STB HW <sup>(1)</sup>	acceso inmediato	Sí
<b>Orange TV Play</b>	CON acceso a mayoristas	indiferente	indiferente	inmediato	acceso inmediato	Sí
<b>Orange TV Total</b>	SIN acceso a mayoristas	Sí	No	No necesita STB HW <sup>(1)</sup>	acceso inmediato	Sí
<b>Orange TV Total</b>	SIN acceso a mayoristas	indiferente	Sí	inmediato	acceso inmediato	Sí
<b>Orange TV Total</b>	CON acceso a mayoristas	indiferente	Sí	inmediato	acceso inmediato	Sí
<i>(1) En el caso de que Orange permita en un futuro el acceso a canales mayoristas con una aplicación-descodificador software</i>						
<i>Los sombreados (en gris) se corresponderían con futuras capacidades y/o configuraciones de servicio habilitadas por Orange</i>						

### 3. Respuesta a la segunda cuestión

Como se ha dicho anteriormente, para la determinación de si los clientes de un determinado producto deben ser considerados abonados a la TV de pago para el criterio del 75%, es irrelevante qué canales de TV de pago están incluidos en el producto, pues lo determinante es si dichos clientes pueden acceder a los canales de la oferta mayorista (potencialidad) con una relativa inmediatez.

En este sentido, cualquier abonado a un producto de TV de pago que no incluyera el acceso a ningún canal de la oferta mayorista, pero que, sin embargo, pudiera contratar o migrar a otro producto con acceso condicional de forma rápida, sin tardanza (con inmediatez, por ejemplo, sin que ello implicara tener que instalar en el domicilio del cliente un sistema de acceso condicional mediante un descodificador hardware), debería ser considerado un abonado a la TV de pago bajo el criterio del 75%.

Resulta en todo caso necesario que el producto del cliente o abonado reciba de manera efectiva cualquier servicio de televisión de pago (p.ej. canales de la TDT, canales editados por el operador u otros canales temáticos, como plantea Orange) de forma previa a la potencial e inmediata contratación de cualquier otro producto que le permita el acceso condicional a los canales de la oferta mayorista.

#### 4. Respuesta a la tercera cuestión

La tercera cuestión aborda el aspecto de los criterios para la exclusión de determinados clientes del operador Telecable en el cómputo como abonados de televisión de pago recogidos en la resolución de 4 de mayo de 2017, señalando Orange que dicha exclusión se habría basado en la disponibilidad o no de un descodificador en el domicilio del cliente.

En relación con esta cuestión debe recordarse que en la citada resolución el elemento fundamental para la exclusión de dichos clientes venía motivada por haberse determinado que dichos clientes no contaban con un sistema de acceso condicional *“mediante un descodificador o mediante cualquier otra aplicación o sistema software que proteja el contenido frente al intento de acceso no permitido por clientes que no hayan suscrito específicamente el servicio”*. El resultado de ello era que *“los abonados de Telecable que no cuentan con descodificador no pueden disfrutar de forma inmediata del acceso a los canales de fútbol de la oferta mayorista, pues previamente deben contratar e instalar en su domicilio un descodificador”*.

El presupuesto determinante de dicho criterio fue que dichos clientes no disponían de un sistema de acceso condicional apropiado.

Como se ha señalado en la respuesta a la pregunta primera, la baja de un servicio y el alta en el otro servicio suelen siempre producirse de manera inmediata o en muy poco tiempo a través de los sistemas del operador, siendo determinante a los efectos de la inmediatez la necesidad de envío al domicilio del cliente de un equipamiento y del probable desplazamiento de personal técnico para su instalación, de forma previa a la activación del servicio, estando este último aspecto relacionado con el hecho que el cliente disponga previamente de un sistema de acceso condicional apropiado.

Como resultado de ello debe responderse de manera negativa a la tercera de las cuestiones planteadas por Orange.

#### 5. Respuesta a la cuarta cuestión

La cuarta cuestión se refiere al empaquetamiento de servicios de comunicaciones electrónicas de un operador con la oferta de televisión de pago de otro operador *que incluyese canales de la Oferta Mayorista de Telefónica*.

Los compromisos abordan en su Anexo 1, apartado 1.1.a) la ‘comercialización conjunta’ por más de un operador, cuando solo uno de ellos ha contratado el canal sujeto al CMG, de la siguiente manera:

*“En el supuesto de que dos o más operadores ofreciesen conjuntamente servicios de comunicaciones electrónicas y/o televisión de pago que incluyesen canales de Fútbol, Fórmula 1 o Moto GP de esta oferta mayorista, el cálculo del Coste Mínimo Garantizado será el que resulte de aplicar los siguientes criterios de reparto del coste fijo:*

- *A la cuota de abonados recurrentes de televisión de pago: la suma de la cuota de los operadores.*
- *A la cuota de accesos de banda ancha fija comercializados aptos para servicios de televisión de pago: la suma de la cuota de los operadores.*

- *A la cuota de accesos de televisión de pago potenciales: la suma de la cuota de los operadores.”*

En la cuestión planteada, un solo operador individual (p.ej. FuboTV, como operador tercero) habría contratado el canal sujeto al CMG a Telefónica, si bien ambos operadores lo ofertarían en sus catálogos de productos propios, tanto el operador adquirente (FuboTV), como también Orange. Así, FuboTV lo comercializaría como operador OTT, mientras que Orange lo estaría comercializando igualmente (aunque sin haberlo adquirido a Telefónica), al incorporarlo a sus ofertas empaquetadas comercializadas bajo cualquiera de sus marcas comerciales. En el escenario planteado por Orange, se informaría a los clientes contratantes del empaquetamiento que *el contrato de televisión de pago no lo tendrían con Orange, sino con el tercero (FuboTV).*

A los efectos de computar los datos agregados de los distintos operadores que comercializan el canal (bajo criterios del 75%, 20% y 5%), aunque solo uno de ellos lo hubiese contratado, deberá constatarse la cooperación o coordinación de forma explícita o tácita, como ofrecimiento comercial o utilización conjunta sobre una única licencia de adquisición.

Los clientes de banda ancha fija de cualquier operador de comunicaciones electrónicas con un acceso apto para la TV de pago podrían acceder, por un lado, a la oferta OTT independiente de FuboTV para contratar el canal adquirido. Pero de igual forma, los clientes de Orange también podrían contratar el mismo canal a través de sus marcas en los productos empaquetados que lo incorporaran, aunque Orange indicase en las condiciones de comercialización al cliente que éste contratará dicho canal con FuboTV y no con Orange, lo cual deviene irrelevante si el cliente fuera facturado conjuntamente por Orange. Incluso si al cliente le fuera facturado de manera diferenciada por FuboTV dicho canal (algo improbable, por la complejidad que entraña), la comercialización empaquetada como parte de un producto a través de Orange, podría ser percibida por los clientes como un producto de Orange. En todo caso, la cuestión de la facturación es aquí accesoria, puesto que lo relevante es constatar que el canal adquirido solamente por FuboTV es comercializado también de forma activa bajo las marcas de Orange a sus clientes, o potenciales clientes, lo que en este contexto debe ser considerado como una comercialización del canal de naturaleza ‘conjunta’.

Esta cuestión ya fue abordada en cierta medida en la resolución de 11 de junio de 2019 en respuesta a las observaciones planteadas precisamente por Orange respecto a la potencialidad de los operadores OTT (como es el caso de FuboTV) en relación con los criterios de reparto del CMG. Orange argumentó entonces que estos operadores, cuya nueva entrada en el mercado podría dar lugar a la toma en consideración de un número inicial de abonados a la TV de pago y de accesos aptos igual a cero (criterios del 75% y del 20%), y a la consideración como único operador para el criterio del 5%, minusvaloraba la verdadera potencialidad de estos operadores OTT ya que, en opinión de Orange, *“la verdadera potencialidad de este tipo de operadores, ... debería aglutinar la de la totalidad de operadores de banda ancha fija del mercado...”*

En respuesta a dichas alegaciones la resolución referida señaló que debería existir un acuerdo (explícito o tácito), *aunque sería necesario analizar de forma específica*

*cada caso y el tipo de acuerdo, aplicando aquellos criterios objetivos, razonables y no discriminatorios que mejor se acomodasen a un reparto proporcional del CMG del canal.*

En definitiva, la cuarta cuestión plantea qué se debe considerar a efectos de los criterios del 75%, 20% y 5% en caso que *Orange empaquetase con su oferta de servicios* alguno de los canales de la oferta mayorista de Telefónica sometido al CMG ofertado (y adquirido) por un tercero. Se considera que deberán agregarse los datos correspondientes a los dos operadores de manera similar a como se establece en los compromisos para la comercialización conjunta.

#### **CUARTO. – CONCLUSIONES**

En definitiva, a la vista de todo analizado y expuesto en este acuerdo en relación con la consulta planteada por ORANGE, se concluye que:

- I) Respecto al perfil de cliente definido para la plataforma '*Orange TV Play*' OTT y dado que el acceso por los clientes de esta plataforma a los canales de la oferta mayorista requerirían (i) darse de alta en uno de los productos de la plataforma '*Orange TV Total*', así como (ii) el envío e instalación en el domicilio del cliente de un descodificador hardware, se concluye que no se cumpliría el requisito de inmediatez en el alta del nuevo servicio, por lo que los abonados de los productos de '*Orange TV Play*' OTT bajo las condiciones técnicas y comerciales de acceso a la televisión de pago descritas por Orange, no deberían computar como abonados a la televisión de pago por el criterio del 75%.
- II) Cualquier abonado a un producto de TV de pago que no incluyera el acceso a ningún canal de la oferta mayorista, pero que, sin embargo, pudiera contratar o migrar a otro producto con acceso condicional de forma rápida, debería ser considerado un abonado a la TV de pago bajo el criterio del 75%. Para ello es necesario que el producto del cliente o abonado reciba de manera efectiva cualquier servicio de televisión de pago de forma previa a la potencial e inmediata contratación de cualquier otro producto que le permita el acceso condicional a los canales de la oferta mayorista.
- III) La baja de un servicio y el alta en el otro servicio suelen siempre producirse de manera inmediata o en muy poco tiempo a través de los sistemas del operador, siendo determinante a los efectos de la inmediatez la necesidad de envío al domicilio del cliente de un equipamiento y del probable desplazamiento de personal técnico para su instalación, de forma previa a la activación del servicio, estando este último aspecto relacionado con el hecho que el cliente disponga previamente de un sistema de acceso condicional apropiado.
- IV) Se considera que tanto el operador tercero como Orange, comercializarían el canal adquirido exclusivamente por el operador tercero, por lo que de

cara a los criterios del 75%, 20% y 5% para el reparto del CMG de canal adquirido por el operador tercero, deberán agregarse los datos correspondientes a los dos operadores de manera similar a como se establece en los compromisos para la comercialización conjunta.

Comuníquese este acuerdo a la Dirección de Competencia, y notifíquese a los interesados.