

RESOLUCION DE VIGILANCIA

EXPEDIENTE TELEFÓNICA/DTS

(VC/0612/14)

CONSEJO. PLENO

Presidenta

D^a. Cani Fernández Vicién

Vicepresidente

D. Ángel Torres Torres

Consejeros

D^a. María Ortiz Aguilar

D. Mariano Bacigalupo Saggese

D^a María Pilar Canedo Arrillaga

D. Bernardo Lorenzo Almendros

D. Xabier Ormaetxea Garai

D^a. Pilar Sánchez Núñez

D. Josep Maria Salas Prat

Secretaria

D^a. María Ángeles Rodríguez Paraja

En Madrid, a 21 de junio de 2022

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

INDICE

I. ANTECEDENTES	3
II. FUNDAMENTOS DE DERECHO	4
PRIMERO. - COMPETENCIA PARA RESOLVER	4
SEGUNDO. - OBJETO DE LA PRESENTE RESOLUCIÓN DE VIGILANCIA	5
TERCERO. - SEPTIMA OFERTA MAYORISTA DE CANALES EN LO RELATIVO A LOS CONTENIDOS DE FÚTBOL Y COMERCIALIZACIÓN DE CONTENIDOS PREMIUM DE COMPETICIONES DE FÚTBOL EUROPEAS	5
3.1. El Apartado 1 de los Anexos de Condiciones particulares de los canales Movistar LaLiga y Movistar Liga de Campeones de la séptima oferta mayorista	6
3.2. Comercialización por TELEFÓNICA de contenidos de las competiciones de fútbol europeas destinados al segmento no residencial (Horeca)	7
CUARTO. - VALORACIÓN	9
4.1. Compromiso 2.9 y Anexo 1	9
4.2. Valoración del Apartado 1 de los Anexos de Condiciones particulares de los canales Movistar LaLiga y Movistar Liga de Campeones de la séptima oferta mayorista	11
4.2.1. Alegaciones de TELEFÓNICA	13
4.2.2. Valoración de las alegaciones	14
4.3. Valoración de la comercialización por TELEFÓNICA de contenidos premium de competiciones de fútbol europeas destinados al segmento no residencial (Horeca)	17
4.3.1. Alegaciones de TELEFÓNICA	20
4.3.2. Valoración de las alegaciones	21
QUINTO. - VALORACIÓN DE OTRAS ALEGACIONES DE TELEFÓNICA NO ABORDADAS PREVIAMENTE	32
SEXTO. – VALORACIÓN DE LA DIRECCIÓN DE COMPETENCIA EN SU INFORME PARCIAL DE VIGILANCIA	33
SÉPTIMO. - VALORACIÓN DEL PLENO DE LA CNMC	35
HA RESUELTO	37

I. ANTECEDENTES

1. Con fecha 17 de octubre de 2014, fue notificada a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (**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 Pleno del 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 citada anteriormente devino firme en vía administrativa.
4. Por resolución de 9 de julio de 2020 (folios 78583-78626) el Consejo de la CNMC resolvió prorrogar los compromisos a los que se subordinó la autorización de la operación de concentración C/0612/14.
5. Con fecha 1 de julio de 2021, TELEFÓNICA remitió un escrito acompañado de varios anexos (folios 89381-89510) con el que comunicaba a la CNMC el contenido de su Oferta mayorista de canales de televisión de pago para la temporada 2021/2022 (Séptima oferta mayorista).
6. Con fecha 12 de julio de 2021 la Dirección de Competencia (**DC**) solicitó a TELEFÓNICA determinada información relativa al contenido de la Séptima oferta mayorista, y en particular en relación con determinado contenido recogido en las condiciones particulares de los canales de fútbol, así como con los derechos de las competiciones UEFA para el segmento no residencial (folios 89734-89736).
7. Con fecha 30 de julio de 2021, TELEFÓNICA remitió un escrito en respuesta a dicha solicitud de información (folios 90404-90412), en el que, entre otras cuestiones, señala que no dispone de los derechos de las Competiciones UEFA en el segmento Horeca¹ (no residencial).
8. Con fecha 1 de septiembre de 2021, la DC remitió una nueva solicitud de información a TELEFÓNICA (folios 91114-91115) para que aportase copia del contrato de cesión

¹ Horeca: Acrónimo en referencia a Hoteles, REstaurantes, CAfeterías.
Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia
C/ Alcalá, 47 – 28014 Madrid - C/ Bolivia, 56 – 08018 Barcelona
www.cnmc.es

de los derechos de emisión para Horeca de las competiciones UEFA en la temporada 2021/2022.

9. Con fecha 20 de septiembre de 2021 TELEFÓNICA remitió un escrito de respuesta a la solicitud antes señalada, y aportó copia del citado contrato (folios 91702-91902).
10. Con fecha 27 de enero de 2022 se notificó a TELEFÓNICA la propuesta de informe parcial de vigilancia (PIPV) (folios 93467-93481), en lo que se refiere a la comercialización de determinados contenidos premium de fútbol y su compatibilidad con los compromisos.
11. Con fecha 25 de febrero de 2022 TELEFÓNICA formuló alegaciones (folios 93954-93976) a dicha PIPV, acompañando una versión no confidencial de las mismas (folios 93977-93996).
12. Con fecha 1 de junio de 2022, la DC elevó al Consejo su informe parcial de vigilancia (IPV) relativo a la comercialización de determinados contenidos premium de fútbol y su compatibilidad con los compromisos.
13. El Pleno del Consejo de la CNMC aprobó esta resolución en su sesión del día 21 de junio de 2022.
14. Es parte interesada en el expediente: TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. - COMPETENCIA PARA RESOLVER

De acuerdo con el artículo 5.1 de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (**LCNMC**), a la CNMC le 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 41.1 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 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 CNMC resolverá las cuestiones que puedan suscitarse durante la vigilancia, previa propuesta de la Dirección de Competencia.

Esta resolución ha sido dictada por el Pleno del Consejo de conformidad con lo previsto en el artículo 21.1.c) de la LCNMC.

SEGUNDO. - OBJETO DE LA PRESENTE RESOLUCIÓN DE VIGILANCIA

En su IPV la DC ha realizado la valoración sobre dos aspectos concretos. Por una parte, se analiza el contenido del último párrafo del apartado 1 de los Anexos de Condiciones particulares de los canales Movistar LaLiga y Movistar Liga de Campeones de la séptima oferta mayorista. Por otra parte, se analiza la comercialización de contenidos premium de las competiciones de fútbol organizadas por la UEFA Liga de Campeones y Europa League (para su emisión en directo en España) destinados al segmento no residencial (Horeca) y la no inclusión en la séptima oferta mayorista de dichos contenidos.

No es objeto de de esta resolución valorar otros aspectos relativos a la séptima oferta mayorista de canales y su compatibilidad con los compromisos. La vigilancia de estas cuestiones seguirá siendo objeto de otras resoluciones del Consejo.

Asimismo, tampoco se valoran las prácticas analizadas desde la perspectiva de los artículos 1 y 2 de la LDC y 101 y 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE).

TERCERO. - SEPTIMA OFERTA MAYORISTA DE CANALES EN LO RELATIVO A LOS CONTENIDOS DE FÚTBOL Y COMERCIALIZACIÓN DE CONTENIDOS PREMIUM DE COMPETICIONES DE FÚTBOL EUROPEAS

Como se ha señalado, con fecha 1 de julio de 2021 TELEFÓNICA comunicó a la CNMC el contenido de su Oferta mayorista de canales de televisión de pago para la temporada 2021/2022 (Séptima oferta mayorista). En dicha oferta se incluyen cuatro canales, dos de ellos incluyen respectivamente contenidos de Series y Películas, y los otros dos canales Movistar LaLiga y Movistar La Liga de Campeones, incluyen contenidos deportivos, en particular, de competiciones de fútbol.

El detalle de los contenidos, periodo de vigencia, condiciones de contratación, precio y otras características de estos canales se encuentran recogidas en sendos Anexos de Condiciones particulares de cada canal.

En lo que hace referencia al canal Movistar LaLiga, según su Anexo de Condiciones particulares², incluye entre otros contenidos “9 partidos por jornada de Primera División (LaLiga Santander), incluyendo los 2 clásicos de la temporada”.

Por su parte, en lo que hace referencia al canal Movistar Liga de Campeones, según su Anexo de Condiciones particulares³, incluye entre otros contenidos “Todos los partidos, en directo, de la UEFA Champions League, incluida la final que, en principio también será emitida en directo por un operador en abierto”.

3.1. El Apartado 1 de los Anexos de Condiciones particulares de los canales Movistar LaLiga y Movistar Liga de Campeones de la séptima oferta mayorista

En el último párrafo del apartado 1 de los dos Anexos de Condiciones particulares de los canales Movistar LaLiga y Movistar Liga de Campeones de la séptima oferta mayorista, se recoge lo siguiente: “en cualquier momento durante el periodo de licencia del Canal, la Entidad Oferente podrá decidir que determinados contenidos premium incluidos en el Canal, estén disponibles simultáneamente en canal/es o servicio/s de tercero/s distinto/s de la Entidad Oferente. Dicha posibilidad conllevará la aplicación del correspondiente ajuste al Precio Mínimo Garantizado que resulte como consecuencia de dicha circunstancia.”.

Dicha previsión no se encontraba contenida en anteriores ofertas mayoristas.

Mediante escrito de fecha 12 de julio de 2021, la DC solicitó aclaración relativa al alcance del citado párrafo. En su escrito de 30 de julio de 2021, TELEFÓNICA respondió a dicha solicitud de información.

TELEFÓNICA manifiesta que la referencia a los contenidos premium incluida en dicho párrafo se refiere a los contenidos premium definidos en el compromiso 2.9.d), y afecta, en el caso del Anexo Movistar LaLiga, a los de la Liga de Primera División de Fútbol y en el caso del Anexo Movistar Liga de Campeones, se trata de los de la UEFA Champions League de Fútbol y/o de la UEFA Europa League de Fútbol.

En el mencionado escrito de 12 de julio de 2021, se solicitó igualmente aclaración a TELEFÓNICA si el texto recogido en dicho párrafo que señala que los contenidos “estén disponibles simultáneamente en canal/es o servicio/s de tercero/s distinto/s de la Entidad Oferente”, se está haciendo referencia a la posibilidad de comercializar contenidos premium de los referidos en el compromiso 2.9.d) incluidos ya en el

² Folios 89397-89416

³ Folios 89417-89430

canal, o parte de esos contenidos, en cualquier momento de la temporada 2021/22 y al margen de su comercialización mediante la oferta mayorista de canales.

En su respuesta TELEFÓNICA confirma dicha interpretación y aclara que ello no implicaría en ningún caso que los contenidos afectados fueran excluidos de la oferta mayorista. Añade que se trataría de una posibilidad con carácter prospectivo. En su escrito de alegaciones a la PIPV TELEFÓNICA confirma que no ha alcanzado acuerdos al amparo de esta previsión recogida en las Condiciones Tipo.

3.2. Comercialización por TELEFÓNICA de contenidos de las competiciones de fútbol europeas destinados al segmento no residencial (Horeca)

Con fecha 2 de julio de 2020 TELEFÓNICA comunica a la CNMV⁴ un hecho relevante en el que informa sobre la suscripción de “*un contrato de adquisición en exclusiva de los derechos audiovisuales para la emisión en España de la UEFA Champions League y UEFA Europa League, así como la UEFA Europa Conference League (nueva competición que se desgajará de la UEFA Europa League) y la UEFA Youth League para el próximo ciclo que comprende las temporadas 2021/22, 2022/23 y 2023/2024. Dicho contrato garantiza a Telefónica Audiovisual la totalidad de los derechos de las principales competiciones de fútbol europeo para todos sus clientes, tanto residenciales como horeca (hoteles, restaurantes, cafeterías, etc.)*”. Según este comunicado, el precio de estos derechos habría sido de 325 millones de € por temporada, e incluye los derechos para el segmento residencial y no residencial.

Los contratos de adquisición de dichos derechos, suscritos entre TELEFÓNICA y UEFA con fecha 2 de julio de 2020, para las temporadas 2021/2022 a 2023/2024, fueron aportados por TELEFÓNICA y constan en el expediente⁵.

El Anexo de condiciones particulares del canal Movistar Liga de Campeones 2021/22 especifica en su apartado 3 (Limitaciones) que “*el Canal solo podrá ser distribuido a abonados o clientes finales residenciales de uso privado y residencial, no estando, por tanto, permitida la distribución en Horeca. En todo caso, los clientes deberán tener un contrato de pago o suscripción*”. En consecuencia, el canal Liga de Campeones ofertado no incluye los derechos para su venta en el mercado minorista al segmento no-residencial (Horeca).

Mediante la citada solicitud de información de fecha 12 de julio de 2021, la Dirección de Competencia solicitó aclaración de las razones por las cuales la séptima oferta

⁴ <https://www.telefonica.com/es/wp-content/uploads/sites/4/2021/07/otra-informacion-relevante-20200702.pdf>

⁵ Folios 82976-83296

mayorista no incluye los derechos de las competiciones UEFA para el segmento no residencial (Horeca) que habían sido adquiridos por TELEFÓNICA.

En su escrito de 30 de julio de 2021, TELEFÓNICA responde señalando que no dispone de los derechos de las Competiciones UEFA en el segmento Horeca (no residencial).

En respuesta a una nueva solicitud de información remitida por la DC, en su escrito de fecha 20 de septiembre de 2021, TELEFÓNICA aporta copia del contrato de 26 de marzo de 2021 suscrito entre TELEFÓNICA y Mediaproducción S.L.U. (Mediapro), de sublicencia de determinados derechos de las Competiciones UEFA por Telefónica Audiovisual Digital S.L.U. (TAD) a favor de Mediapro para las tres temporadas 2021/22 a 2023/24. Se acompaña igualmente una carta anexa al citado contrato, relativa a la autorización por la UEFA y de determinadas condiciones de la sublicencia.

En lo que resulta relevante, los derechos vendidos a Mediapro, incluyen la cesión en exclusiva de la emisión de todas las Competiciones UEFA (incluidas la Champions League y la Europa League) en España destinados a clientes del segmento no residencial. Incluye asimismo los derechos de emisión en televisión en abierto para el Territorio de un partido en cada una de las jornadas de la competición de la UEFA Europa League en directo, a través de la plataforma TDT.

Mediapro ofrece⁶ en la actualidad el canal LaLigaTV Bar. Según se recoge en la información facilitada por Mediapro en su página web⁷ *“LaLigaTV Bar es el único canal autorizado que permite a los locales públicos ofrecer a sus clientes las mejores competiciones de fútbol: LaLiga Santander, LaLiga SmartBank, UEFA Champions League, UEFA Europa League.”*

Dicho canal se ofrece por parte de Mediapro directamente en el mercado minorista de televisión de pago y puede ser contratado a través de su página web⁸. Asimismo, Mediapro informa que el canal puede contratarse con diferentes operadores (Movistar, Vodafone, Orange, Telecable, Avatel)⁹.

TELEFÓNICA en su oferta minorista de televisión de pago para establecimientos comerciales (Horeca) incluye dicho canal LaLigaTV Bar <https://www.movistar.es/autonomos/fusion/paquete-movistar-fusion/bares/>

⁶ Folios 93446-93454

⁷ Folio 93443 <https://laligatvbar.es/> ¿Qué es la LigaBar TV?

⁸ Folios 93455-93456 <https://laligatvbar.es/tienda>

⁹ Folios 93442 y 93443 <https://laligatvbar.es/> ¿Cómo puedo contratar LaLigaTV Bar? Puedes contratar el canal a través de los principales operadores o de forma online en www.laligatvbar.es

CUARTO. - VALORACIÓN

4.1. Compromiso 2.9 y Anexo 1

El compromiso 2.9 a que fue subordinada la autorización de la concentración C/0612/14 establece la obligación por parte de TELEFÓNICA de poner a disposición de otros operadores de televisión de pago en España una oferta mayorista de canales propios premium en las condiciones fijadas en dichos compromisos.

Procede resaltar en particular lo señalado en los siguientes epígrafes del compromiso 2.9.

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.

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.

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

...

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

Por su parte, el Anexo 1.1.a) de los compromisos establece un sistema de determinación del precio de ciertos canales de la oferta mayorista de canales premium de TELEFÓNICA, en particular de canales de Fútbol, Fórmula 1 y Moto GP.

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

Este modelo responde a un sistema en el que “la parte fija (independiente del número de abonados finales que contraten el canal) del coste de adquisición de derechos de emisión exclusiva en España de los contenidos audiovisuales de terceros de Fútbol, Fórmula 1 o Moto GP que se incluyen en el canal ofertado, como los costes de producción comunes a la oferta mayorista y minorista que se devenguen en cada temporada de los eventos deportivos incluidos en dicho canal, se repercutirá a los operadores de televisión de pago que adquieran dicho canal.”

Dicho coste fijo se repartirá entre TELEFÓNICA y los operadores de televisión de pago que adquieran dicho canal en función de determinados criterios recogidos en dicho Anexo 1 de los compromisos¹⁰.

Por último, procede recordar que los compromisos prevén en su Anexo 1.3 (párrafos 2 y 4) lo siguiente:

“Las Condiciones Tipo y su contenido (incluidas las sucesivas modificaciones introducidas por Telefónica) podrán ser modificadas en cualquier momento por la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia si así lo requiere el adecuado cumplimiento de los compromisos presentados”

...

“Los operadores de televisión de pago en España que soliciten el acceso podrán acogerse a las Condiciones Tipo, a no ser que, libremente y de una forma no discriminatoria, acuerden otras condiciones particulares con la entidad resultante. 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.”

¹⁰ El 75% de coste se repartirá en base al porcentaje de abonados de televisión de pago de cada operador, el 20% en base al porcentaje de accesos de banda ancha fija que dicho operador de televisión de pago tenga en servicio y sean aptos para ofrecer servicios de televisión de pago, y el 5% en base al mercado potencialmente accesible en España que dicho operador de televisión de pago pueda disfrutar.

4.2. Valoración del Apartado 1 de los Anexos de Condiciones particulares de los canales Movistar LaLiga y Movistar Liga de Campeones de la séptima oferta mayorista

Como se ha señalado, los anexos de condiciones particulares de los canales señalados recogen que *“determinados contenidos premium incluidos en el Canal, estén disponibles simultáneamente en canal/es o servicio/s de tercero/s distinto/s de la Entidad Oferente. Dicha posibilidad conllevará la aplicación del correspondiente ajuste al Precio Mínimo Garantizado que resulte como consecuencia de dicha circunstancia”*

Dicha previsión contempla por tanto la posibilidad de que TELEFÓNICA comercialice determinados contenidos premium en favor de terceros al margen de las condiciones que los propios compromisos establecen para la comercialización de estos contenidos, en concreto los señalados en el compromiso 2.9, así como los señalados en el anexo 1 y en particular en relación con el sistema establecido para determinar el precio de estos canales.

De esta manera mientras que determinados operadores accederían a los contenidos de los canales Movistar LaLiga y Movistar Liga de Campeones con sujeción a las citadas condiciones establecidas en los compromisos, y al pago del precio mediante el sistema de coste mínimo garantizado fijado en su Anexo 1, otros operadores podrían, en virtud de lo señalado en la citada cláusula del apartado 1 de los anexos de estos canales, acceder a dichos contenidos en condiciones diferentes, y al margen de la séptima oferta mayorista.

Los compromisos establecen un sistema reglado para el acceso a los contenidos premium adquiridos por TELEFÓNICA y los canales de televisión que incorporan esta clase de contenidos. Dicho sistema reglado conlleva que los contenidos premium deben ser ofrecidos en las mismas condiciones a todos los operadores de televisión de pago, a través de una oferta mayorista. Como excepción a lo anterior, los propios compromisos delimitan las posibles diferencias en las condiciones de comercialización para diferentes operadores, por ejemplo la posibilidad de diferenciar las condiciones de la oferta mayorista según el segmento de demanda (residencial o no residencial) al que se dirija en su acción de reventa el tercer operador de televisión de pago adquirente del canal mayorista que contempla el compromiso 2.9.j), o las relativas a la determinación de los precios a que hace referencia el Anexo 1 de los compromisos.

En relación con esta cuestión, como se ha señalado, el Anexo 1.3 de los compromisos en su párrafo 4, contempla asimismo que *“Los operadores de televisión de pago en España que soliciten el acceso podrán acogerse a las Condiciones Tipo, a no ser que, libremente y de una forma no discriminatoria,*

acuerden otras condiciones particulares con la entidad resultante. 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.”.

Esta previsión contempla por tanto la posibilidad de que puedan acordarse condiciones particulares. No obstante, exige entre otros requisitos que dichos acuerdos y condiciones sean no discriminatorias y transparentes respecto del resto de operadores, en línea con los requisitos establecidos en el compromiso 2.9.j) y que, además, las condiciones particulares deben incorporarse a la oferta mayorista como anexo a las Condiciones Tipo.

Ello implica, por una parte, que las concretas condiciones acordadas no conlleven elementos de discriminación respecto del resto de operadores, y por otra parte que, una vez alcanzados, en su caso, estos acuerdos y tras ser incorporados a las Condiciones Tipo, se hayan previsto los mecanismos necesarios para asegurar que aquellos operadores que lo deseen, incluidos los que hubieran alcanzado acuerdos previos de acceso al amparo de la oferta mayorista, puedan acogerse a estas condiciones cuando pudieran resultarles más ventajosas (bien sean condiciones técnicas, económicas, temporales, o de otra naturaleza). Ello exigiría, además, incorporar las correspondientes previsiones en los contratos que TELEFÓNICA suscriba con los operadores al amparo de la oferta mayorista.

El texto antes citado incorporado a las condiciones particulares de los dos Anexos de los canales de fútbol de la séptima oferta mayorista no permite garantizar que se cumplan las exigencias que los propios compromisos establecen para esta clase de acuerdos, y que se han descrito con anterioridad, dado que omite elementos esenciales exigidos en los compromisos.

En particular, no establece la exigencia de que las condiciones de dichos acuerdos particulares sean no discriminatorias respecto del resto de operadores, no prevé que dichas condiciones deban incorporarse a la oferta mayorista a través de las Condiciones Tipo y tampoco prevé que los operadores interesados puedan acogerse a dichas condiciones cuando les resulten más favorables.

Se considera por tanto que dicha cláusula de la séptima oferta en su redacción concreta no resulta compatible con los compromisos.

Dicha valoración resulta congruente con la resolución del Consejo de la CNMC de 22 de julio de 2021¹¹, dictada en el marco del presente expediente de vigilancia VC/0612/14, relativo al acuerdo suscrito entre TELEFÓNICA y DAZN en enero de 2021, y en el correspondiente IPV de fecha 2 de julio de 2021¹² elevado por la DC,

¹¹ Notificada a TELEFÓNICA folios 89963-90004

¹² Folios 89512-89552

en los que ya se abordaba una cuestión similar a la aquí analizada, es decir la comercialización de contenidos premium en favor de un determinado operador sin sujetarse al sistema reglado de comercialización previsto en los compromisos para esta clase de contenidos, en detrimento del resto de operadores. En dicha resolución se concluye que dicha comercialización no resulta compatible con los compromisos en particular cuando no respete los principios de transparencia y no discriminación.

Por otra parte, la previsión recogida en la séptima oferta de que dicha comercialización de contenidos premium al margen del procedimiento reglado exigido en los compromisos, pudiera conllevar un ajuste en el precio mínimo garantizado a satisfacer por parte de los operadores que adquieran estos contenidos a través de la oferta mayorista, en nada afecta al hecho de que la existencia de un sistema alternativo de comercialización de derechos que no se ajuste a lo previsto en los compromisos resulte incompatible con los mismos, por las razones señaladas.

De acuerdo con ello, a criterio de la DC la siguiente previsión *“en cualquier momento durante el periodo de licencia del Canal, la Entidad Oferente podrá decidir que determinados contenidos premium incluidos en el Canal, estén disponibles simultáneamente en canal/es o servicio/s de tercero/s distinto/s de la Entidad Oferente. Dicha posibilidad conllevará la aplicación del correspondiente ajuste al Precio Mínimo Garantizado que resulte como consecuencia de dicha circunstancia.”*, recogida en el último párrafo del apartado 1 de los Anexos de condiciones particulares de los canales Movistar LaLiga y Movistar Liga de campeones de la séptima oferta mayorista de canales, resulta incompatible con los compromisos a que fue subordinada la autorización de la operación de concentración C/0612/14, en particular con el compromiso 2.9 y el Anexo 1.

4.2.1. Alegaciones de TELEFÓNICA

En relación con esta cuestión TELEFÓNICA señala en primer lugar que “no ha llegado a ningún acuerdo particular con ningún operador, por tanto, no existen condiciones particulares que pudieran valorarse como más ventajosas y/o discriminatorias”. Señala que la previsión señalada no habría llegado a materializarse y que además ningún operador ha denunciado esta cláusula, entendiendo TELEFÓNICA que esa ausencia de reproche se fundamenta esencialmente en la inexistencia de perjuicio alguno para este operador.

Por otra parte, aclara que la oferta de canales está disponible para cualquier operador interesado, tanto para acceder a los contenidos a través de las condiciones tipo o a través de la *“oferta adicional y complementaria a la vigente oferta mayorista”* que se contempla en el último párrafo del apartado 1 de los anexos.

Considera TELEFÓNICA que los Compromisos constituyen una regla de mínimos, que siempre pueden ser mejorados. Estima que *“la posibilidad de adquirir los*

misimos contenidos al margen de la oferta mayorista facilita y amplía el acceso a los contenidos, consecuentemente, habría más operadores y ofertas en el mercado”, (...) una posibilidad que favorece por un lado la participación de nuevos agentes en el mercado, al tener más posibilidades de adquirir contenidos bajo otro modelo comercial.”.

Abunda en estos argumentos señalando que *“ambas ofertas, la oferta mayorista y la posibilidad de una oferta adicional bajo otro modelo comercial, son públicas y son conocidas por todos los operadores de televisión de pago desde el momento en el que se comunicó a todos los operadores al inicio de la temporada”*. Estima que esta nueva posibilidad de comercialización debe entenderse como un incentivo para promover la competencia.

A ello añade que el precio derivado del modelo de CMG para los operadores que adquieran los contenidos al amparo de la oferta mayorista siempre sería ajustado, por lo que estos operadores no se verían perjudicados

Concluye sus argumentos respecto de esta cuestión señalando que *“no cabe declarar incumplimiento alguno por parte de Telefónica, ni en cuanto a discriminación, ni en cuanto a falta de transparencia”*.

4.2.2. Valoración de las alegaciones

En lo que hace referencia a las alegaciones relativas al contenido del último párrafo del apartado 1 de los Anexos de Condiciones particulares de los canales Movistar La Liga y Movistar Liga de Campeones de la séptima oferta mayorista, que se refiere a lo que TELEFÓNICA denomina *“oferta adicional y complementaria a la vigente oferta mayorista”*, versan en esencia sobre la posibilidad de comercializar los canales y contenidos de la oferta mayorista al margen de lo previsto en dicha oferta y bajo otro modelo comercial y los requisitos en que debería realizarse dicha comercialización.

A este respecto resulta relevante señalar que, tal y como ya se recogía en la PIPV, los propios compromisos prevén en el párrafo 4 de su Anexo 1.3 que *“Los operadores de televisión de pago en España que soliciten el acceso podrán acogerse a las Condiciones Tipo, a no ser que, libremente y de una forma no discriminatoria, acuerden otras condiciones particulares con la entidad resultante. 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.”*.

Los compromisos hacen referencia a las Condiciones Tipo únicamente en el Anexo 1.3, y prevén que estas Condiciones recogerán la información necesaria para permitir a los operadores que lo soliciten un efectivo ejercicio de sus derechos de

acceso a los servicios y contenidos incluidos en la oferta mayorista señalados. Asimismo, incluye una descripción del contenido de las Condiciones Tipo (Condiciones de los servicios, procedimientos, características de los sistemas de información y condiciones de suministro incluyendo calidad y precio).

El propio párrafo 4 del Anexo 1.3 prevé que estos posibles acuerdos de comercialización que pudieran alcanzarse al amparo de dicha previsión del párrafo 4 del Anexo 1.3 sean incorporados a la oferta mayorista a través de las condiciones tipo y resalta de manera específica que deberán respetar los principios de no discriminación y de transparencia, principios ya establecidos en el compromiso 2.9.j).

Una consecuencia inmediata de todo ello es que las condiciones particulares que se pudieran alcanzar con determinados operadores al amparo de dicha previsión vienen sujetas a la exigencia de que no resulten discriminatorias respecto de otros operadores.

Una segunda consecuencia es que dichas condiciones deben quedar incorporadas a la oferta mayorista a través de las Condiciones Tipo, de manera que el resto de los operadores, incluidos los que hubieran contratado con anterioridad canales de la oferta mayorista, deberán tener la posibilidad de acogerse a las condiciones de estos acuerdos de comercialización, (en particular condiciones técnicas, procedimientos, precio y otras condiciones de suministro, incluidos los plazos), en la medida en que pudieran resultarles más beneficiosas. En consecuencia, tanto las propias condiciones particulares que se pudieran alcanzar como, las Condiciones Tipo y los contratos que se suscriban al amparo de la oferta mayorista, deben ajustarse a los compromisos e incluir las previsiones y mecanismos necesarios para garantizar de manera efectiva esta posibilidad.

No resulta consistente con los compromisos considerar que el párrafo 4 del Anexo 1.3 habilite a ofrecer a determinados operadores condiciones especiales que no estén disponibles para todos los operadores interesados en acceder a los contenidos de la oferta mayorista, como ya se destacaba en la PIPV.

Por ejemplo, no sería conforme al principio de no discriminación que determinados operadores pudieran acceder al 100% de los canales en virtud de acuerdos particulares mientras que el resto de operadores se vieran obligados a respetar el límite de canales a que se refiere el compromiso 2.9.f).

Tampoco sería compatible con la no discriminación que determinados operadores pudieran beneficiarse de un precio de los canales más ventajoso que otros operadores, en especial en lo que se refiere a los canales sujetos al sistema de Coste Mínimo Garantizado (CMG). Resulta significativo que las Condiciones Tipo de la séptima oferta mayorista solamente contemplen la existencia de posibles

acuerdos particulares en los canales sujetos al modelo de CMG y no para el resto de canales.

A este respecto el hecho de que las Condiciones Tipo contemplen un ajuste en el reparto del coste mínimo garantizado que pudiera derivarse de dichos acuerdos particulares resulta insuficiente para asegurar que se respetan dichos principios de transparencia y no discriminación.

Por otra parte, la PIPV no tenía por objeto cuestionar que TELEFÓNICA pueda incluir en la oferta mayorista y reflejar en las Condiciones Tipo condiciones más favorables que las exigidas en los compromisos, siempre que estas condiciones respeten los compromisos en particular los principios de transparencia y no discriminación y estén disponibles para el conjunto de todos los operadores. Ello resulta predicable tanto para las condiciones inicialmente incluidas en las Condiciones Tipo como las que pudieran incorporarse al amparo de lo señalado en el párrafo 4 del Anexo 1.3.

Sin perjuicio de lo anterior, se considera que la concreta redacción del último párrafo del apartado 1 de los Anexos de Condiciones particulares de los canales Movistar La Liga y Movistar Liga de Campeones de la séptima oferta mayorista no resulta compatible con los compromisos y en particular con las exigencias de transparencia y de no discriminación que prevé el párrafo 4 del Anexo 1.3. Tampoco permite garantizar que las condiciones que pudieran haberse pactado en virtud de los acuerdos particulares alcanzados en virtud de esta previsión de los compromisos queden incorporadas a la oferta mayorista de manera que puedan beneficiarse de las mismas todos los operadores si resultan más ventajosas que las ofrecidas inicialmente.

TELEFÓNICA afirma que *la oferta mayorista y **la posibilidad** de una oferta adicional bajo otro modelo comercial, son públicas y son conocidas por todos los operadores de televisión de pago.* Resulta inmediato concluir que la mera enunciación en los Anexos de los dos canales de que existe la posibilidad de una oferta adicional no permite garantizar que dicha oferta sea transparente o no discriminatoria. Tampoco se incluye referencia o mención alguna a la forma en que los operadores interesados pudieran acordar dichas condiciones particulares o acogerse a las acordadas con terceros.

En conclusión, si bien no existe constancia de que esta previsión haya sido aplicada en la práctica y por tanto se haya concretado un incumplimiento de los compromisos, se considera que procede proponer al Consejo de la CNMC que, al amparo de lo previsto en el Anexo 1 apartado 3 de los compromisos, ordene a TELEFÓNICA que dicha previsión con la formulación señalada sea eliminada de la oferta mayorista de canales o bien reformulada para adecuarla a lo previsto en los compromisos, y que TELEFÓNICA se abstenga de reiterar esta conducta en el futuro.

4.3. Valoración de la comercialización por TELEFÓNICA de contenidos premium de competiciones de fútbol europeas destinados al segmento no residencial (Horeca)

Como se ha señalado, los contenidos premium correspondientes a las competiciones de la Champions League de Fútbol y la Europa League de Fútbol para el segmento no-residencial (Horeca), fueron adquiridos por TELEFÓNICA en exclusiva para su emisión en España en las temporadas 2021/2022 a 2023/2024. Los derechos de emisión de estos contenidos fueron posteriormente objeto de sublicencia con fecha 26 de marzo de 2021 mediante contrato suscrito entre TELEFÓNICA y Mediapro, en el que TELEFÓNICA cedía en favor de Mediapro estos derechos para el segmento no residencial con carácter exclusivo. En dicho contrato se incluyen tanto los derechos para emisión de partidos en directo (premium) como otros derechos para otra clase de emisiones.

Ello habría determinado que dichos contenidos premium para el segmento no residencial no hayan sido incluidos en la séptima oferta mayorista de canales.

Dicha comercialización de derechos de contenidos premium se ha realizado sin sujetarse a las previsiones señaladas en los compromisos, en particular sin ofrecerlos a través de la correspondiente oferta mayorista.

Los contenidos exclusivos de las competiciones de fútbol de la Champions League y la Europa League, en lo que se refiere a la emisión en directo en España, tienen la condición de contenido premium de acuerdo con el compromiso 2.9.d).

El compromiso 2.9 establece un sistema de comercialización reglado para esta clase de contenidos a través de una oferta mayorista de canales que incluye la modalidad SVOD, de manera que el compromiso 2.9.a), en conjunción con los compromisos 2.9.c) y 2.9.d), establece la obligación por parte de TELEFÓNICA de poner los canales con contenidos premium a disposición de todos los operadores de televisión de pago en España en régimen de no exclusividad.

Los compromisos precisan de manera expresa que dicha oferta mayorista comprende la distribución de contenidos premium para el segmento no residencial. Así, el citado compromiso 2.9.a) señala de manera expresa que la oferta mayorista de canales “*podrá ser distribuida a nivel minorista por los adquirentes tanto en el segmento residencial como no residencial*”. Ello sin perjuicio de que el compromiso 2.9.j) prevé respecto de las condiciones de comercialización la posibilidad de “*diferenciar tales condiciones según el segmento de demanda (residencial o no residencial) al que se dirija en su acción de reventa el tercer operador de televisión de pago*”.

Al mismo tiempo procede recordar nuevamente lo señalado en el Anexo 1.1 de los compromisos respecto de sistema para determinar el precio a satisfacer por los adquirentes de estos contenidos deportivos, mediante un modelo de “*coste mínimo garantizado*” que ha sido descrito con anterioridad, y en el que también se prevén determinadas especialidades para el cálculo del coste medio por abonado (CPA) en el caso del segmento no residencial.

A criterio de la DC la cesión en exclusiva de estos contenidos premium realizada en favor de Mediapro, sin sujetarse al sistema de comercialización recogido en los compromisos, y su consiguiente exclusión de la oferta mayorista de canales serían contrarias a dichos compromisos, en particular al compromiso 2.9 y Anexo 1.

Por otra parte, la DC considera que, las condiciones en las que se ha proporcionado a Mediapro acceso a estos contenidos premium en condiciones diferentes a otros operadores de televisión de pago serían contrarias a lo señalado en los compromisos. En particular al Anexo 1.3, que exige que la oferta mayorista se realice en condiciones transparentes y no discriminatorias, principios establecidos asimismo en el compromiso 2.9.j).

En el presente caso, TELEFÓNICA ha negociado con un tercero (en este caso Mediapro) el acceso a contenidos premium sin haberlo ofrecido al resto de operadores a través de la oferta mayorista y sin sujetarse al sistema de fijación de precio a que se refiere el Anexo 1.1 lo que constituye una discriminación injustificada entre los distintos operadores, que salvo Mediapro, no han tenido la ocasión de acceder a estos contenidos ni tampoco acogerse a las condiciones acordadas con Mediapro. Asimismo, TELEFÓNICA no ha respetado el principio de transparencia al no haber incorporado a la oferta mayorista las condiciones ofrecidas a Mediapro, como también exige el Anexo 1.3. Todo ello resulta incompatible con los compromisos y constituye un incumplimiento de los mismos.

Dichas conclusiones resultan consistentes con lo establecido en la resolución del Consejo de la CNMC de 22 de julio de 2021, dictada en el marco del presente expediente de vigilancia VC/0612/14, relativo al acuerdo suscrito entre TELEFÓNICA y DAZN en enero de 2021, y en el correspondiente IPV de 2 de julio de 2021 elaborado por la DC, en los que ya se abordaba una cuestión similar a la aquí analizada. En concreto sobre la comercialización por parte TELEFÓNICA de determinados contenidos premium al margen del procedimiento de comercialización establecido en los compromisos.

Entre otras cuestiones, en dicha resolución el Consejo de la CNMC por las razones recogidas en la misma ha determinado que:

“Los compromisos incluyen la obligación de ofrecer a través de la oferta mayorista los contenidos premium que haya adquirido TELEFÓNICA, tanto a través de canales lineales de televisión, como para su explotación en modalidad SVOD.

Esta obligación de incorporar los contenidos premium a la oferta, quedó expuesta con claridad en el IP en segunda fase, en particular en el caso de los contenidos premium deportivos, para los que una eventual limitación a la adquisición de derechos exclusivos por parte de TELEFÓNICA fue estimada al considerarse más efectivo garantizar que dichos contenidos estuviesen a disposición del resto de operadores en la oferta mayorista (párrafos 1057 y 1058 del IP en segunda fase antes citados).

Todo ello resulta perfectamente consistente con el análisis del conjunto de los compromisos y con el equilibrio existente entre las limitaciones a la adquisición de derechos por parte de TELEFÓNICA, en particular los contenidos exclusivos, y el compromiso 2.9 relativo a la oferta mayorista que TELEFÓNICA está obligada a poner a disposición del resto de operadores.”

Asimismo, se establece en dicha resolución que:

“La capacidad de TELEFÓNICA para rentabilizar y comercializar los derechos adquiridos, y para configurar su oferta mayorista de canales, debe quedar sujeta en todo caso a lo que lo que señalan los compromisos, presentados por la propia empresa.

Así, los compromisos establecen un determinado mecanismo para la adquisición y explotación de contenidos audiovisuales, basado en ciertas limitaciones para su adquisición (compromisos 2.1 a 2.8) y un sistema reglado para comercialización y explotación de los contenidos premium (compromiso 2.9 y Anexo 1), en particular garantizando que estos contenidos exclusivos y de alto valor, estuvieran a disposición del resto de operadores presentes en el mercado de la televisión de pago (incluidos los OTT) en condiciones regladas y no discriminatorias a través de una oferta mayorista de canales lineales.”

De la misma forma, y como se ha destacado antes, en la citada resolución se ha determinado que la comercialización de contenidos premium en favor de un determinado operador sin sujetarse al sistema reglado de comercialización previsto en los compromisos para esta clase de contenidos, en detrimento del resto de operadores, no resulta compatible con los compromisos.

Dichos pronunciamientos son de aplicación al presente caso, al valorar unas conductas equiparables a las del objeto del IPV.

De acuerdo con todo ello, según la DC, la comercialización por parte de TELEFÓNICA de los contenidos premium correspondientes a las competiciones de fútbol Liga de Campeones y la Europa League (destinados a su emisión en directo en España) para el segmento no residencial en favor de Mediapro sin sujetarse al sistema de comercialización de estos contenidos establecido en los compromisos, y su consiguiente exclusión de la séptima oferta mayorista de canales, resultan incompatibles con los compromisos a que fue subordinada la autorización de la operación de concentración C/0612/14, en particular con el compromiso 2.9 y el Anexo 1.

En conclusión, la DC considera que se habría producido con ello un incumplimiento de los compromisos.

La DC propone al Consejo que se ordene a TELEFÓNICA a incorporar los contenidos premium correspondientes a las competiciones de fútbol Liga de Campeones y la Europa League (destinados a su emisión en directo) para el segmento no residencial a la oferta mayorista de canales, conforme a lo establecido en el compromiso 2.9 y el Anexo 1, adoptando para ello las necesarias modificaciones en los acuerdos o contratos de venta que hubiera suscrito.

4.3.1. Alegaciones de TELEFÓNICA

En relación con este asunto TELEFÓNICA estima que no se habría producido incumplimiento alguno de los compromisos. Para ello aporta diversos argumentos que de manera resumida son los siguientes:

- De acuerdo con el compromiso 2.9, *“Telefónica está obligada a poner “canales” a disposición de todos los operadores de televisión de pago y no contenido como tal”*.
- *“desde la entrada en vigor del acuerdo con Mediapro, Telefónica ya no dispone de los derechos de emisión de Horeca de la Champions League y Europa League en exclusiva para España, puesto que se los ha cedido en exclusiva a Mediapro”* y por tanto no puede ni está obligada a ofrecer a terceros derechos que ya no tiene.
- TELEFÓNICA tampoco tiene capacidad de discriminar al resto de operadores respecto de unos derechos que no tiene y que no ha explotado por sí misma
- TELEFÓNICA es libre para desinvertir los derechos que ha adquirido
- TELEFÓNICA no impide la adquisición de esos derechos por parte de ningún operador. El contrato con Mediapro está condicionado a la puesta a disposición de esos derechos a terceros operadores

- El contrato con Mediapro se firmó el 26 de marzo de 2021 antes de tener conocimiento de la resolución del consejo de 22 de julio de 2021 en el expediente de vigilancia VC/0612/14, relativo al acuerdo suscrito entre TELEFÓNICA y DAZN.
- Hay razones de eficiencia del mercado que justifican este modo de comercialización de los derechos de contenidos Horeca de la Champions League y de la Europa League:
 - (i) El contrato se firmó durante la pandemia Covid-19 que afectó especialmente al segmento Horeca
 - (ii) Mediapro tiene experiencia como productor de eventos deportivos, y canales de televisión de pago para su reventa al segmento Horeca. Ha comercializado en los últimos años el canal “*LaLiga TV Bar*” que incluye partidos de los campeonatos de Liga de primera y segunda división y competiciones UEFA, por lo que responde a un modelo continuista con temporadas anteriores.
 - (iii) El acuerdo es procompetitivo pues condiciona la sublicencia de derechos a que se pongan a disposición de cualquier operador
 - (iv) Facilita el acceso a estos derechos a operadores que solo quieren distribuir contenidos al segmento Horeca y no al segmento residencial.

Finaliza sus argumentos señalando una falta de proporcionalidad y un perjuicio a los consumidores, en caso de que se obligase a TELEFÓNICA a incorporar los contenidos de fútbol de la Champions League y de la Europa League del segmento Horeca en su próxima oferta mayorista, puesto que:

- TELEFÓNICA se vería avocada a rescindir el acuerdo con Mediapro
- Se produciría la interrupción de la visualización de contenidos de las competiciones europeas por parte de los clientes de los operadores que han adquirido estos contenidos a Mediapro
- Las campañas de imagen de marca de dichos operadores se verían perjudicadas.

4.3.2. Valoración de las alegaciones

Los cuatro primeros aspectos señalados por TELEFÓNICA en su escrito de alegaciones (la oferta mayorista se refiere a canales y no a contenido, TELEFÓNICA ya no dispone de los derechos y por tanto no puede ofrecerlos a terceros ni discriminar a otros operadores, TELEFÓNICA es libre para desinvertir los derechos que ha adquirido) resultan coincidentes con las alegaciones formuladas en el marco

la resolución del Consejo de la CNMC de 22 de julio de 2021 relativo al acuerdo suscrito entre TELEFÓNICA y DAZN en enero de 2021, y en el correspondiente IPV de 2 de julio de 2021 elaborado por la DC, en los que ya se abordaba una cuestión similar a la aquí analizada. Es por ello que la valoración de las alegaciones equivalentes realizada en el marco de dicha resolución, resultan de aplicación al presente caso.

En lo que se refiere a la cuestión sobre si la oferta mayorista se refiere a canales y no a contenido, el compromiso 2.9.a) señala que *“La oferta mayorista de canales propios se pondrá a disposición de todos los operadores de televisión de pago en España en régimen de no exclusividad, **incluidos los OTT**, y podrá ser distribuida a nivel minorista por los adquirentes tanto en el segmento residencial como no residencial”*.

Por su parte el compromiso 2.9.c) establece que *“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.**”*

Como puede observarse, si bien el compromiso 2.9 hace referencia a los canales de televisión lineales, contempla igualmente en los apartados antes resaltados que dicha oferta deberá también estar disponible para OTT. Y no estará limitada a canales lineales, sino que también en lo que se refiere a modalidades de explotación no lineales (SVOD). Estas modalidades de explotación no lineales, contempladas específicamente en los compromisos, hacen referencia por tanto esencialmente a contenidos para su explotación en modalidades no lineales propias del modelo de negocio de los OTT. Una interpretación de los compromisos que quedara limitada a canales lineales excluiría a los OTT de la oferta mayorista como exige el compromiso 2.9.a) puesto que estos operadores no explotan contenidos en esa modalidad.

Los propios compromisos en su nota al pie 1 definen lo que ha de entenderse por SVOD señalando que se trata de una modalidad desvinculada de la emisión lineal (canales): *“Permite el acceso en la modalidad de emisión no lineal (y totalmente desvinculada de la emisión lineal) a una parte de los contenidos audiovisuales de la plataforma mediante el pago de una tarifa plana, que suele ser mensual”*

La inclusión en la oferta mayorista de la explotación de contenidos bajo modalidades no lineales (SVOD) resulta por tanto explícita y es además perfectamente consistente con la finalidad de los mismos. Una interpretación en sentido contrario llevaría a la conclusión de que TELEFÓNICA podría adquirir en exclusiva contenidos deportivos premium, no incluirlos en ningún canal lineal y explotarlos en modalidades no lineales (SVOD), con lo que no existiría oferta mayorista de estos contenidos y de esta manera evitaría ofrecerlos a sus competidores eludiendo por tanto la finalidad última de los compromisos.

El propio título del Anexo 1 de los compromisos “ANEXO 1: *PRINCIPIOS Y TÉRMINOS DE LA OFERTA DE SERVICIO MAYORISTA DE CANALES DE TELEVISIÓN Y MODALIDAD SVOD*”, abunda en esta interpretación

Los propios compromisos por tanto señalan con claridad que la oferta mayorista no solo debe estar limitada a los canales lineales premium como argumenta TELEFÓNICA, sino que debe incorporar asimismo el acceso a contenidos premium, en este caso bajo la modalidad no lineal SVOD.

A este respecto procede recordar el análisis efectuado en el año 2015 con motivo de la concentración que fue autorizada con compromisos, y que valora precisamente esta cuestión que está directamente relacionada con las limitaciones en cuanto a la adquisición exclusiva de contenidos deportivos por parte de TELEFÓNICA.

En el Informe Propuesta en segunda fase del Expediente C/0612/14 TELEFÓNICA/DTS¹³ (IP en segunda fase), elaborado por la DC, con cuyo contenido coincide el Consejo de la CNMC en su resolución de 22 de abril de 2015 por la que se resuelve este expediente, se recoge lo siguiente¹⁴:

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

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

Como puede observarse, la no inclusión de determinadas limitaciones en cuanto a la adquisición de contenidos deportivos exclusivos por parte de TELEFÓNICA bajo el compromiso 2.4, por ejemplo limitaciones en cuanto a la adquisición de derechos exclusivos para determinadas modalidades de emisión (SVOD, TVOD), encontraba su justificación en una medida más efectiva que era precisamente garantizar que “dichos contenidos” estuvieran a disposición del resto de operadores a través de la

¹³ https://www.cnmc.es/sites/default/files/755700_18.pdf

¹⁴ <https://www.cnmc.es/expedientes/c061214>

oferta mayorista, de manera que ambos aspectos de los compromisos deben ser valorados de manera conjunta y consistente.

Para los contenidos no deportivos se recogen en los compromisos varias limitaciones a su adquisición exclusiva, en particular en los compromisos 2.1 y 2.2 y que llegan incluso en el compromiso 2.3 a una prohibición absoluta de “*adquirir contenidos audiovisuales no deportivos de terceros para su emisión en Transaction video on demand-TVOD2 en régimen de exclusividad (ni total ni parcial) y sin excepciones*”. Sin embargo, muchas de estas limitaciones no son de aplicación en el caso de los contenidos deportivos, precisamente debido a que los contenidos deportivos premium, de mayor valor y atractivo para la captación de cliente, quedaban sujetos a su puesta a disposición del resto de operadores a través de la oferta mayorista.

El citado IP en segunda fase, analiza de manera detallada el alcance de los compromisos en lo relativo a la oferta mayorista de canales, en especial en lo que hace referencia al presente caso en los párrafos (1078) a (1100). Entre estos párrafos cabe destacar los siguientes:

“(1078) TELEFÓNICA se compromete a poner a disposición del resto de operadores de televisión de pago una oferta mayorista de canales propios lineales y SVOD que será comercializada sin exclusividad e integrada por todos los canales lineales y SVOD de la oferta minorista de la entidad resultante que se consideren premium (compromiso 2.9).

(1079) En este punto, un conjunto de operadores en respuesta al test de compromisos señala que la oferta mayorista de canales propios de TELEFÓNICA debería incluir cualquier contenido adquirido en exclusiva por la entidad resultante, y no únicamente los que tienen un carácter premium.

(1080) Al respecto, cabe señalar que es previsible que los canales que configuran la oferta mayorista de la entidad resultante incluirán muchos de estos contenidos no premium, como viene siendo habitual con los canales actuales de DTS comercializados a terceros.

(1081) No obstante lo anterior, a juicio de esta Dirección de Competencia la medida solicitada por terceros operadores es absolutamente desproporcionada, teniendo en cuenta sobre todo las obligaciones impuestas a TELEFÓNICA en el compromiso anterior sobre la adquisición de contenidos audiovisuales, ya que únicamente quedarían fuera de la oferta mayorista los contenidos de estreno de las no majors y determinados derechos deportivos.

...

(1088) Asimismo, los compromisos establecen que no se impondrán condiciones directa o indirectamente a los operadores de televisión sobre la forma de comercialización de los canales adquiridos de la entidad resultante, que podrán vender a la carta o conjuntamente en un paquete de entrada junto con servicios de comunicaciones electrónicas, y que podrán vender sin más limitaciones relativas al idioma, calidad, o dispositivos autorizados que las que asuma TELEFÓNICA.

(1089) En relación con el contenido de los canales premium de la oferta mayorista, la posibilidad de excluir contenidos propios del canal va acompañada del compromiso de TELEFÓNICA de sustituir dichos contenidos por otros de calidad suficiente, de forma que no haya franjas horarias en negro y no se devalúe la calidad del canal ofertado.

(1090) Al respecto, determinados operadores ven necesario incluir en la propuesta de compromisos una definición más precisa del concepto de contenidos “propios” ya que de lo contrario podría interpretarse como contenidos producidos por TELEFÓNICA pero basados en contenidos de terceros. No obstante, a juicio de esta Dirección de Competencia, el concepto de contenido propio por sí mismo claramente hace referencia a producciones de la entidad resultante que no incluyen ni se basan en ningún caso en contenidos de terceros adquiridos contractualmente.

...

(1098) En relación con esta oferta mayorista relativa a los servicios minoristas SVOD de la entidad resultante, en las contestaciones al test de compromisos, determinados operadores han señalado que en base a los contratos actuales de TELEFÓNICA y DTS, que no permiten la sublicencia y que previsiblemente no se modificarán a instancias de las majors, TELEFÓNICA de facto únicamente hará una oferta mayorista de canales lineales. Al respecto, estos operadores añaden que el modelo de negocio de los OTT puros no es la emisión de canales lineales y que adaptarse a esta modalidad de emisión sería demasiado costoso.

(1099) Respecto a esta alegación, esta Dirección de Competencia quiere señalar que TELEFÓNICA ya ha firmado contratos que permiten la sublicencia de los contenidos premium de estreno en SVOD, por lo que como mínimo y como medida transitoria se verá obligado, en la medida en que los mismos formen parte de su oferta minorista de SVOD, a ofrecer la redistribución de los mismos (siempre orientada a costes) para su explotación en la plataforma SVOD de terceros operadores.”

Como puede observarse, resulta por tanto inequívoco que en la oferta mayorista de TELEFÓNICA debe incluirse tanto el acceso a los contenidos premium a través de

canales lineales como la posibilidad de explotar contenidos bajo modalidad SVOD, que incluso alcanzan a los contenidos que ya había adquirido antes de la autorización de la concentración como refleja el apartado (1099) antes señalado.

Por otra parte, como queda reflejado en los párrafos (1079) y (1080) del IP en segunda fase antes reproducidos, algunos operadores plantearon incluir la obligación para TELEFÓNICA de incorporar a la oferta mayorista todos los contenidos exclusivos, planteamiento descartado dado que en dicha oferta además de los contenidos premium, se consideraba que la propia TELEFÓNICA incluiría otros contenidos no premium en dichos canales.

Los propios compromisos abundan en esta interpretación de que la oferta mayorista debe incorporar los contenidos premium que haya adquirido TELEFÓNICA, y recogen al mismo tiempo determinadas limitaciones al contenido de su oferta mayorista.

Por una parte el compromiso 2.9.e) señala en su párrafo segundo lo siguiente: *“En el caso en que la entidad resultante no sea titular de la totalidad de los derechos de emisión en España correspondientes a las competiciones de la Liga de Primera División de Fútbol y Copa de S.M. el Rey de Fútbol, no estará obligada a poner a disposición los derechos que disfrute a aquellos grupos empresariales que, siendo igualmente titulares de derechos de emisión en exclusiva en la misma competición y temporada, no cedan recíprocamente a la entidad resultante sus correspondientes derechos en condiciones equivalentes.”*

De este compromiso se deduce de manera inequívoca, en línea con lo ya recogido en el IP en segunda fase, que TELEFÓNICA se obliga a poner a disposición de terceros los derechos de determinadas competiciones futbolísticas, sobre un principio de reciprocidad. Este compromiso ofrecido por la propia TELEFÓNICA no hace referencia a canales sino a contenidos premium concretos que, conforme al objetivo de la oferta mayorista, deberán estar a disposición de sus competidores.

Por otra parte, el compromiso 2.9.f) establece en su párrafo sexto que *“La entidad resultante podrá excluir del canal contenidos propios, siempre y cuando no se deteriore significativamente la calidad del canal ofertado y se sustituyan dichos contenidos por otros de calidad suficiente de forma que no haya franjas horarias en negro.”*

Una vez más se establecen limitaciones respecto de los contenidos que deben incluirse en los canales de la oferta mayorista al objeto de garantizar no solo que se ofrecen los contenidos calificados como premium a los competidores sino también que se preserva la calidad de los canales ofertados.

De acuerdo con todo ello, debe rechazarse lo alegado por TELEFÓNICA cuando señala que los compromisos solamente obligan a dicha empresa a ofrecer canales y no contenido como tal.

En conclusión, por las razones señaladas, los compromisos incluyen la obligación de ofrecer a través de la oferta mayorista los contenidos premium que haya adquirido TELEFÓNICA, tanto a través de canales lineales de televisión, como para su explotación en modalidad SVOD.

Esta obligación de incorporar los contenidos premium a la oferta quedó expuesta con claridad en el IP en segunda fase, en particular en el caso de los contenidos premium deportivos, para los que una eventual limitación a la adquisición de derechos exclusivos por parte de TELEFÓNICA fue desestimada al considerarse más efectivo garantizar que dichos contenidos estuviesen a disposición del resto de operadores en la oferta mayorista (párrafos 1057 y 1058 del IP en segunda fase antes citados).

Todo ello resulta perfectamente consistente con el análisis del conjunto de los compromisos y con el equilibrio existente entre las limitaciones a la adquisición de derechos por parte de TELEFÓNICA, en particular los contenidos exclusivos, y el compromiso 2.9 relativo a la oferta mayorista que TELEFÓNICA está obligada a poner a disposición del resto de operadores.

Desde la autorización de la operación, TELEFÓNICA es perfectamente concedora de todos los elementos antes señalados, y de la interpretación sobre el alcance de sus obligaciones en relación con la oferta mayorista recogida en el IP en segunda fase. El Consejo de la CNMC en su resolución de 22 de abril de 2015 se muestra de acuerdo con el análisis realizado en dicho Informe Propuesta y la valoración de los compromisos presentados, y resalta que los compromisos deben ser valorados en su conjunto y no solo de manera aislada cada uno de ellos.

Un segundo conjunto de alegaciones hace referencia a la libertad de TELEFÓNICA para desinvertir en los derechos adquiridos y rentabilizarlos, todo ello en el marco de la libertad de empresa. Como consecuencia de ello, y en el presente caso, una vez cedidos los contenidos exclusivos de las competiciones UEFA para el segmento Horeca en favor de Mediapro, dichos contenidos habrían dejado de ser de TELEFÓNICA, en consecuencia, no serían contenido premium y TELEFÓNICA no tendría obligación alguna en relación con los mismos conforme a los compromisos, y tampoco de incluirlos en la oferta mayorista y de ofrecerlos en condiciones no discriminatorias a todos los operadores.

En relación con estas cuestiones procede señalar en primer lugar que los compromisos fueron ofrecidos de manera voluntaria por parte de TELEFÓNICA, y que la autorización de la concentración se subordinó al cumplimiento de los mismos,

todo ello con el objeto de paliar los diversos efectos negativos para la competencia identificados en el análisis de la operación en diferentes mercados. Dichos compromisos incluyen determinadas limitaciones a la capacidad de actuación de TELEFÓNICA, entre otros aspectos en la adquisición de contenidos y en su comercialización que, como no puede ser de otra manera, conllevan unas restricciones a la libertad empresa durante el periodo en el que los compromisos se mantengan en vigor.

Si TELEFÓNICA consideraba que dichas limitaciones resultaban incompatibles e inasumibles con su libertad de actuación como empresa no debió haber propuesto los compromisos o, en su caso, debería haber renunciado a llevar a cabo la operación de concentración.

Es por ello que la capacidad de TELEFÓNICA para rentabilizar y comercializar los derechos adquiridos, y para configurar su oferta mayorista de canales, debe quedar sujeta en todo caso a lo que lo que señalan los compromisos, presentados por la propia empresa.

Así, los compromisos establecen un determinado mecanismo para la adquisición y explotación de contenidos audiovisuales, basado en ciertas limitaciones para su adquisición (compromisos 2.1 a 2.8) y un sistema reglado para comercialización y explotación de los contenidos premium (compromiso 2.9 y Anexo 1), en particular garantizando que estos contenidos exclusivos y de alto valor, estuvieran a disposición del resto de operadores presentes en el mercado de la televisión de pago (incluidos los OTT) en condiciones regladas y no discriminatorias a través de una oferta mayorista de canales lineales.

A criterio de la DC, por las razones ya señaladas y que ya quedaron delimitadas y precisadas en la autorización de la operación de concentración, TELEFÓNICA debe garantizar que los contenidos calificados como premium conforme al compromiso 2.9.d) primer párrafo¹⁵ estén a disposición del resto de operadores a través de la oferta mayorista de canales tanto a través de canales lineales y también en la modalidad no lineal SVOD.

En el caso concreto de los contenidos para la emisión en directo de partidos de las competiciones de fútbol Liga de campeones y la Europa League, se trata de un contenido premium de los previstos en los compromisos, cuyos derechos exclusivos fueron adquiridos por TELEFÓNICA para las temporadas 2021/22 a 2023/24129.

¹⁵ A estos efectos, se considera canal *premium* aquél que incluya algún contenido audiovisual no deportivo de estreno de los grupos empresariales denominados *Majors3* sobre el que la entidad resultante disponga de derechos de emisión en exclusiva en España, tal como se ha definido en el apartado 2.2.a), o algún evento deportivo en directo de la Liga de Primera División de Fútbol, Copa de S.M. el Rey de Fútbol, *Champions League* de Fútbol, *Europa League* de Fútbol, Campeonato del Mundo de Fútbol, Campeonato Mundial de Baloncesto, Fórmula 1, Moto GP y los Juegos Olímpicos, sobre el que la entidad resultante disponga de derechos de emisión en exclusiva en España.

TELEFÓNICA alega que tras su cesión a Mediapro, ya no se trata de contenidos exclusivos que ostente TELEFÓNICA y por lo tanto no quedarían sujetos a lo señalado en los compromisos respecto de la oferta mayorista.

Por otra parte, en virtud del contrato de 26 de marzo de 2021, TELEFÓNICA ha comercializado los contenidos premium correspondientes a los derechos de emisión en directo de partidos de las competiciones de fútbol Liga de campeones y la Europa League para el segmento no residencial en favor de un determinado operador (Mediapro) cuando los compromisos establecen un procedimiento reglado para la comercialización de estos contenidos que deben estar accesibles a todos los operadores de manera transparente y no discriminatoria, con posible incumplimiento de lo previsto en el compromiso 2.9 y en el Anexo 1 respecto de la obligación de poner a disposición del resto de operadores una oferta mayorista y en particular el respeto del principio de no discriminación.

Estas prácticas, a criterio de la DC, podrían ser contrarias a los compromisos, a su finalidad y a los motivos que fueron determinantes en el análisis de los mismos de cara a la autorización de la operación de concentración, a pesar de haberse identificado riesgos relevantes para la competencia en varios mercados afectados derivados de dicha operación.

Debe recordarse la particular relevancia que tienen los contenidos premium en los mercados minoristas de la televisión de pago y los mercados conexos de comunicaciones electrónicas, tal y como ha quedado reflejado de manera reiterada en el IP en segunda fase¹⁶.

En el análisis de la concentración se identificó¹⁷ un riesgo de que TELEFÓNICA, tendría la capacidad y los incentivos para utilizar su posición como oferente de canales de televisión de pago *premium* para reducir la capacidad de competir de sus rivales en el mercado de la televisión de pago cerrando directamente el acceso a estos canales a sus competidores.

Resulta a estos efectos relevante reproducir los párrafos (857) y (858) del IP en segunda fase de la concentración donde se analizan los posibles incentivos de TELEFÓNICA para realizar determinadas prácticas en detrimento de la competencia en los mercados, en particular dado que los beneficios de captar clientes en los mercados minoristas serían muy superiores a los obtenidos en la venta mayorista.

“(857) Finalmente, en lo que se refiere a los incentivos que tendrá la entidad resultante para no vender sus propios canales a sus competidores, es evidente que la pérdida de ingresos por renunciar a vender los canales propios en el mercado mayorista quedaría largamente compensada por las rentas que se

¹⁶ Ver por ejemplo párrafos 131, 248, 274, 514, 515, 842

¹⁷ Ver IP en segunda fase Apartado X.2 (párrafos 835 y ss)

obtendrían de nuevos clientes a los que se oferten paquetes convergentes. A estos efectos conviene señalar que el margen obtenido en la venta de canales en el mercado mayorista es muy inferior al obtenido en la venta minorista de comunicaciones electrónicas y servicios de televisión.

(858) Además, cabe destacar que TELEFÓNICA no oferta en la actualidad los canales que edita a sus competidores, por lo que no es de extrañar que esta falta de incentivos a comercializar sus canales en el mercado mayorista continúe tras la operación de concentración, aún en el caso de canales cuyos contenidos se han adquirido a costes muy elevados, como el fútbol. De hecho, TELEFÓNICA ha pagado por emitir en exclusividad junto a DTS la Champions League de fútbol durante las últimas temporadas y ha renunciado a rentabilizar esta inversión porque lo ofrece gratis a sus clientes al adquirir otros paquetes. Esta decisión solo puede obedecer a que ha primado en su estrategia de negocio la captación y retención de abonados convergentes de televisión de pago y servicios de comunicaciones electrónicas en detrimento de la obtención de mayores ingresos a corto plazo, estrategia que también puede aplicarse al caso de la venta mayorista de canales, sacrificando los ingresos de esta venta a cambio de una exclusividad que puede reportar más beneficios a través de más clientes en el ámbito minorista.”

Las actuaciones analizadas en el IPV parecen confirmar los riesgos e incentivos que ya se apuntaban en el año 2015 cuando fue analizada la operación, siendo determinante exigir el cumplimiento de los compromisos como medio para compensar los riesgos identificados, en este caso en lo que hace referencia a la oferta mayorista.

TELEFÓNICA señala igualmente que no impide la adquisición de esos derechos por parte de ningún operador y que el contrato con Mediapro está condicionado a la puesta a disposición de esos derechos a terceros operadores.

En relación con esta alegación debe señalarse que el contrato con Mediapro venga condicionado a la puesta a disposición de los derechos a terceros operadores resulta poco relevante en lo que atañe al cumplimiento de los compromisos, que es el objeto del IPV. No resulta equiparable una situación en la que TELEFÓNICA venga obligada a ofertar a todos los operadores del mercado un determinado contenido premium que ha adquirido, en condiciones reguladas, equitativas, razonables, objetivas, transparentes y no discriminatorias, frente a otra situación en la que un determinado operador, en este caso Mediapro, verticalmente integrado, pueda alcanzar acuerdos comerciales con otros operadores atendiendo a sus prioridades u objetivos de negocio.

La alegación relativa a la firma del contrato con Mediapro con carácter previo a la resolución de vigilancia de 22 de julio de 2021 relativa al acuerdo suscrito entre

TELEFÓNICA y DAZN que versaba sobre una cuestión similar, no afecta a la valoración en cuanto a la compatibilidad con los compromisos de la venta exclusiva de estos derechos de las competiciones europeas de fútbol.

Por último, TELEFÓNICA alega razones de eficiencia del mercado señalando que responde a un modelo continuista y el carácter procompetitivo del acuerdo con Mediapro al facilitar a operadores que solo demandan derechos para el segmento Horeca la contratación de contenidos.

Se estima que estas alegaciones no resultan relevantes a los efectos de valorar el cumplimiento de los compromisos, dado que los compromisos no contemplan estas circunstancias como excepciones al cumplimiento de los mismos.

Sin perjuicio de lo anterior procede señalar que en cuanto a la afirmación de que nos encontramos ante un modelo continuista habiendo Mediapro comercializado en pasadas temporadas el canal LaLiga TV Bar que incluía contenidos de las competiciones UEFA (para el segmento Horeca), procede recordar que en junio de 2017 Mediapro se había adjudicado los derechos (tanto para el mercado residencial como para el no residencial) de estas competiciones correspondientes a las temporadas 2018/19 a 2020/21, habiendo posteriormente, en junio de 2018, cedido a TELEFÓNICA los derechos de emisión de estas competiciones en el mercado residencial español, por un importe de 360 millones de € por temporada. A diferencia de ello, en el presente caso TELEFÓNICA había adquirido los derechos exclusivos de las competiciones habiendo posteriormente cedido en exclusiva los derechos para el segmento no residencial en favor de Mediapro.

En cuanto a la posibilidad de que se facilite el acceso a estos contenidos a operadores que solamente estén interesados en el segmento no residencial, procede señalar que nada impide a TELEFÓNICA incluir en su oferta mayorista una oferta específica para clientes del mercado no residencial, diferenciada del residencial.

Lejos de imponer tal restricción, los compromisos recogen varias previsiones que facilitan que pueda realizarse dicha oferta específica para el segmento no residencial, por ejemplo, en el compromiso 2.9.a) o en el compromiso 2.9.j) que permite que las condiciones de la oferta mayorista puedan ser diferentes para el segmento residencial y no residencial, o el Anexo 1.1 donde se prevén especialidades para fijar el Coste por Abonado (CPA) para el segmento no residencial.

Por último, cuestiona TELEFÓNICA la proporcionalidad de la propuesta, que implicaría rescindir su contrato con Mediapro y resalta los posibles perjuicios que pudieran derivarse de la modificación de la oferta de contenidos para los usuarios.

En cuanto a las eventuales modificaciones del contrato suscrito entre TELEFÓNICA y Mediapro, o se eventual rescisión, no puede acogerse un argumento que condicione el cumplimiento de los compromisos a unas determinadas actuaciones realizadas por TELEFÓNICA que no eran compatibles con los mismos. Ello llevaría a una situación en la cual todos los compromisos dejarían de ser exigibles ante cualquier situación en la cual TELEFÓNICA hubiera realizado actuaciones que debieran ser corregidas en caso de incumplimiento, por ejemplo, la adquisición de contenidos exclusivos sin sujetarse a las limitaciones previstas en los compromisos.

Por otra parte, debe recordarse que no se impide a TELEFÓNICA que pueda realizar las necesarias adecuaciones de su contrato con Mediapro al objeto de ajustarlo al cumplimiento de los compromisos. Si dichas adecuaciones pueden conllevar como anuncia TELEFÓNICA la rescisión del mismo es una cuestión que no puede ser valorada con la información disponible, ni ser motivo para eludir el cumplimiento de los compromisos que la propia TELEFÓNICA ha ofrecido.

Procede acoger la alegación de TELEFÓNICA en lo que se refiere a minimizar el posible perjuicio causado a los terceros operadores que hubieran adquirido a Mediapro los contenidos relativos a las competiciones UEFA para el segmento no residencial y a los clientes finales que hubieran contratado el acceso a estos contenidos.

En este sentido, teniendo en cuenta que las competiciones UEFA de la temporada 2021/2022 se encuentran muy próximas a su finalización, resulta procedente ajustar los plazos propuestos en la PIPV, de manera que TELEFÓNICA incorpore dichos contenidos deportivos a la próxima oferta mayorista (octava oferta mayorista), es decir incorpore los derechos correspondientes a la temporada 2022/23.

De acuerdo con todo ello, no se observa en las alegaciones de TELEFÓNICA ninguna circunstancia o elemento que permita desacreditar lo ya señalado en la PIPV en relación con la comercialización de contenidos premium de las competiciones de fútbol organizadas por la UEFA Liga de Campeones y Europa League (para su emisión en directo en España) destinados al segmento no residencial (Horeca) y la no inclusión en la séptima oferta mayorista de dichos contenidos.

QUINTO. - VALORACIÓN DE OTRAS ALEGACIONES DE TELEFÓNICA NO ABORDADAS PREVIAMENTE

TELEFÓNICA señala como alegación previa que la resolución de la CNMC de 22 de abril de 2015 que autorizó la operación de concentración económica TELEFÓNICA/DTS se extinguió con fecha 30 de abril de 2020. En consecuencia, a criterio de TELEFÓNICA, los compromisos que se aprobaron en la resolución de 22

de abril de 2015 han cesado de producir efectos y, por tanto, la propuesta objeto del presente escrito se dicta sobre la base de unos compromisos caducados.

Recoge también TELEFÓNICA en su escrito de alegaciones una referencia a la resolución del Consejo de la CNMC de 22 de julio de 2021 acerca de la compatibilidad del acuerdo entre TELEFÓNICA y DAZN de 7 de enero de 2021 con los compromisos. Resume las alegaciones presentadas en su momento en relación con el IPV del que trae causa esta resolución y recuerda que la misma ha sido objeto de recurso ante la Audiencia Nacional y de solicitud de medida cautelar.

En cuanto a la alegación previa sobre la pérdida de vigencia de los compromisos, procede señalar que dicha cuestión ha sido objeto de recurso contencioso-administrativo presentado por TELEFÓNICA contra la resolución del Consejo de la CNMC de 9 de julio de 2020, que se sustancia bajo la referencia N.º 944/2020 en la Sección Sexta de la Audiencia Nacional. No es por tanto objeto de la presente resolución valorar dichas alegaciones.

Tampoco es objeto de esta resolución valorar las cuestiones recogidas por TELEFÓNICA en relación con su recurso contencioso-administrativo contra la resolución del Consejo de la CNMC de 22 de julio de 2021 acerca de la compatibilidad del acuerdo entre TELEFÓNICA y DAZN de 7 de enero de 2021 con los compromisos.

SEXTO. – VALORACIÓN DE LA DIRECCIÓN DE COMPETENCIA EN SU INFORME PARCIAL DE VIGILANCIA.

A la vista de todo lo anterior, la DC considera que, tal y como se señala en las conclusiones del IPV:

- La siguiente previsión “*en cualquier momento durante el periodo de licencia del Canal, la Entidad Oferente podrá decidir que determinados contenidos premium incluidos en el Canal, estén disponibles simultáneamente en canal/es o servicio/s de tercero/s distinto/s de la Entidad Oferente. Dicha posibilidad conllevará la aplicación del correspondiente ajuste al Precio Mínimo Garantizado que resulte como consecuencia de dicha circunstancia.*”, recogida en el último párrafo del apartado 1 de los Anexos de condiciones particulares de los canales Movistar LaLiga y Movistar Liga de campeones de la séptima oferta mayorista de canales, resulta incompatible con los compromisos a que fue subordinada la autorización de la operación de concentración C/0612/14, en particular con el compromiso 2.9 y el Anexo 1.

No existe constancia de que esta previsión haya sido aplicada en la práctica y por tanto se haya concretado un incumplimiento de los compromisos.

- La comercialización por parte de TELEFÓNICA de los contenidos premium correspondientes a las competiciones de fútbol Liga de campeones y la Europa League (destinados a su emisión en directo en España) para el segmento no residencial en favor de Mediapro sin sujetarse al sistema de comercialización de estos contenidos establecido en los compromisos, y su consiguiente exclusión de la séptima oferta mayorista de canales, resultan incompatibles con los compromisos a que fue subordinada la autorización de la operación de concentración C/0612/14, en particular con el compromiso 2.9 y el Anexo 1, y constituyen un incumplimiento de los mismos.

Por otra parte, la DC propone al Consejo de la CNMC que:

- a) Al amparo de lo previsto en el Anexo 1 apartado 3) de los compromisos, ordene a TELEFÓNICA
 - a. Bien la eliminación del inciso *“en cualquier momento durante el periodo de licencia del Canal, la Entidad Oferente podrá decidir que determinados contenidos premium incluidos en el Canal, estén disponibles simultáneamente en canal/es o servicio/s de tercero/s distinto/s de la Entidad Oferente. Dicha posibilidad conllevará la aplicación del correspondiente ajuste al Precio Mínimo Garantizado que resulte como consecuencia de dicha circunstancia”* recogido en el último párrafo del apartado 1 de los Anexos de condiciones particulares de los canales Movistar LaLiga y Movistar Liga de campeones de la séptima oferta mayorista y ofertas sucesivas.
 - b. Bien la reformulación de dicho inciso para adecuarse a lo previsto en los compromisos (en particular, al apartado 3 del Anexo 1), de forma que se garantice que las condiciones particulares acordadas con otros operadores sean no discriminatorias y transparentes, puedan incorporarse a la oferta mayorista como anexo a las Condiciones Tipo y se prevean los mecanismos necesarios para asegurar que aquellos operadores que lo deseen (incluidos los que hubieran alcanzado acuerdos previos de acceso al amparo de la oferta mayorista) puedan acogerse a estas condiciones cuando pudieran resultarles más ventajosas.

Que TELEFÓNICA se abstenga de reiterar esta conducta en el futuro.

- b) Se ordene a TELEFÓNICA la inclusión en la oferta mayorista de canales de los derechos sobre los contenidos premium correspondientes a las competiciones de fútbol Liga de campeones y la Europa League (destinados a su emisión en directo) en España para el segmento no residencial.
- c) La adecuación del contrato suscrito entre TELEFÓNICA y Mediapro en lo que se refiere a la comercialización de contenidos premium correspondientes a las competiciones de fútbol Liga de campeones y la Europa League (destinados a su emisión en directo) en España para el segmento no residencial, para ajustarlo a lo establecido en los compromisos.

Las medidas antes señaladas deberán realizarse por TELEFÓNICA en el plazo siguiente a contar desde la notificación de la resolución:

- 10 días para la medida señalada en el punto a) y en todo caso con anterioridad a la publicación de la octava oferta mayorista.
- Las medidas señaladas en los puntos b) y c), con anterioridad a la publicación de la octava oferta mayorista.

TELEFÓNICA remitirá a la Dirección de Competencia la información necesaria para acreditar el cumplimiento de las medidas señaladas en el plazo de los 10 días siguientes a su realización.

SÉPTIMO. - VALORACIÓN DEL PLENO DE LA CNMC

En el presente procedimiento, el Pleno del Consejo debe valorar determinados aspectos relativos al contenido del último párrafo del apartado 1 de los Anexos de Condiciones particulares de los canales Movistar LaLiga y Movistar Liga de Campeones de la séptima oferta mayorista, así como a la comercialización de contenidos premium de las competiciones de fútbol organizadas por la UEFA Liga de Campeones y Europa League (para su emisión en directo en España) destinados al segmento no residencial (Horeca) y la no inclusión en la séptima oferta mayorista de dichos contenidos.

Tal y como propone la DC en su IPV, no se han analizado en esta resolución aspectos relativos a la séptima oferta mayorista de canales y su compatibilidad con los compromisos. La vigilancia de estas cuestiones seguirá siendo objeto de otras resoluciones del Consejo.

Asimismo, tampoco se valoran los aspectos relacionados con el procedimiento de comercialización de derechos o con su explotación desde la perspectiva de los artículos 1 y 2 de la LDC y 101 y 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE).

A la vista del pormenorizado y completo análisis desarrollado por la Dirección de Competencia en su actividad de vigilancia, que ha sido expresado en su IPV de 1 de junio de 2022 y sintetizado en anteriores fundamentos de derecho de la presente resolución, este Consejo considera que se deben introducir los ajustes señalados por el órgano instructor.

Así TELEFÓNICA deberá eliminar el inciso *“en cualquier momento durante el periodo de licencia del Canal, la Entidad Oferente podrá decidir que determinados contenidos premium incluidos en el Canal, estén disponibles simultáneamente en canal/es o servicio/s de tercero/s distinto/s de la Entidad Oferente. Dicha posibilidad conllevará la aplicación del correspondiente ajuste al Precio Mínimo Garantizado que resulte como consecuencia de dicha circunstancia”* recogido en el último párrafo del apartado 1 de los Anexos de condiciones particulares de los canales Movistar LaLiga y Movistar Liga de campeones de la séptima oferta mayorista y ofertas sucesivas, o deberá reformular dicho inciso para adecuarse a lo previsto en los compromisos (en particular, al apartado 3 del Anexo 1), de forma que se garantice que las condiciones particulares acordadas con otros operadores sean no discriminatorias y transparentes, puedan incorporarse a la oferta mayorista como anexo a las Condiciones Tipo y se prevean los mecanismos necesarios para asegurar que aquellos operadores que lo deseen (incluidos los que hubieran alcanzado acuerdos previos de acceso al amparo de la oferta mayorista) puedan acogerse a estas condiciones cuando pudieran resultarles más ventajosas.

TELEFÓNICA debe abstenerse de reiterar esta conducta en el futuro.

Además, TELEFÓNICA deberá incluir en la oferta mayorista de canales, los derechos sobre los contenidos premium correspondientes a las competiciones de fútbol Liga de campeones y la Europa League (destinados a su emisión en directo) en España para el segmento no residencial.

Deberá también adecuar el contrato suscrito entre TELEFÓNICA y Mediapro en lo que se refiere a la comercialización de contenidos premium correspondientes a las competiciones de fútbol Liga de campeones y la Europa League (destinados a su emisión en directo) en España para el segmento no residencial, para ajustarlo a lo establecido en los compromisos.

Estas medidas deberán realizarse por TELEFÓNICA en los plazos señalados en el Fundamento de Derecho Sexto.

Vistos los preceptos citados y los demás de general aplicación, el Pleno del Consejo

HA RESUELTO

ÚNICO. - Declarar que TELEFÓNICA debe introducir los ajustes señalados por la Dirección de Competencia en su informe parcial de vigilancia de 1 de junio de 2022, en los términos señalados en el fundamento de derecho SEXTO Y SEPTIMO de la presente resolución, con el objeto de que se cumplan los compromisos presentados el 14 de abril de 2015, recogidos en la resolución del Pleno del Consejo de la CNMC de 22 de abril de 2015 recaída en el citado expediente C/0612/14.

Comuníquese esta resolución a la Dirección de Competencia de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia y notifíquese a la parte interesada, haciéndole saber que la misma pone fin a la vía administrativa y que puede interponer contra ella recurso contencioso-administrativo ante la Audiencia Nacional, en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente al de su notificación.