

RESOLUCIÓN DE VIGILANCIA**Expte. VC/0612/14 TELEFÓNICA/DTS****CONSEJO. PLENO****Presidenta**D^a. Cani Fernández Vicién**Vicepresidente**

D. Ángel Torres Torres

ConsejerosD^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. Carlos Aguilar Paredes

D. Josep Maria Salas Prat

Secretario

D. Joaquim Hortalà i Vallvé

En Madrid, a 9 de julio de 2020

El Pleno del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, con la composición señalada, ha dictado la siguiente resolución que tiene por objeto la decisión sobre la prórroga de los compromisos a los que se subordinó la autorización de la operación en la resolución del Pleno Consejo de la CNMC de 22 de abril de 2015, recaída en el expediente C/0612/14, TELEFÓNICA/DTS.

INDICE

ANTECEDENTES DE HECHO	3
FUNDAMENTOS DE DERECHO	5
PRIMERO. - HABILITACIÓN COMPETENCIAL.....	5
SEGUNDO. - OBJETO DE LA PRESENTE RESOLUCIÓN DE VIGILANCIA.....	5
TERCERO. – VALORACIÓN DE LA DIRECCIÓN DE COMPETENCIA.....	6
CUARTO.- Justificación de la prórroga y alegaciones presentadas por TELEFÓNICA a la propuesta de informe parcial de vigilancia	8
4.1. Sobre la alegación única de TELEFÓNICA relativa a que los compromisos aprobados en la resolución de 22 de abril de 2015 han cesado de producir efectos y que se debe dictar resolución por la que se declaren extinguidos.....	8
4.2. Sobre la justificación de la prórroga de los compromisos.....	16
4.3. Sobre la alegación primera	22
4.3.1. Sobre el mercado de TV de pago y los cambios tecnológicos producidos en el mismo.....	22
4.3.2. Sobre el mercado de comercialización mayorista de contenidos audiovisuales individuales	24
4.3.3. Sobre el mercado de comercialización mayorista de canales de televisión.....	27
4.3.4. Sobre los mercados de comunicaciones electrónicas	29
4.4. Sobre la alegación segunda relativa a que la mayoría de la PIPV ni se ajusta a la realidad competitiva ni está orientada a promover una competencia efectiva en los mercados afectados	33
QUINTO. – VALORACIÓN DE PLENO DE LA CNMC	35
HA RESUELTO	36

ANTECEDENTES DE HECHO

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. El apartado sexto de los compromisos a los que se supeditó la autorización de la concentración establece lo siguiente:

“Los compromisos tendrán una vigencia de cinco (5) años desde que la resolución en segunda fase del expediente C/0612/14 sea firme en vía administrativa. Transcurrido dicho plazo, la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia valorará si se ha producido una modificación relevante en la estructura o la regulación de los mercados considerados, que justifique el mantenimiento, adecuación o supresión de las condiciones correspondientes por un periodo adicional de hasta un máximo de tres (3) años, que se concretará de forma motivada.”
5. Con fecha 24 de enero de 2020, TELEFÓNICA aportó al expediente de vigilancia un escrito solicitando que se confirmase el levantamiento y supresión de los compromisos por fin de vigencia de los mismos y en atención a los que considera cambios en las condiciones de los mercados afectados por la operación (folios 69585 a 69637).
6. Con fecha 4 de febrero de 2020, la Dirección de Competencia envió requerimientos de información a distintos operadores de comunicaciones electrónicas, de TV de pago, proveedores de contenidos audiovisuales y a operadores de TV en abierto. Las respuestas de COMUNIDAD FILMIN, S.L., AIRE NETWORKS DEL MEDITERRANEO, S.L. UNIPERSONAL, ASOCIACION NACIONAL DE OPERADORES DE TELECOMUNICACIONES Y SERVICIOS DE INTERNET,

VIACOM INTERNATIONAL MEDIA NETWORKS, PARAMOUNT SPAIN, S.L., MEDIAPRODUCCIÓN S.L.U., WARNER BROS. ENTERTAINMENT ESPAÑA, S.L., THE WALT DISNEY COMPANY IBERIA, S.L., SONY PICTURES ENTERTAINMENT IBERIA, S.L., FOX INTERNATIONAL CHANNEL ESPAÑA, S.L., MEDIASET ESPAÑA COMUNICACIÓN, S.A., VODAFONE ONO, S.A. (**VODAFONE**), ATRESMEDIA CORPORACIÓN DE MEDIOS DE COMUNICACIÓN, S.A., ORANGE ESPAGNE, S.A., AMC NETWORKS INTERNATIONAL IBERIA, FUBO TV. INC, EUSKALTEL S.A., AMAZON EU SARL, SKY UK LIMITED, NETFLIX INTERNATIONAL BV, MASMOVIL IBERCOM, S.A., TELEFÓNICA, PERFORM MEDIA SPAIN, S.L.U., HOME BOX OFFICE SPAIN VENTURES, S.L., se recibieron entre los días 17 de febrero de 2020 y 5 de marzo de 2020.

Con fecha 24 de febrero de 2020 se recibió la contestación de TELEFÓNICA al requerimiento de información formulado por la Dirección de Competencia (folios 70117 a 70172).

Con fecha 27 de abril de 2020, VODAFONE remitió escrito complementario a su respuesta de 25 de febrero de 2020.

7. Con fecha 17 de marzo de 2020, la Dirección de Competencia remitió a TELEFÓNICA acuerdo comunicando que, en el marco del procedimiento de vigilancia de referencia, conforme con lo previsto en la disposición adicional tercera del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19 (**RD 463/2020**), en orden a la valoración relativa al mantenimiento, adecuación o supresión de los compromisos, quedaba suspendido el plazo previsto en la resolución de 22 de abril de 2015 recaída en el expediente C/0612/14 (compromiso 6) (folios 71768 a 71769).
8. Conforme a lo previsto en el Reglamento de Defensa de la Competencia, aprobado por Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero (**RDC**), el 12 de mayo de 2020 se remitió a TELEFÓNICA la propuesta de informe parcial de vigilancia (**PIPV**) en relación con la duración de los compromisos del grupo TELEFÓNICA de 14 de abril de 2015 a los que se subordinó la autorización de la operación de concentración de referencia, al objeto de que pudiera formular las alegaciones que estimara convenientes (folios 72343 a 72393).

Las alegaciones de TELEFÓNICA se recibieron el 29 de mayo de 2020 (folios 77484 a 77527). Con fecha 4 de junio de 2020, TELEFÓNICA remitió un escrito con una alegación complementaria (folios 77660 a 77680).

9. Con fecha 15 de junio de 2020, la Dirección de Competencia elevó al Consejo su informe parcial de vigilancia (**IPV**) a los efectos de que el Consejo de la CNMC se

pronuncie sobre la duración de los compromisos a los que se subordinó la autorización de la operación C/0612/14 (folios 78020 a 78112).

10. El Pleno del Consejo de la CNMC aprobó esta resolución en su sesión del día 9 de julio de 2020.
11. Es parte interesada en el expediente: TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. - HABILITACIÓN COMPETENCIAL

De acuerdo con el artículo 5.1 de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la 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 el IPV la Dirección de Competencia considera que ha quedado acreditado que, tras el período inicial de duración de los compromisos, la situación competitiva de los mercados afectados motiva que corresponda mantener durante tres años adicionales los compromisos adoptados en los mismos términos de la resolución del Consejo de 14 de abril de 2015, con ciertas salvedades relativas a la adquisición de derechos de emisión en España de contenidos audiovisuales no deportivos de terceros para su emisión en SVOD (compromiso 2.2), así como respecto del mantenimiento de las condiciones aplicadas en el momento de la operación de concentración a los titulares de los canales

de televisión de terceros que distribuye la entidad resultante en sus plataformas de TV de pago (último párrafo del compromiso 2.11).

Por tanto, en la presente resolución de vigilancia, el Consejo de la CNMC debe resolver sobre si, como propone la Dirección de Competencia, deben prorrogarse por un período de tres años adicionales los compromisos adoptados en la resolución de 14 de abril de 2015 a las que se subordinó la autorización de la operación de concentración económica TELEFÓNICA/DTS en el expediente C/0612/14, con las salvedades señaladas en el IPV.

En consecuencia, no se consideran en la presente resolución cuestiones distintas relacionadas con los compromisos de 14 de abril de 2015, cuya vigilancia ha sido y seguirá siendo objeto de otros informes parciales de vigilancia.

TERCERO. – VALORACIÓN DE LA DIRECCIÓN DE COMPETENCIA.

La Dirección de Competencia notificó a TELEFÓNICA la PIPV el 12 de mayo de 2020. En dicha PIPV el órgano de vigilancia proponía al Consejo de la CNMC la adopción de una serie de medidas relacionadas con la duración de los compromisos a los que se subordinó la autorización de la operación C/0612/14.

Tras la recepción de las alegaciones presentadas el 29 de mayo de 2020 y sus complementarias el 4 de junio de 2020 por TELEFÓNICA y el análisis de las mismas, la Dirección de Competencia emitió el IPV el 15 de junio de 2020 en el que señala que, tras el período inicial de duración de los compromisos, la situación competitiva de los mercados afectados motiva que corresponda mantener durante tres años adicionales los compromisos adoptados en los mismos términos de la resolución del Consejo de 14 de abril de 2015 con las salvedades expuestas en dicho IPV, en particular en relación a la adquisición de derechos de emisión en España de contenidos audiovisuales no deportivos de terceros para su emisión en SVOD (compromiso 2.2), así como respecto del mantenimiento de las condiciones aplicadas en el momento de la operación de concentración a los titulares de los canales de televisión de terceros que distribuye la entidad resultante en sus plataformas de TV de pago (último párrafo del compromiso 2.11), respecto de la cual acoge la adecuación al texto propuesta por TELEFÓNICA en sus alegaciones.

Concretamente, la Dirección de Competencia en su IPV de 15 de junio de 2020, a los efectos de que el Consejo de la CNMC se pronuncie sobre la duración de los compromisos a los que se subordinó la autorización de la operación C/0612/14, propone lo siguiente:

*“[...] en cuanto a los **compromisos del apartado 1**, relativos al mercado minorista de televisión de pago en España, se considera necesario y proporcionado mantenerlos por el máximo de tres años con las siguientes excepciones. En primer lugar, las*

previsiones de los apartados 1.2 y 1.3. (y las obligaciones de información periódica conexas) puesto que la Resolución de 2015 daba un plazo concreto para su cumplimiento que ha expirado. En relación con el apartado 1.1.2. sólo se considera suprimido, por haber expirado su plazo, lo establecido en su párrafo primero y que a continuación se reproduce, manteniéndose durante tres años en todo lo restante:

“Telefónica renunciará a su derecho a exigir el cumplimiento de las condiciones de permanencia asociadas directa o indirectamente al servicio de televisión de pago o al pago de la correspondiente indemnización por incumplimiento a los clientes de servicios de televisión de pago en España de la entidad resultante. Dicha renuncia será efectiva a los tres (3) meses desde que la resolución en segunda fase de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia en el expediente C/0612/14 sea firme en vía administrativa.”

*Por lo que respecta a los **compromisos del apartado 2** y a los correspondientes anexos, relativos a los mercados mayoristas de contenidos audiovisuales individuales y de canales de televisión en España, se considera necesario y proporcionado mantenerlos íntegramente por el máximo de tres años con dos salvedades: lo previsto en el apartado 2.2. relativo a la adquisición de derechos no deportivos de terceros para su emisión en SVOD, no considerándose necesario ni proporcionado mantener su vigencia por lo que se propone su supresión, y lo establecido en el último párrafo del apartado 2.11, proponiéndose su adecuación al texto siguiente “La entidad resultante se compromete a no resolver anticipadamente y a negociar de buena fe, en condiciones razonables y no discriminatorias, los contratos para la distribución de los canales de televisión de terceros cuyo plazo de vigencia termine durante el periodo de prórroga de los compromisos” propuesto por TELEFÓNICA, en los términos recogidos en el apartado 2.2.3 de esta propuesta, con el mantenimiento íntegro del resto del contenido en ese apartado 2.11 durante el plazo de tres años.*

*En lo que concierne al **compromiso del apartado 3**, se considera justificado su mantenimiento igualmente por el plazo de tres años.*

*Por lo que respecta a las obligaciones de presentación de información (**compromiso del apartado 4 y anexo 2** correspondiente), en tanto la información en cuestión es necesaria para poder vigilar el efectivo cumplimiento de los compromisos mantenidos, corresponde su mantenimiento durante el período correspondiente para dar efectividad a la duración máxima de tres años del compromiso sustantivo al que se refieran.*

*Finalmente, el mantenimiento de los compromisos anteriores, así como la supresión del último párrafo del compromiso 2.11 determina la necesidad y proporcionalidad de prorrogar el **compromiso del apartado 5**, relativo a la resolución de conflictos.*

*Por lo que respecta a la duración de estos compromisos, a la vista de los riesgos para la competencia detectados, de la estructura de los mercados afectados y de la posición de TELEFÓNICA en los mismos, se considera necesario y proporcionado, así como coherente con los precedentes en la materia en el ámbito comunitario, que los compromisos mencionados se prorroguen por el periodo de tres años previsto en el **compromiso 6.**”*

CUARTO.- Justificación de la prórroga y alegaciones presentadas por TELEFÓNICA a la propuesta de informe parcial de vigilancia

Con fecha 29 de mayo de 2020 (folios 77484 a 77527) y 4 de junio de 2020 (folios 77660 a 77680) TELEFÓNICA presentó alegaciones a la PIPV. Primeramente, TELEFÓNICA identifica una alegación única, consistente en considerar que los compromisos que se aprobaron en la resolución de 22 de abril de 2015 han cesado de producir efectos y, por tanto, se debe dictar resolución por la que se declaren extinguidos.

Subsidiariamente, para el caso de que no se considere tal alegación, TELEFÓNICA argumenta que las conclusiones de la PIPV no valoran adecuadamente la evolución y los cambios estructurales que se han producido en los mercados afectados por la operación de concentración y que la propuesta de mantenimiento de la práctica totalidad de los compromisos no se ajusta a la realidad competitiva y no está orientada a promover una competencia efectiva en los mercados afectados.

4.1. Sobre la alegación única de TELEFÓNICA relativa a que los compromisos aprobados en la resolución de 22 de abril de 2015 han cesado de producir efectos y que se debe dictar resolución por la que se declaren extinguidos

TELEFÓNICA señala que, de conformidad con el apartado sexto de la resolución de compromisos, la misma adquirió firmeza en sede administrativa el 30 de abril de 2015, por lo que la vigencia inicialmente prevista de los compromisos concluiría el 30 de abril de 2020.

En relación con lo anterior, cita en su escrito de alegaciones que la PIPV omite referirse a la comunicación de fecha 16 de marzo de 2020 dirigida por el Secretario del Consejo por la cual se comunicaba, en el marco de las previsiones contenidas en el RD 463/2020, *“la suspensión del plazo máximo para resolver el procedimiento, en particular el plazo de tres meses previsto en el artículo 36.7 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia para que se dicte y notifique la resolución sobre la adopción de medidas en el ámbito de los expedientes de vigilancia. Dicha suspensión será eficaz mientras se mantenga la vigencia del mencionado Real Decreto o de cualquier de sus prórrogas. Una vez concluida dicha vigencia, los plazos se reanudarán”*. Al respecto, sostiene TELEFÓNICA que el acuerdo habría sido adoptado con anterioridad a la PIPV de 12 de

mayo de 2020 y, por tanto, habría suspendido un plazo aún no iniciado en el momento en el que se acordó la suspensión.

A continuación, TELEFÓNICA se refiere al acuerdo de la Dirección de Competencia de 17 de marzo de 2020 en el que se señaló *“que, en orden a la valoración relativa al mantenimiento, adecuación o supresión de los Compromisos, queda suspendido el plazo previsto en la Resolución de 22 de abril de 2015 (expte. C/0612/14, Compromiso 6)”*, así como que dicha suspensión de plazo *“no suspende la eficacia ni la ejecutividad de los Compromisos a los que se subordinó la autorización de la concentración 6/0612/14”*. Al respecto, entiende que la suspensión, aunque acordada *“en el marco del procedimiento de vigilancia”* no suspende los plazos de este procedimiento para la tramitación de la valoración de los compromisos.

Asimismo, TELEFÓNICA entiende que dicho acuerdo de la Dirección de Competencia es genérico, pues no se refiere a ningún procedimiento administrativo concreto, por lo que en modo alguno se puede interpretar como una prórroga de la vigencia de los compromisos.

La alegante también distingue la influencia del tiempo que en el derecho administrativo se otorga a la duración de los procedimientos administrativos de los efectos que dicha dimensión del tiempo provoca en relación con los actos administrativos. Por un lado, desde la perspectiva de la duración de los procedimientos administrativos, señala que el artículo 29 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, vincula estrictamente la acción de las administraciones públicas a términos y plazos definidos en la normativa para la tramitación de dichos procedimientos. Por otro lado, en relación con la eficacia de los actos administrativos, el artículo 39 de la Ley 39/2015 los contempla separadamente. No obstante, guarda silencio sobre la limitación temporal de los efectos de un acto administrativo. Por ello, entiende la alegante que hay que acudir al principio general de que si *“el acto se dicta para determinado plazo o hasta que se produzca o mientras no se produzca tal o cual circunstancia, el cumplimiento de aquél o de ésta determina el fin de su vigencia”*. En base a lo anterior, TELEFÓNICA defiende que toda vez que la resolución de concentración acordó subordinar su autorización al cumplimiento de los compromisos sujetos a una vigencia de 5 años, sin perjuicio de su posible mantenimiento, adecuación o supresión por otros 3 años adicionales, si así lo resuelve expresa y motivadamente la CNMC, tras la suspensión del cómputo de los plazos para la evaluación de los compromisos sin que haya mediado una resolución expresa que los prorrogue, éstos han cesado de producir efectos.

Además, añade que en ausencia de una previsión legal expresa por parte de la LDC o del RDC, de acuerdo con las reglas generales del Derecho Administrativo, debe concluirse que las condiciones impuestas en un acto administrativo por un período de

tiempo expresamente previsto dejarán de producir efecto una vez alcanzado dicho término.

En relación con la redacción del compromiso 6, TELEFÓNICA entiende que, del tenor literal de la primera frase del apartado relativo a la duración de los compromisos, así como de la interpretación lógica y sistemática del conjunto de la cláusula, se concluye que **“la prórroga de los Compromisos, ya sea en su versión original o modificada o su supresión, debe ser acordada antes de que se cumpla su término de vigencia”**. Lo anterior, según la alegante, en congruencia con los precedentes administrativos existentes de resoluciones anteriores de la autoridad de competencia. Entiende que una interpretación contraria supondría dejar en manos de la CNMC la duración real de la vigencia de los compromisos, de modo tal que la CNMC no quedaría vinculada ni por el acto administrativo ni por el carácter bilateral de los compromisos asumidos.

Por último, dedica la última parte de esta alegación única a aclarar que, en cualquier caso, la disposición adicional cuarta del RD 463/2020 no afecta a la vigencia de los Compromisos, ni mucho menos supone una posibilidad de prórroga de los compromisos por parte de la CNMC.

Concluye TELEFÓNICA señalando que ante la ausencia de una resolución expresa adoptada con anterioridad al 30 de abril de 2020, los compromisos han cesado de producir efectos al haber alcanzado el término de su vigencia y, en consecuencia, la CNMC deberá dictar una resolución por la que se declaren extinguidos los compromisos.

Respuesta a las alegaciones:

Antes de profundizar en el análisis de la presente alegación, es importante hacer referencia a la literalidad de la cláusula 6 sobre la duración de los compromisos, cuyo primer párrafo contempla lo siguiente:

“Los compromisos tendrán una vigencia de cinco (5) años desde que la resolución en segunda fase del expediente C/0612/14 sea firme en vía administrativa. Transcurrido dicho plazo, la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia valorará si se ha producido una modificación relevante en la estructura o la regulación de los mercados considerados, que justifique el mantenimiento, adecuación o supresión de las condiciones correspondientes por un periodo adicional de hasta un máximo de tres (3) años, que se concretará de forma motivada.” (énfasis añadido).

Por tanto, del tenor literal de los compromisos se extrae que éstos tendrán una vigencia de cinco años desde la firmeza de la resolución en segunda fase, la cual se produjo el 30 de abril de 2015, y que *“transcurrido dicho plazo”* la Comisión valorará si se ha producido una modificación relevante de la estructura o regulación de los mercados considerados que justifique el mantenimiento, adecuación o supresión de las condiciones correspondientes por un período adicional de hasta un máximo de tres años, que se concretará de forma motivada. Es decir, los compromisos son muy claros en tres

aspectos destacables: i) su duración inicial, que se establece en 5 años; ii) el período máximo de prórroga, limitado a 3 años; y iii) que no será hasta una vez transcurrido dicho plazo que la Comisión valorará las circunstancias que justifiquen y motiven su mantenimiento, adecuación o supresión.

De este modo, de cara a la valoración de la alegación de TELEFÓNICA relativa a que los compromisos aprobados en la resolución de 22 de abril de 2015 habrían cesado de producir efectos y que se debe dictar resolución por la que se declaren extinguidos, este Consejo se ha centrado primeramente en el contenido literal de los compromisos. Solo en caso de que se observen lagunas interpretativas o que su contenido sea contrario a la legalidad vigente, al interés público o a los derechos y competencias atribuidas a otras entidades públicas o a terceros no intervinientes en el procedimiento, sería necesario apoyarse en criterios distintos a los contenidos en los compromisos, de acuerdo con la naturaleza y carácter paccionado de estos últimos, cuyo contenido fue convenido con TELEFÓNICA, dentro del marco de la LDC y conforme a las competencias de esta Comisión.

Por tanto, de lo anterior se observa que, si bien los compromisos son claros en el hecho de que la CNMC valorará, transcurrido el plazo inicial de 5 años, si se ha producido una modificación relevante en la estructura o la regulación de los mercados considerados, que justifique su mantenimiento, adecuación o supresión, es cierto que no aclaran el plazo del que dispone la Comisión para resolver dicho procedimiento de suspensión o prórroga. No obstante, lo anterior no puede llevar a interpretar a TELEFÓNICA, como proponente de los compromisos, que pueda desvincularse de los mismos directamente, *motu proprio*, sin mediar resolución expresa al respecto de este Consejo, pues, se insiste, los compromisos son tajantes en su literalidad al exigir que cualquier adecuación, supresión o mantenimiento deberá llevarse a cabo de manera motivada y justificada por la CNMC.

En relación con lo anterior, a juzgar por los propios actos de TELEFÓNICA y sus valoraciones contenidas en escritos previos dentro del expediente de vigilancia, la interpretación sostenida por este Consejo es la misma interpretación que ha venido sosteniendo la ahora alegante durante los últimos meses. Así, en su escrito de 24 de enero de 2020, señalaba que “[...] *con fecha de 30 de abril de 2020, expirará la vigencia de los compromisos, a expensas de que la propia CNMC confirme cómo valora de “relevantes” las modificaciones que se han producido en la estructura y en la regulación de los mercados considerados durante este periodo*”. Es decir, en dicho escrito, TELEFÓNICA indicaba que la expiración de los compromisos estaba vinculada necesariamente a una valoración de la CNMC, que es la que se contiene en la presente resolución.

También, como señala la Dirección de Competencia en el IPV, pueden destacarse otros actos de TELEFÓNICA posteriores al 30 de abril de 2020 que muestran cómo ésta ha estado considerando que los compromisos continuaban siendo plenamente vigentes. En este sentido se cita la notificación remitida por TELEFÓNICA a la Comisión Europea con fecha 8 de mayo de 2020 en el marco del expte. M.9743 - ATRESMEDIA / TELEFÓNICA / JV donde, teniendo en cuenta que el análisis de concentraciones es siempre un análisis prospectivo, no cabe sino concluir que con posterioridad a 30 de abril de 2020 TELEFÓNICA consideraba que los compromisos estaban plenamente vigentes y continuarían estándolo en el futuro: “[CONFIDENCIAL].”

Asimismo, con fecha 6 de mayo de 2020 y 30 de junio de 2020 TELEFÓNICA comunicó a los operadores de televisión de pago una nueva Oferta Mayorista de Canales de Televisión de Pago, oferta que se encuentra ligada a la previsión establecida en el apartado 2.9 de los compromisos, y que establece los requisitos para la contratación de dichos canales por un periodo que finalizará el 31 de julio de 2021.

Por tanto, las alegaciones de TELEFÓNICA contradicen, no solo la literalidad del compromiso ofrecido a fin de autorizar la operación de concentración, sino también su comportamiento previo en el marco del presente expediente. A la vez que advertía la vigencia de los compromisos de la resolución de 22 de abril de 2015 ante la Comisión Europea en relación con el expte. M.97423 – ATRESMEDIA / TELEFÓNICA / JV, alegaba ante la CNMC su expiración. Del mismo modo, mientras que en su escrito de 24 de enero de 2020 parecía dar a entender que la redacción y la interpretación de la cláusula 6 de los compromisos era algo pacífico, en el sentido de que la vigencia de los compromisos estaba vinculada a una previa resolución del Consejo, parece defender ahora su expiración automática. Igualmente, pese a sus alegaciones, con posterioridad a 30 de abril de 2020 continúa cumpliendo con los compromisos, muestra de ello es la última comunicación sobre la nueva Oferta Mayorista de Canales de Televisión de Pago, referida anteriormente. Es decir, las alegaciones de TELEFÓNICA entran en colisión con sus propios actos, lo cual evidentemente tiene relevancia de cara a la valoración jurídica de esta resolución, pues ello genera una situación de incertidumbre que desconcierta a este Consejo y que incluso puede llegar a interpretarse como una ruptura del principio general de buena fe, del que es concreción la máxima ‘*ne venire contra factum proprium*’, que debe regir las relaciones entre la administración y los administrados.

Además, contrariamente a lo que afirma TELEFÓNICA, existen precedentes de esta autoridad de competencia en los que los compromisos han sido prorrogados con posterioridad a la duración inicial de los mismos. Al respecto, cabe citar la concentración contenida en el expte. C/0468/12-DISA/SHELL/SAE/JV aprobada por la extinta Comisión Nacional de Competencia en su resolución de fecha 25 de marzo de 2013 en cuyo resuelve tercero se acordó “*Establecer una duración inicial de los compromisos de tres años desde la aprobación del Plan de Actuaciones [aprobado el 7 de junio de 2013],*

prorrogable por periodos anuales [...]. Al respecto, con fecha 3 de noviembre de 2016, y por tanto, meses después de 7 de junio de 2016, la CNMC resolvió una nueva prórroga parcial de los compromisos hasta el 7 de junio del año siguiente [2017] sobre la empresa del grupo DIMA, en cuyo *ínterin* siguieron plenamente vigentes los compromisos prorrogados el año anterior.

En relación a la alusión de TELEFÓNICA relativa a la comunicación de fecha 16 de marzo de 2020 dirigida por el Secretario del Consejo, tal y como ha señalado la Dirección de Competencia y como se observa de la lectura del propio escrito, éste se refería a la suspensión del plazo máximo de tres meses del que dispone el Consejo para resolver una vez elevado el correspondiente IPV, situación procedimental en la que únicamente se encontraba la resolución del IPV elevado por la Dirección de Competencia a este Consejo el 5 de marzo de 2020, relativo a la revisión del Coste Mínimo Garantizado aplicado por TELEFÓNICA a los operadores que adquirieron el canal de TV de pago de fútbol de su tercera oferta mayorista (de julio de 2017) y no al presente procedimiento relativo a la prórroga de la duración de los compromisos que se aprobaron en la resolución de 22 de abril de 2015. A este sí se refiere, tal y como se indica en los antecedentes de hecho de la presente resolución, el acuerdo de 17 de marzo de 2020 que indicaba lo siguiente:

“Los compromisos a los que se subordinó la autorización de la concentración (compromiso 6), establecen que, transcurrido el plazo de cinco años desde que la resolución en segunda fase del expediente C/0612/14 sea firme en vía administrativa (esto es, el 30 de abril de 2015), corresponde a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia la valoración relativa al mantenimiento, adecuación o supresión de los compromisos por un período máximo adicional de tres años.

En consecuencia, en el marco del procedimiento de vigilancia de referencia, de acuerdo con lo previsto en la mencionada disposición adicional tercera del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, se comunica a la interesada que, en orden a la valoración relativa al mantenimiento, adecuación o supresión de los compromisos, queda suspendido el plazo previsto en la Resolución de 22 de abril de 2015 (expte. C/0612/14, compromiso 6). La suspensión del plazo no suspende la eficacia ni la ejecutividad de los compromisos a los que se subordinó la autorización de la concentración C/0612/14.

La suspensión de plazos administrativos alcanza también a la tramitación de los correspondientes informes parciales relativos a la vigilancia de los compromisos y cualquier trámite o emplazamiento que, en el seno de este procedimiento, estuviera iniciado y no concluido el 14 de marzo de 2020, quedando, no obstante, garantizado el acceso telemático al expediente de vigilancia, de acuerdo con lo previsto en la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC).”

En todo caso, acogiendo la interpretación de los compromisos realizada por TELEFÓNICA, de la lectura del RD 463/2020, en coherencia con el contenido del acuerdo de 17 de marzo, y teniendo en cuenta que la disposición adicional tercera

exceptúa expresamente de la suspensión de los términos y la interrupción de los plazos a que hace referencia determinados procedimientos administrativos en relación con unos ámbitos concretos y respecto de unos plazos determinados, resulta lógico también concluir que la vigencia de los compromisos objeto de la presente resolución ha quedado afectada por la suspensión decretada por el RD 463/2020.

Bajo el criterio sostenido por TELEFÓNICA, se derivaría que el Consejo se habría visto despojado de su potestad de decidir, en función del análisis de los mercados y su regulación, sobre el mantenimiento de los compromisos por un periodo máximo de tres años, a pesar de que los compromisos exigen un pronunciamiento expreso y motivado de la Comisión en cualquier escenario, ya sea relativo a su mantenimiento, adecuación o supresión. Dado que los plazos administrativos han estado suspendidos desde el 14 de marzo al 1 de junio de 2020, el transcurso del tiempo hasta el día 30 de abril habría imposibilitado a la CNMC dar cumplimiento a su deber de resolver motivadamente al respecto.

Añadido a todo lo anterior, tal y como señala la Dirección de Competencia en el IPV, si TELEFÓNICA hubiera estimado que la suspensión comunicada le hubiera supuesto un grave perjuicio, podría haberlo puesto en conocimiento de la Dirección de Competencia solicitando que no se suspendiesen los plazos administrativos, tal y como se indicó en el acuerdo de 17 de marzo de 2020 que reproducía la disposición adicional tercera del RD 463/2020, que en su apartado tercero señalaba lo siguiente: *“No obstante lo anterior, el órgano competente podrá acordar, mediante resolución motivada, las medidas de ordenación e instrucción estrictamente necesarias para evitar perjuicios graves en los derechos e intereses del interesado en el procedimiento y siempre que éste manifieste su conformidad, o cuando el interesado manifieste su conformidad con que no se suspenda el plazo.”*

No puede obviarse la extraordinaria y excepcional situación en la que se ha visto inmerso nuestro país como consecuencia de la crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, la cual ha tenido también su lógico reflejo en el desarrollo del presente procedimiento, en virtud de la suspensión de los plazos administrativos prescritos por el RD 463/2020. Como ya se ha indicado, pese a ello la Dirección de Competencia ha actuado diligentemente, identificándose en la presente resolución las actuaciones llevadas a cabo para realizar la valoración de la situación competitiva en el mercado a los efectos de poder elevar la debida propuesta sobre el mantenimiento, adecuación o supresión de los compromisos ante este Consejo lo antes posible.

Por otro lado, volviendo nuevamente al contenido de la redacción del compromiso sexto, este Consejo entiende que la CNMC debe resolver motivadamente sobre el mantenimiento, adecuación o supresión de los compromisos, a la vista de lo sucedido en el mercado en los cinco años transcurridos desde el inicio de los compromisos.

Por tanto, si bien es pertinente que la CNMC lleve a cabo una apreciación de lo sucedido en los mercados afectados a lo largo de toda la extensión de los compromisos, puesto que en cualquier momento a lo largo del referido período inicial se pueden producir modificaciones relevantes en la estructura de tales mercados, no es menos relevante la posibilidad de que en la fase final del período previsto inicialmente para los compromisos se puedan generar dinámicas relevantes en los mercados, por parte de la propia TELEFÓNICA o de otros operadores. Es por lo anterior que de la lectura del IPV se observa que utiliza para el análisis los datos más actualizados disponibles, lo que le ha permitido al órgano instructor realizar de una manera más precisa el examen de la evolución de los mercados y su comparación con años anteriores. Por ello, con fecha 4 de febrero de 2020 la Dirección de Competencia remitió detallados requerimientos de información a distintos operadores de comunicaciones electrónicas, de TV de pago, proveedores de contenidos audiovisuales y a operadores de TV en abierto, cuyas respuestas tuvieron entrada entre el 17 de febrero de 2020 y el 5 de marzo de 2020, siendo la respuesta de TELEFÓNICA de fecha 24 de febrero de 2020 y recibándose un escrito adicional en fecha 27 de abril de 2020 por parte de VODAFONE, completando la información ya aportada, a la vista de lo que este operador considera hechos relevantes posteriores a su respuesta al requerimiento de información. El IPV también analiza los datos trimestrales de los mercados de televisión de pago y comunicaciones electrónicas que ofrece la CNMC a través de CNMC Data, referentes al tercer y cuatro trimestres de 2019, publicados el 7 de febrero de 2020 y 21 de abril de 2020, respectivamente, lo que le ha permitido analizar todo el año 2019. Incluso se recogen cambios importantes producidos en el mercado de la televisión de pago durante los primeros meses de 2020, como por ejemplo el lanzamiento de la plataforma OTT Disney+, y el acuerdo de comercialización entre dicha plataforma y TELEFÓNICA, lo que refleja, una vez más, la diligencia por parte de la Dirección de Competencia en relación con la obtención de los datos más recientes y actualizados, garantizando así que el análisis contenido en el IPV elevado a este Consejo refleje la situación de los mercados más acorde con su realidad actual.

Por tanto, este Consejo entiende que resulta incuestionable que la suspensión de plazos prevista en la ya citada disposición adicional tercera del RD 463/2020, y las razones que motivaron la adopción de dicha previsión legal, han tenido una incidencia directa en esta actuación y en la tramitación del procedimiento. Pero, como se ha señalado, ello no obsta a que la Dirección de Competencia haya actuado con la debida diligencia en la tramitación interna del procedimiento, reduciendo en la medida de lo posible las dilaciones en su tramitación derivadas de la suspensión de plazos, con el fin de elevar el IPV al Consejo de la CNMC con la mayor rapidez posible. Lo anterior ha permitido a la Dirección de Competencia incorporar al análisis los datos más recientes sobre la situación de unos mercados en constante evolución, y a este Consejo resolver el

procedimiento con base en un análisis de la estructura y regulación de los mercados afectados por la concentración lo más reciente y riguroso posible.

En definitiva, el Consejo debe rechazar el criterio defendido por TELEFÓNICA sobre la necesidad de que la resolución sobre el mantenimiento, adecuación o duración de los compromisos deba ser adoptada antes de que se produzca el transcurso de los cinco años de la duración inicial de los mismos.

4.2. Sobre la justificación de la prórroga de los compromisos

En el marco del IPV, la Dirección de Competencia lleva a cabo un análisis de la estructura de los mercados afectados que a continuación se resume.

Mercado de TV de pago

En relación con este mercado se destacan dos cambios significativos con respecto a la situación de mercado analizada en el marco de la concentración. En primer lugar, un notable incremento de los ingresos, de los clientes y de la oferta. Así, se indica que el número de clientes de televisión de pago, sin incluir los clientes de plataformas OTT, ha pasado de 5,1 millones a final de 2014 a 7,2 millones a final de 2019, lo que supone un crecimiento del 41,2%. En términos de ingresos el crecimiento ha sido del 48% habiéndose pasado de 1.511 millones de euros en 2014 a 2.238 millones de euros en 2019³.

En segundo lugar, se ha producido una notable expansión de los operadores que ofrecen televisión de pago a través de plataformas OTT cuyo número de abonados ascendió a [6.000.000-6.500.000] a final de 2019 de acuerdo con las respuestas al test de mercado, lo cual supone un crecimiento superior al 2.400% desde 2014. Esta expansión está ligada a una mayor preferencia por el consumo bajo demanda.

De acuerdo con las respuestas a los requerimientos de información, muchos de estos operadores han alcanzado acuerdos de distribución con operadores de comunicaciones electrónicas, quienes ofrecen a sus clientes la posibilidad de contratar junto con su propia oferta de televisión de pago el acceso a los contenidos de estas plataformas OTT. Las respuestas al test muestran que aproximadamente la mitad de las suscripciones a plataformas OTT se realizaron a través de operadores de comunicaciones electrónicas. En este sentido según el informe de Red.es presentado en abril de 2019⁴ en el tercer trimestre de 2018 sólo el 2,3% de hogares españoles estarían suscritos únicamente a servicios de televisión de pago OTT.

³ CNMC Data

⁴ <https://www.onsi.red.es/es/estudios-e-informes/Hogares-y-ciudadanos/LXI-Oleada-del-Panel-Hogares-Las-TIC-en-los-hogares> página 42.

La Dirección de Competencia señala que precisamente este aspecto de la distribución de las OTT unido a que la oferta de los operadores de telecomunicaciones sea más amplia y variada que la individualmente ofrecidas por los operadores OTT implica que para muchos usuarios la oferta de las plataformas OTT sea complementaria de la de los operadores de comunicaciones electrónicas.

El siguiente cuadro muestra la evolución de las cuotas de mercado en valor de los operadores de comunicaciones electrónicas en el mercado de televisión de pago.

INGRESOS DE TELEVISIÓN DE PAGO POR OPERADOR (MILLONES DE EUROS)								
	2014	%	2015	2016	2017	2018	2019	%
TELEFÓNICA (inc DTS)	1.242,2	82,2%	1.424,6	1.579,3	1.697,3	1.679,3	1.737,1	77,6%
VODAFONE (inc ONO)	133,2	8,8%	163,0	178,9	233,0	214,7	201,9	9,0%
ORANGE	14,5	1,0%	23,1	56,5	88,0	130,8	157,3	7,0%
EUSKALTEL, R, TELECABLE	61,1	4,0%	40,6	38,3	45,9	36,6	35,5	1,6%
RESTO	60,9	4,0%	46,4	33,2	90,0	100,8	106,0	4,7%
TOTAL	1.511,9	100,0%	1.697,7	1.886,2	2.154,2	2.162,1	2.237,8	100,0%

Fuente: Elaboración propia con datos de CNMCDData. (el dato anual de 2019 se ha estimado mediante agregación de los datos trimestrales)

Es también reseñable el notable crecimiento de la proporción de clientes cuyos servicios de TV de pago están empaquetados, pues ha pasado del 55,5% en 2014 a un 89,5% en 2019 según reflejan los datos de CNMC Data.

Por último, la Dirección de Competencia destaca que los operadores de comunicaciones electrónicas coinciden en señalar en sus respuestas al test de mercado que TELEFÓNICA continúa teniendo poder de mercado en el mercado de la TV de pago.

Mercado de comercialización mayorista de contenido audiovisual individual

Tanto las respuestas al test de mercado como el Informe 2018⁵ elaborado por la CNMC confirman que los contenidos *premium* de películas y series así como el deportivo, particularmente el fútbol, continúan siendo de gran importancia para los demandantes de TV de pago.

Contenido no deportivo

En relación con el contenido no deportivo el cambio más relevante ha sido la expansión de las OTT que centran sus adquisiciones en contenidos no deportivos SVOD y que ha supuesto un incremento de la demanda de contenidos a la vez que un notable crecimiento en la producción (y coproducción) propia de series y largometrajes, particularmente por parte de aquellas OTT con presencia global. El test de mercado ha confirmado por una parte que, frente al escenario analizado en 2015, muchas *majors* que

⁵ ESTAD/CNMC/003/18: INFORME ECONÓMICO SECTORIAL DE LAS TELECOMUNICACIONES Y EL AUDIOVISUAL 2018 <https://www.cnmc.es/expedientes/estadcnmc00318>

operan en España han concluido acuerdos con las OTT referidos a contenidos de estreno y en el marco de acuerdos multijurisdiccionales. Por otra parte, la mayor producción propia no ha resultado en un incremento de la oferta mayorista de contenidos pues el test ha confirmado que los OTT reservan exclusivamente para su propia plataforma su producción propia.

Es también muy significativa la integración vertical de operadores como DISNEY y HBO⁶ que de acuerdo con la Dirección de Competencia se traduce en una reducción en la oferta de contenidos en el mercado mayorista, que pasan a ser explotados en exclusiva en el mercado minorista de la televisión de pago por las empresas verticalmente integradas de cada uno de estos grupos.

La Dirección de Competencia destaca que *“la presencia global de varios de estos operadores de plataformas OTT ha determinado que las economías de escala y de alcance necesarias para rentabilizar la adquisición de contenidos no les hayan supuesto una barrera de entrada, pues han producido contenidos de alto valor y han adquirido contenido audiovisual de terceros para su explotación en España”*. También indica que si bien la inversión de TELEFÓNICA en contenidos exclusivos y no exclusivos es un [40-50%] superior a la realizada por el conjunto de los operadores de plataformas OTT, dado el incremento de la inversión de las OTT puras en el último año [10-20%] y la evolución en el número de abonados, no es descartable que esa tendencia continúe en el futuro.

Contenido deportivo

Por otra parte, y en relación con los contenidos deportivos, es destacable la entrada en vigor del Real Decreto-Ley 5/2015, que ha centralizado la comercialización de los derechos de las principales competiciones de fútbol regulares en España dando lugar a un encarecimiento significativo de los derechos de dichas competiciones.

De acuerdo con la Dirección de Competencia, TELEFÓNICA ya es titular de los derechos de fútbol más significativos para al menos los próximos años (hasta la temporada 2021/22 en el caso de los partidos de la Liga y hasta la temporada 2020/21 para las competiciones de la UEFA) así como de otros de notable atractivo como el Mundial de Fórmula 1, la NBA o citas taurinas. También destaca que, dado el muy elevado precio de estos derechos, particularmente los de fútbol a cuya adquisición habría dedicado en torno a [CONFIDENCIAL] millones de euros, “sólo TELEFÓNICA dispone de una base de clientes lo suficientemente amplia y con propensión al gasto de suerte que pudiera rentabilizar tal adquisición”.

⁶ DISNEY adquirió en 2019 a 21st Century Fox y ha lanzado su propia plataforma de televisión de pago, Disney+, a través de plataforma OTT que distribuye TELEFÓNICA. WARNER participa en el mercado de la televisión de pago a través de la empresa de su grupo HBO y tiene previsto lanzar HBO Max.

Mercado de comercialización mayorista de canales de TV

No se han observado cambios significativos en la estructura competitiva de este mercado pues los operadores OTT no son demandantes en este mercado. No obstante, se ha señalado, en respuesta al test de mercado, que la creación del grupo Euskaltel (incorporando a R Cable y Telecable) ha reducido el número de demandantes.

La Dirección también indica que la preferencia por el contenido bajo demanda podría restar atractivo a estos canales. En este aspecto, en su escrito de 4 de junio de 2020 TELEFÓNICA indica que la audiencia de sus canales lineales se habría reducido de media un [$>25\%$] entre los años 2015 y 2019.

Por último, se destaca que *“las respuestas a los requerimientos de información confirman que TELEFÓNICA continúa teniendo un fuerte poder de compra en este mercado y que el acceso a la base de clientes de TELEFÓNICA es determinante para muchos de estos operadores editores de canales.”*

Mercados de comunicaciones electrónicas

A continuación se reproducen las cuotas de mercado que la Dirección de Competencia recoge en su informe relativas a los mercados minoristas de telefonía fija, banda ancha fija, telefonía móvil y banda ancha móvil. Las mismas evidencian que TELEFÓNICA continúa disfrutando de una posición de liderazgo.

INGRESOS TELEFONÍA FIJA (MILLONES DE EUROS)								
	2014	%	2015	2016	2017	2018	2019	%
MOVISTAR	2.463,85	71,4%	2.064,24	1.703	1.463	1.313	1.126	55,2%
VODAFONE	196,27	5,7%	487,03	447	474	455	438	21,5%
ORANGE	84,68	2,5%	69,22	220	199	165	155	7,6%
MASMOVIL	0,0	0,0%	0,0	0	60	102	128	6,3%
EUSKALTEL, R, TELECABLE	119,3	3,5%	114,4	183	175	167	160	7,8%
RESTO	584,95	17,0%	309,05	59	40	41	33	1,6%
TOTAL	3.449,02	100,0%	3.043,99	2.613	2.412	2.244	2.040	100,0%

Fuente: Elaboración propia con datos de CNMCDData (el dato anual de 2019 se ha estimado mediante agregación de los datos trimestrales).

INGRESOS BANDA ANCHA FIJA (MILLONES DE EUROS)								
	2014	%	2015	2016	2017	2018	2019	%
MOVISTAR	1.536	42,2%	1.631	1.929	2.063	1.927	1.914	44,7%
ORANGE (inc JAZZTEL)	1.092	30,0%	1.132	1.212	1.307	1.354	1.318	30,8%
VODAFONE (inc ONO)	665	18,3%	714	725	746	718	596	13,9%
EUSKALTEL, R, TELECABLE	153	4,2%	156	163	171	173	177	4,1%
MASMOVIL	0	0,0%	0	0	48	98	154	3,6%
RESTO	196	5,4%	167	160	134	142	120	2,8%
TOTAL	3.641	100,0%	3.800	4.189	4.469	4.411	4.278	100,0%

Fuente: Elaboración propia con datos de CNMCDData (el dato anual de 2019 se ha estimado mediante agregación de los datos trimestrales).

INGRESOS TELEFONÍA MÓVIL (MILLONES DE EUROS)								
	2014	%	2015	2016	2017	2018	2019	%
MOVISTAR	2.007	33,4%	1.654	1.513	1.340	1.252	1.180	30,6%
VODAFONE	1.673	27,8%	1.606	1.571	1.424	1.292	1.141	29,6%
ORANGE	1.222	20,3%	951	1.031	1.050	976	871	22,6%
MASMOVIL (inc YOIGO)	304	5,0%	249	213	254	289	372	9,6%
RESTO	811	13,5%	610	486	384	327	297	7,7%
TOTAL	6.017	100,0%	5.070	4.814	4.452	4.136	3.861	100,0%

Fuente: Elaboración propia con datos de CNMCData (el dato anual de 2019 se ha estimado mediante agregación de los datos trimestrales).

INGRESOS BANDA ANCHA MÓVIL (MILLONES DE EUROS)								
	2014	%	2015	2016	2017	2018	2019	%
MOVISTAR	1.293	35,8%	1.420	1.465	1.571	1.929	1.979	36,1%
ORANGE	783	21,7%	925	1.151	1.232	1.268	1.273	23,3%
VODAFONE	988	27,3%	1.084	1.063	1.204	1.201	1.185	21,6%
MASMOVIL (inc YOIGO)	267	7,4%	320	388	531	653	762	13,9%
RESTO	280	7,8%	256	178	142	224	276	5,0%
TOTAL	3.611	100,0%	4.004	4.245	4.679	5.275	5.475	100,0%

Fuente: Elaboración propia con datos de CNMCData (el dato anual de 2019 se ha estimado mediante agregación de los datos trimestrales).

En cuanto al segmento de ofertas convergentes, como se ha señalado el empaquetamiento ha ido ganando en importancia. Además, TELEFÓNICA tiene una posición muy relevante en este segmento en particular en los paquetes quíntuples como refleja el Informe 2018 de la CNMC.

En relación con los mercados mayoristas son destacables la resolución de la CNMC de 24 de febrero de 2016, por la que se aprueba la nueva regulación mayorista de los mercados de banda ancha y la resolución de la CNMC de 4 de abril de 2017, por la que se eliminan las obligaciones regulatorias ex ante del mercado mayorista de acceso a redes móviles (Mercado 15). Cabe asimismo destacar en relación con el mercado mayorista de acceso a redes móviles la pérdida de liderazgo de TELEFÓNICA a favor de ORANGE.

Conclusiones

El análisis anterior lleva a la Dirección de Competencia a concluir que, con carácter general, persisten los riesgos para la competencia efectiva identificados en el marco de la concentración con la salvedad relativa al contenido SVOD que posteriormente se señala.

TELEFÓNICA continúa liderando el mercado de TV de pago con una cuota de 77% en relación con los restantes operadores de comunicaciones electrónicas y una fuerte presencia en ofertas convergentes que han crecido en importancia. Si bien los operadores OTT ejercen cierta presión competitiva en este mercado, ésta no es suficiente como para disciplinar a TELEFÓNICA en el mercado de TV de pago a la vista de que (i) su oferta es menos completa, (ii) el acceso a las plataformas OTT se contrata

frecuentemente a través de operadores de telecomunicaciones y (iii) la creciente importancia de los empaquetamientos.

En cuanto al mercado de comercialización mayorista de contenido audiovisual individual, la Dirección de Competencia considera en relación con el contenido no deportivo *premium de majors* que, aunque TELEFÓNICA continúa siendo un demandante significativo, *“en lo que respecta a los derechos para emisión en SVOD, este poder de compra ha quedado erosionado en relación con la situación analizada en 2015. La integración vertical de tres de las majors, la evolución reciente de los servicios proporcionados por operadores de las plataformas OTT en otros países de nuestro entorno y el rápido crecimiento que han experimentado en nuestro país en los últimos años unido al carácter global de muchas de estas compañías que les permite concluir acuerdos multijurisdiccionales, hacen que esta Dirección de Competencia no considere que haya quedado suficientemente acreditado que TELEFÓNICA pueda en los próximos años ejercer un poder de compra que tenga un efecto exclusionario para estos operadores en relación con los derechos para SVOD, que es la modalidad cada vez más demandada y más atractiva para los consumidores potencialmente interesados en contratar servicios de TV de pago, por comparación con los servicios TVOD, menos flexibles en términos de consumo.”*

No obstante, en relación con los derechos deportivos en el IPV se considera que persiste el poder de compra de TELEFÓNICA dadas *“la notable distancia en términos de inversión con el siguiente operador, la elevadísima cuantía que suponen estos derechos y el hecho de que sólo TELEFÓNICA dispone de una base de clientes lo suficientemente amplia y con propensión al gasto de suerte que pudiera rentabilizar tal adquisición”*.

Por lo que respecta a los mercados de comunicaciones electrónicas, de acuerdo con las conclusiones del IPV, con carácter general TELEFÓNICA conserva su liderazgo.

Lo anterior conduce a concluir, de acuerdo con la Dirección de Competencia, que *“TELEFÓNICA continúa teniendo la suficiente escala como para rentabilizar la compra de contenidos premium cuya adquisición conlleva importantes mínimos garantizados y que conserva el incentivo y la capacidad (excepción hecha de los contenidos SVOD premium de majors) para acaparar estos contenidos con el consiguiente efecto exclusionario para otros operadores de TV de pago, en particular los que también ofrecen servicios de comunicaciones electrónicas, que no serían capaces de replicar las ofertas de TELEFÓNICA”*.

También supone que *“TELEFÓNICA conserva tanto la capacidad como el incentivo a poner en marcha políticas de interconexión a su IP desfavorables para las OTTs que puedan hacer percibir sus servicios como de menor calidad o limiten el acceso a sus clientes en España.”*

Por lo que respecta al mercado de comercialización mayorista de canales de TV, la Dirección de Competencia considera que TELEFÓNICA continúa teniendo un poder de mercado significativo que supone que persistan los riesgos para la competencia detectados en 2015, destacando en particular el riesgo de cierre de mercado a editores de canales y en paralelo que “*TELEFÓNICA tendría la capacidad y el incentivo para cerrar el acceso de terceros competidores a canales premium, con el consiguiente efecto exclusionario*”.

4.3. Sobre la alegación primera

Como ya se ha señalado anteriormente, en una alegación primera a las conclusiones de la PIPV, TELEFÓNICA argumentaba que la misma no valora adecuadamente la evolución y los cambios estructurales que se han producido en los mercados afectados por la operación. Al respecto, la alegación se desarrolla diferenciando los siguientes mercados: minorista de TV de pago, de comercialización mayorista de contenidos audiovisuales individuales, de comercialización mayorista de canales de televisión y mercados de comunicaciones electrónicas:

4.3.1. Sobre el mercado de TV de pago y los cambios tecnológicos producidos en el mismo

TELEFÓNICA alega que el análisis de la PIPV llevado a cabo por la Dirección de Competencia está sesgado y sus conclusiones son por ello parciales e incorrectas, por lo que deben suprimirse los compromisos impuestos a TELEFÓNICA en el mercado minorista de televisión de pago. Al respecto, entiende que la Dirección de Competencia no ha tenido en consideración de manera adecuada en su análisis la presencia de operadores de televisión de pago mediante plataformas OTT y su crecimiento.

Concretamente refiere que la competencia en el mercado de la televisión de pago debe medirse sumando a todos los agentes que operan en el mercado, sin que quepa hacer distinciones ni segmentaciones por tecnología, ni por tipo de prestador, analizando los cambios de hábitos de consumo de contenidos audiovisuales de los últimos años, cuestionando los cálculos de las cuotas de mercado realizados por la Dirección de Competencia en lo relativo a los datos de clientes e ingresos correspondientes a operadores OTT.

Respuesta a las alegaciones:

En primer lugar, pese a lo alegado por TELEFÓNICA, de la lectura del IPV se observa que la Dirección de Competencia ha recogido de manera detallada la información relativa a la presencia en el mercado de operadores de televisión de pago mediante plataformas OTT, tomando en la debida consideración la presencia de estos operadores a la hora de valorar la situación competitiva en el mercado. Entre otros enfoques, consta que la Dirección de Competencia ha analizado la irrupción y el crecimiento de los operadores

de televisión de pago mediante plataformas OTT, la evolución del mercado de la televisión de pago en el segmento de plataformas tradicionales, así como la interrelación entre los operadores de comunicaciones electrónicas y las plataformas OTT en el mercado de televisión de pago, que supone el análisis del mercado de la televisión de pago en su conjunto considerando todas las opciones y plataformas tecnológicas, y en particular el impacto de los operadores de plataformas OTT sobre la estructura y condiciones competitivas del mercado.

Al respecto, como acertadamente ha argumentado la Dirección de Competencia, el análisis no puede simplificarse y fundamentarse únicamente en un cálculo de cuotas de mercado, que solamente constituye un indicador más para el análisis de la estructura de un mercado, sino que resulta imprescindible evaluar otros aspectos como la demanda, la oferta y la presión competitiva que los diferentes operadores, especialmente los operadores de plataformas OTT, puedan ejercer en el mercado sobre TELEFÓNICA.

Ha sido a raíz de dicho análisis de la demanda, valorando los hábitos de consumo de los usuarios y aspectos relativos a la demanda de servicios de televisión de pago y de la oferta en relación con la presencia de nuevos operadores que han entrado en el mercado y las variaciones producidas en los servicios tradicionales de la televisión de pago, junto con las características concretas de los operadores OTT en cuanto a su oferta, relativa al catálogo y variedad de los contenidos ofrecidos, las posibles diferencias de calidad de imagen y sonido de los mismos y la complementariedad de dichos servicios con los ofrecidos por los operadores tradicionales, lo que ha llevado a la Dirección de Competencia a concluir que la presión competitiva que los operadores de plataformas OTT ejercen sobre TELEFÓNICA es todavía limitada. A ello se añade que la presión competitiva sobre TELEFÓNICA del resto de operadores de televisión de pago tradicional es también limitada, pues a pesar de ciertas variaciones en las cuotas de mercado, TELEFÓNICA conserva todavía un 77% de cuota en términos de ingresos en este segmento.

Por otro lado, en cuanto a la referencia al Informe “*Análisis de las OTT y TV de pago en España*” de Barlovento Comunicación citado en la PIPV por la Dirección de Competencia y por TELEFÓNICA en sus alegaciones, este Consejo coincide con la primera en que resulta errónea afirmar, de cara al cálculo de las cuotas de mercado de los operadores de TV de pago, que dicho informe recoge los datos de número de suscriptores y cuotas de mercado de cada plataforma, toda vez que sus datos no se corresponden con abonados o suscriptores a las plataformas de televisión de pago OTT o a las plataformas tradicionales, sino que estiman el número de individuos y hogares que tienen acceso a las diferentes ofertas de televisión de pago “*ya sean abonados o no*”. Es decir, la determinación de cuotas de mercado en términos de suscriptores o clientes no puede determinarse de manera automática, dadas las diferencias y falta de homogeneidad de algunos de los datos.

En definitiva, sin ánimo de reiterar el análisis realizado por la Dirección de Competencia y oportunamente plasmado en el IPV elevado a este Consejo en relación con el mercado de TV de pago, cabe concluir que TELEFÓNICA no ha desvirtuado o aportado evidencias que contradigan los resultados del análisis realizado en la PIPV y plasmados en el IPV elevado a este Consejo para la resolución sobre la prórroga de la duración de los compromisos. Tampoco se acredita, a juicio de este Consejo, que la Dirección de Competencia haya incurrido en error en el análisis de la estructura del mercado minorista de la televisión de pago, y en particular en sus conclusiones sobre el poder de mercado que conserva TELEFÓNICA, y la limitada presión competitiva ejercida por sus competidores, tanto operadores de plataformas OTT como por parte de otros operadores de televisión de pago tradicionales presentes en el mercado. Por ello y en la medida en que de este análisis se deduce que persisten los riesgos para la competencia identificados en 2015 en relación con este mercado este Consejo entiende que debe denegarse la solicitud de suprimir los compromisos en lo relativo al mercado de televisión de pago.

4.3.2. Sobre el mercado de comercialización mayorista de contenidos audiovisuales individuales

En relación con los mercados de comercialización mayorista de contenidos audiovisuales, TELEFÓNICA sostiene que la Dirección de Competencia tan sólo ha analizado el gasto de operadores tradicionales sin incluir a los operadores OTT, por lo que se reducen el rigor, alcance y valor de las conclusiones recogidas en la PIPV, protegiendo de ese modo a operadores de telecomunicaciones que no producen ni compran contenidos a nivel mayorista.

Sostiene asimismo que, con base en los datos del informe anual de la CNMC sobre los motivos para contratar TV de pago, resulta imposible defender el mantenimiento de los compromisos en base a la idea de que la televisión de pago actúa como catalizador para la contratación de banda ancha, y por tanto, que continúe siendo una variable clave para la captación y fidelización de clientes.

En relación con los contenidos deportivos, TELEFÓNICA señala que las OTT han pasado a ser demandantes de contenido en general y también de contenido deportivo de alto valor añadido. Pone como ejemplo a las OTTs Amazon y DAZN, que según la alegante han adquirido poder de compra en relación con los contenidos deportivos a la vez que TELEFÓNICA lo ha ido perdiendo.

Con la prórroga de los compromisos, TELEFÓNICA entiende que se estaría desincentivando a los restantes operadores para comprar estos derechos, beneficiando a las OTTs, porque acceden en términos ventajosos a la oferta mayorista de TELEFÓNICA y limita la competencia aguas arriba.

Finaliza sus alegaciones señalando que toda vez que la duración de los contratos de adquisición de contenidos audiovisuales suele ser larga, la prórroga de los compromisos impediría la comercialización de derechos de una manera más eficiente asegurando una demanda a más largo plazo.

Respuesta a las alegaciones:

En relación con la alegación de TELEFÓNICA relativa a que en el análisis llevado a cabo por la Dirección de Competencia en la PIPV tan sólo se ha tenido en cuenta el gasto en contenido audiovisual individual de los operadores tradicionales y no el de los operadores OTT, este Consejo coincide en el rechazo a la misma. Tan solo basta una lectura del IPV para observar que la Dirección de Competencia ha analizado y ha hecho referencia expresa al gasto en contenidos de los OTTs. En cualquier caso, y pese a lo sensible de la información objeto de alegación, del contenido del expediente, se observa que entre las OTT que aportaron información sobre su inversión en contenidos para su explotación en España cabe destacar, entre otros, a NETFLIX (folio no confidencial 70934 y 70935 y folio confidencial 70926 y 70927), HBO (folios confidenciales 70887 y 70888), DAZN (folio confidencial 71344 y no confidencial 71367) y AMAZON (folio no confidencial 70870).

Otra evidencia más de que la Dirección de Competencia ha llevado a cabo el respectivo análisis sobre el gasto en contenido audiovisual individual de los operadores OTT se desprende del hecho de que la propuesta contenida en el IPV elevada a este Consejo, propone suprimir el contenido del compromiso 2.2. al considerar que las OTT al centrar muy mayoritariamente sus adquisiciones para emisión en SVOD de contenido no deportivo *premium* de *majors*, con su entrada y expansión, y por sus efectos del proceso de integración vertical acometido por varias de las *majors* para participar en el mercado minorista de televisión de pago, habrían mitigado el poder de mercado de TELEFÓNICA. Alcanzar tal conclusión habría sido imposible sin analizar el gasto en contenido audiovisual individual de los operadores OTT.

Sobre la alegada falta de base para sostener la importancia de series y contenido deportivo para la TV de pago y su efecto sobre los mercados de comunicaciones electrónicas, la Dirección de Competencia puntualiza que sus conclusiones se apoyan no sólo en los datos que menciona TELEFÓNICA en sus alegaciones, sino también en las respuestas al test de mercado, donde los demás operadores coinciden en señalar la importancia que tienen tanto de las series como el contenido deportivo para la comercialización de sus servicios, entre ellos, como se señalará más adelante en la presente resolución, los identificados en los mercados de comunicaciones electrónicas. Lo mismo parece sostener la alegante en relación con ciertos contenidos de fútbol.

Al respecto del contenido deportivo, y dada la importancia que tiene el fútbol en nuestro país, hay que destacar que TELEFÓNICA es actualmente titular de derechos exclusivos

para TV de pago en España para clientes residenciales que comprenden la Liga, la UEFA Champions league, la UEFA Europa League, el Mundial de Fórmula 1, la NBA o citas taurinas. Resulta por tanto incuestionable que actualmente TELEFÓNICA cuenta con una oferta completa de contenido deportivo atractivo. Además, como se indica en el IPV, este contenido, particularmente ciertas competiciones futbolísticas, son de un elevado precio que se ha incrementado en los años de vigencia de los compromisos lo que, entre otras variables, es reflejo de su valor de mercado.

Por otro lado, entender que las OTTs han conseguido sus cuotas de mercado únicamente gracias a que se han incorporado a las plataformas de los operadores de telecomunicaciones es una conclusión simplista, toda vez que, como indica la Dirección de Competencia, hay otros numerosos factores de éxito, como los cambios de hábitos y preferencias de los consumidores, la experiencia del usuario, su calidad, o su implantación e imagen de marca global.

Sobre el supuesto menor poder de compra de contenidos deportivos por parte de TELEFÓNICA a resultas de la irrupción de las plataformas OTT se pueden mencionar el caso de DAZN y Amazon, cuyas conclusiones pueden ser extensibles al resto de OTT que pudieran llegar, en su caso, a ser potenciales competidores de TELEFÓNICA. Al respecto, como se señala en el IPV, si bien DAZN es un nuevo entrante que ejercerá una cierta presión competitiva, del análisis de sus adquisiciones y su posición en el mercado, en modo alguno puede considerarse que haya podido reducir de una manera apreciable el poder de compra de TELEFÓNICA, máxime si tenemos en cuenta que su situación será más compleja en el corto y mediano plazo a resultas de la cancelación de numerosas competiciones deportivas sobre las que tiene adquiridos derechos en nuestro país. Por lo que respecta a AMAZON, actualmente no ofrece contenidos deportivos en España y no consta que disponga de derechos de emisión en España para los próximos años. Si a lo anterior se añade que solo TELEFÓNICA dispone de una base de clientes lo suficientemente amplia y con propensión al gasto de suerte que pudiera rentabilizar la adquisición de todo el contenido deportivo adquirido, este Consejo no puede sino coincidir con lo señalado por la Dirección de Competencia sobre el hecho de que TELEFÓNICA conserva su poder de compra en la adquisición de contenido deportivo y de forma particular en el fútbol sin que pueda considerarse que las plataformas OTT sean capaces de ejercer una presión competitiva suficiente en el marco temporal relevante como para mitigar este poder de compra. De ello, por tanto, se derivan riesgos ciertos para la competencia que han de continuar siendo atemperados por los compromisos que precisamente tratan de facilitar que haya otros operadores que puedan competir por estos derechos, por lo cual se propone mantenerlos por el máximo de tres años.

Por último, en relación a la alegación sobre la duración habitual de los contratos de adquisición de contenidos y sus posibles ineficiencias, de la lectura de las contestaciones vertidas en el expediente sobre la duración habitual de los mismos por parte de otros

operadores, cabe únicamente ratificar lo señalado por el órgano instructor, considerando proporcionado el mantenimiento del compromiso 2.4 relativo a la duración de los contratos de adquisición en exclusiva de derechos de emisión en España de contenidos audiovisuales deportivos de terceros suscritos por la entidad resultante para su emisión en cualquier modalidad.

4.3.3. Sobre el mercado de comercialización mayorista de canales de televisión

Por lo que respecta al compromiso 2.11, TELEFÓNICA propone en su escrito de 29 de mayo la supresión de la obligación de mantener las condiciones de los contratos que estaban vigentes a 22 de abril de 2015, recogida en el último párrafo de dicho compromiso. Justifica tal supresión en la pérdida de valor y atractivo de dichos canales como consecuencia de los cambios producidos en los hábitos de consumo y preferencias de los consumidores, en referencia a la creciente tendencia por el consumo en modalidades no lineales. Dicha pérdida de atractivo llevaría al mantenimiento de precios supracompetitivos respecto de los existentes en 2015 y a la existencia de ineficiencias.

No obstante, en su escrito de alegaciones complementarias posterior, de 4 de junio de 2020, TELEFÓNICA reitera su solicitud de supresión de dicho compromiso, o subsidiariamente la adecuación del mismo conforme al siguiente texto: *“La entidad resultante se compromete a no resolver anticipadamente y a negociar de buena fe, en condiciones razonables y no discriminatorias, los contratos para la distribución de los canales de televisión de terceros cuyo plazo de vigencia termine durante el periodo de prórroga de los compromisos.”*

TELEFÓNICA destaca al respecto que, como consecuencia de los cambios de hábitos de los consumidores y su preferencia por los contenidos bajo demanda en modalidades no lineales, los contenidos de emisión lineal han perdido interés. Añade además el aumento de poder de negociación de las OTTs, la integración vertical de varios de los oferentes de canales lineales el mercado mayorista y la perspectiva de que ambos factores se sigan incrementando con el tiempo.

Respuesta a las alegaciones:

En primer lugar, es destacable que la mayor parte de las cuestiones señaladas por TELEFÓNICA en sus alegaciones han sido analizadas por la Dirección de Competencia en la PIPV. Dicho esto, la Dirección de Competencia destaca que TELEFÓNICA conserva un importante poder de mercado en el mercado minorista de televisión de pago, siendo la base de clientes uno de los factores relevantes para sostener dicha conclusión. Asimismo, también se indica que los operadores de televisión de pago que utilizan plataformas OTT ofrecen a sus clientes contenidos en modalidades no lineales, en particular SVOD. Es precisamente por este motivo que estas plataformas OTT no constituyen una alternativa para los editores de canales lineales. Lo anterior, añadido a

que TELEFONICA mantiene el 59,2% del total del número de abonados de plataformas que ofrecen contenidos lineales, con una ventaja de 40 puntos sobre el segundo operador, VODAFONE que alcanza el 19,1% de los abonados, supone que TELEFONICA ostenta un elevado poder de mercado en cuanto a la distribución de canales lineales lo cual determina que persistan los riesgos para la competencia identificados en el marco de la concentración. Por lo anterior, este Consejo coincide con el órgano instructor en que procede rechazar la supresión de la totalidad del compromiso 2.11.

No obstante, es destacable la gran estabilidad en cuanto a los canales lineales de terceros ofrecidos en la plataforma de TELEFÓNICA, que apenas ha experimentado variación desde el año 2015 y que ha venido acompañada, de acuerdo con TELEFÓNICA, de una pérdida de audiencia de un [$>25\%$] de media entre 2015 y 2019 Sin embargo, lo anterior no parece haber tenido un reflejo equivalente en el coste de dichos canales para TELEFÓNICA. Esta situación supone plantearse la conveniencia de suprimir o adecuar en virtud de la propuesta de TELEFÓNICA lo señalado en relación con el último párrafo del compromiso 2.11 por razones de proporcionalidad.

Así, en cuanto a la propuesta de suprimir el último párrafo, la Dirección de Competencia ha entendido que persisten los principales riesgos para la competencia relacionados con la distribución de canales lineales a través de la plataforma de televisión de pago de la entidad resultante de la operación, en particular la obligación de TELEFONICA de proporcionar acceso a su plataforma IPTV a terceros editores de canales de televisión de pago. Lo anterior porque ello restringiría la reserva de capacidad en la plataforma IPTV de TELEFÓNICA para canales de terceros editores que en los compromisos vigentes incluía los canales ya distribuidos en 2015 incrementado en un 20%, y que con la supresión del último párrafo del compromiso quedaría reducida al 20% del número de canales distribuidos en 2015, lo que resulta manifiestamente insuficiente y no estaría justificado y porque la posibilidad de que TELEFÓNICA pudiera denegar acceso a canales de terceros si dichos canales no tienen una calidad equivalente a los propios conllevaría riesgos de que TELEFÓNICA limite el acceso de terceros editores de canales a su plataforma de televisión de pago, con lo que no quedarían salvaguardados los riesgos para la competencia identificados en este mercado.

Por último, cabe analizar si la propuesta de adecuación del texto del último párrafo del compromiso 2.11 realizada por TELEFÓNICA en su escrito de 4 de junio de 2020, resulta suficiente para salvaguardar los citados riesgos para la competencia y garantizar el acceso de los terceros editores de canales a la plataforma de televisión de pago de TELEFÓNICA. Al respecto este Consejo vuelve a coincidir con la Dirección de Competencia en que la misma permite paliar los principales problemas antes analizados que se generarían por la mera supresión del último párrafo del compromiso 2.11, en cuanto a la capacidad reservada dentro de la plataforma para canales lineales de

terceros, o evitar que TELEFÓNICA deniegue el acceso a la misma. El texto propuesto por TELEFÓNICA garantiza el mantenimiento de los contratos existentes hasta la fecha de su finalización, en lo que se refiere a su resolución a instancia de TELEFÓNICA, y que TELEFÓNICA se compromete a negociar los contratos que finalicen durante el periodo de prórroga de los compromisos, aplicándose a dichas negociaciones y a los contratos resultantes lo señalado en la propuesta de adecuación citada anteriormente. De tal modo se garantiza el acceso de terceros editores de canales a la plataforma de TELEFÓNICA, previniendo negativas injustificadas de acceso, o la fijación de condiciones no equitativas o discriminatorias por parte de TELEFÓNICA, y al mismo tiempo se atiende a los aspectos de proporcionalidad señalados con anterioridad en cuanto a la posibilidad de adecuación de determinadas condiciones de los contratos vigentes en el momento de autorizarse la concentración, una vez finalice su periodo de vigencia y con el objeto de atender a posibles variaciones en cuanto al contenido de dichos canales o su atractivo para los clientes de televisión de pago de TELEFÓNICA y la audiencia de los mismos. De todos modos, como acertadamente indica la Dirección de Competencia, lo anterior se complementa con lo previsto en el apartado 5 de los compromisos, en virtud del cual cualquier tercero afectado podrá solicitar el arbitraje de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, que incluye los conflictos que pudieran plantearse en relación con el compromiso 2.11.

4.3.4. Sobre los mercados de comunicaciones electrónicas

TELEFÓNICA alega que hay determinadas cuestiones que a su criterio no habrían sido consideradas en el análisis del mercado de comunicaciones electrónicas por parte de la Dirección de Competencia.

Por un lado, señala que la propuesta de informe se centra en la evolución de los ingresos de TELEFÓNICA en los mercados de comunicaciones electrónicas en vez de en la evolución de clientes durante todo el período analizado.

Asimismo, vuelve a alegar, al igual que en relación con el mercado de comercialización mayorista de canales de televisión, que una minoría de clientes elige al operador de comunicaciones electrónicas en base al contenido que ofrece en el servicio de televisión de pago. Al respecto, afirma que los datos que la CNMC publica sobre evolución de número de abonados de banda ancha fija residenciales evidencian que la oferta de TV, y en concreto los contenidos deportivos, no son algo relevante en la evolución del mercado.

TELEFÓNICA también alega sobre la metodología para los análisis de replicabilidad. Al respecto, defiende que los compromisos deberían incorporar como metodología de los análisis de replicabilidad la misma metodología establecida para el análisis de replicabilidad ex ante, o Test de Replicabilidad Económica (TRE) para los productos de TELEFÓNICA con banda ancha fija en el segmento residencial, aprobada por la

resolución de 6 de marzo de 2018 (OFMIN/DTSA/004/16), incluyendo el caso de que la metodología se aplicara con información expost.

Por último, entiende que procede la supresión de todos los compromisos asociados a la plataforma satelital por cuanto los mismos son innecesarios, al entender que dicha tecnología está en proceso de salida del mercado debido al rápido despliegue de las redes fijas de alta capacidad.

Respuesta a las alegaciones:

En primer lugar, en cuanto a que la no inclusión de datos relativos a la evolución del número de clientes y líneas del servicio de telefonía fija tenga por objetivo “esconder” la pérdida de cuota de TELEFÓNICA en este mercado cabe remitirse a las explicaciones señaladas por la Dirección de Competencia, quien indica que ello se debe al hecho de que el criterio de los ingresos se ha considerado más representativo de la evolución del mercado que el criterio de líneas o clientes, ello es así, entre otras cosas, si atendemos al hecho de que la evolución del número de líneas o clientes se ve afectada por determinadas variables en particular el progresivo proceso de sustitución de líneas fijas por líneas móviles, así como al creciente uso de servicios de llamadas de voz o videollamadas a través de Internet en sustitución de las llamadas a través de telefonía de voz.

En todo caso, lo relevante de cara al análisis del IPV elevado a este Consejo es que los diferentes datos muestran que TELEFÓNICA mantiene un elevado poder de mercado en el ámbito de la telefonía fija con unos ingresos superiores al 55% del mercado total y en la banda ancha fija con un 44,7%. Además, TELEFÓNICA ha reconocido en sus alegaciones que se han producido subidas de precios, lo que es un indicador adicional que manifiesta el poder de mercado que es capaz de ejercer en dichos ámbitos. Por otro lado, conforme han caído los ingresos en el servicio de telefonía fija, que ha ido perdiendo relevancia en las estrategias comerciales de los distintos operadores, se han ido incrementando gradualmente en el servicio de telefonía fija, de forma tal que en 2019 el volumen total de ingresos de la banda ancha duplica volumen total de ingresos de la telefonía fija. Es precisamente en la banda ancha fija donde TELEFÓNICA ha ganado cuota de mercado con un incremento de 2,5 en términos de ingresos desde 2014, reforzando por tanto su poder de mercado en este servicio, predominante dentro del ámbito de las comunicaciones fijas.

De este modo, tal y como señala la Dirección de Competencia en el IPV, puede concluirse que TELEFÓNICA sigue liderando ambos mercados de telefonía fija y banda ancha fija no viéndose de ningún modo afectada por la consideración de datos en términos de ingresos, clientes o líneas, lo anterior sin que se hayan producido variaciones significativas en la posición de TELEFÓNICA respecto de la situación existente en el momento en que fue autorizada la operación de concentración.

Al igual que en relación con las alegaciones sobre con el mercado de comercialización mayorista de canales de televisión, TELEFÓNICA vuelve a argumentar que los contenidos televisivos y en particular los deportivos tienen escasa influencia en la contratación de servicios de comunicaciones electrónicas y en particular en la banda ancha fija. Al respecto, tal y como ya se ha mencionado en la presente resolución, es innegable que los contenidos de series y deportivos para la contratación de televisión de pago son un factor relevante. Al respecto, como acertadamente indica la Dirección de Competencia, el apartado X.4 del Informe Propuesta en segunda fase de la C/0612/14 TELEFÓNICA/DTS ya analizó esta cuestión, y señaló que las ofertas empaquetadas de comunicaciones electrónicas con servicios de televisión de pago son un elemento relevante en la estrategia comercial de los operadores. Al respecto, la relevancia de las ofertas empaquetadas para rentabilizar los despliegues de redes fijas de muy alta capacidad, en particular las redes de fibra y la retención de clientes, que fueron los principales elementos identificados en el análisis, se han acentuado desde la fecha de aprobación de la operación.

Por ello este Consejo considera innegable la relevancia que las ofertas empaquetadas tienen de cara a la contratación de servicios de comunicaciones electrónicas, pues le permiten a los operadores obtener importantes economías de alcance de cara a rentabilizar las infraestructuras desplegadas y pueden generar barreras al cambio de proveedor por parte de los clientes como consecuencia de las condiciones de permanencia asociadas a los paquetes convergentes contratados o incluso de la propia percepción de los consumidores que consideren que los costes de transacción aumentan cuando se trata de varios servicios frente a un solo servicio.

Añadido a lo anterior, el IPV muestra que ha aumentado de manera muy importante la migración de clientes hacia ofertas convergentes de comunicaciones electrónicas con servicios de televisión de pago y de manera mayoritaria los motivos para la contratación de servicios de comunicaciones electrónicas vienen condicionados por la propia estrategia comercial de los operadores que los comercializan de manera conjunta, con limitadas posibilidades para contratar de manera independiente servicios de televisión de pago, y por otra por el acceso a los contenidos ofrecidos, y de manera preferente a los contenidos deportivos en un 17,9% de los hogares.

TELEFÓNICA también alega que los operadores que ofrecen contenidos deportivos, en particular contenidos de fútbol (TELEFÓNICA, ORANGE y VODAFONE hasta 2018), han perdido cuota de mercado en banda ancha fija frente a los operadores que no han incluido dichos contenidos, sin embargo, como señala la Dirección de Competencia, del análisis del contenido del IPV se observa que las cuotas de mercado de TELEFÓNICA, ORANGE y VODAFONE en banda ancha fija en 2014 era del 90.4%, mientras que a final de 2019 era del 89.9% por lo que apenas ha experimentado variación. Por su parte también se observa que VODAFONE sufrió una caída de ingresos en el mercado de la

banda ancha fija desde que se hizo efectivo en junio de 2019 que dejaría de ofrecer contenidos deportivos, pasando de 718 millones en 2018 a 596 millones en 2019, una caída del 17% de ingresos, posiblemente atribuible al hecho de haber dejado de ofrecer el contenido de fútbol a sus clientes.

En consecuencia, y a lo que interesa de cara al objeto de la presente resolución, este Consejo considera que las condiciones del mercado en lo que se refiere a los servicios de comunicaciones electrónicas no han experimentado variaciones significativas respecto de las existentes en el momento de aprobación de la concentración que justifiquen un cambio en los compromisos relacionados con las mismas. Más bien al contrario, puede afirmarse que los despegues de redes de nueva generación y la migración de clientes a las mismas, junto con la comercialización empaquetada de comunicaciones electrónicas con servicios de televisión de pago, se han acentuado de manera muy importante desde la aprobación de la operación.

En relación con la alegación referida a la metodología para los análisis de replicabilidad, en la medida en que esta resolución tan sólo se refiere al mantenimiento o no de los compromisos y está actualmente en tramitación un informe parcial de vigilancia distinto y específicamente centrado en la replicabilidad de la oferta mayorista de TELEFÓNICA, no es este el momento procedimental oportuno para que este Consejo se pronuncie al respecto. En consecuencia, las cuestiones suscitadas en relación con la replicabilidad se abordarán más adelante en la Resolución del Consejo relativa al mencionado informe parcial de vigilancia actualmente en tramitación.

Por último, en relación a la alegación sobre la supresión de los compromisos que afecten a la plataforma satelital para la distribución de servicios de televisión de pago, por tratarse de una alternativa residual, falta de rentabilidad, respecto de la que no existe competencia potencial, deben ser rechazadas por varios motivos. En primer lugar, porque los clientes de la plataforma satelital son precisamente los que tienen una capacidad más limitada para poder contratar servicios de televisión de pago con proveedores alternativos a TELEFÓNICA, dado que el resto de proveedores hacen uso de plataformas de distribución de contenidos basadas en redes de banda ancha fija, por lo que resulta aún más necesario mantener los compromisos para dicha plataforma, toda vez que no han variado las condiciones en relación con las existentes en el momento de aprobación de la operación.

En segundo lugar, estos compromisos relacionados con plataforma satelital para la distribución de servicios de televisión de pago adquieren mayor relevancia e importancia por el número de clientes de televisión de pago tradicionales que se benefician de dicha tecnología, que representa el 7.6% del total. Por ello, este Consejo entiende que los compromisos recogidos en el punto 1.1.3 que limitan la capacidad de TELEFÓNICA para realizar prácticas de recuperación a los clientes de servicios de televisión de pago en

España que tuvieran contratados servicios de televisión de pago de DTS y en el punto 2.9.j) por el que se impone a TELEFÓNICA la obligación respecto a la oferta mayorista de cada uno de los canales propios *premium* de no incurrir en estrechamiento de márgenes y de permitir la replicabilidad efectiva de las ofertas comerciales minoristas de la entidad resultante que incluyen cada uno de estos canales, deben ser mantenidos.

4.4. Sobre la alegación segunda relativa a que la mayoría de la PIPV ni se ajusta a la realidad competitiva ni está orientada a promover una competencia efectiva en los mercados afectados

En una segunda alegación a la PIPV, TELEFÓNICA señala que con carácter general la evolución real de los mercados afectados no justifica el mantenimiento de los compromisos y que los mismos son desproporcionados, entendiendo que su mantenimiento limita la competencia al fomentar un comportamiento pasivo de los operadores de telecomunicaciones que desincentiva la diferenciación, la producción propia y la compra de contenidos individuales o canales y que, en todo caso, su duración debería ser inferior al máximo de tres años.

También indica en relación con el compromiso 3 referido al acceso a la red de internet, que genera ineficiencias en el dimensionamiento de la red al obligar a mantener una capacidad excedentaria injustificada, tanto para Telxius como para los tres proveedores de conectividad a Internet (ICP) de referencia.

Por último, en relación con el compromiso 1.1.2. TELEFÓNICA solicita que se permita el pago del equipamiento en casa del cliente vinculado a contratos de prestación de servicios como excepción asimilable a la posibilidad de establecer permanencias máximas de tres meses en la contratación de servicios empaquetados que implique instalar por primera vez en el domicilio del cliente final una conexión de fibra óptica, pues ello fracciona el pago de dispositivos que permiten mejor conectividad y acceso a contenidos a los clientes.

Respuesta a las alegaciones:

En relación con que la valoración de los mercados no ha tenido en cuenta su estructura real, este Consejo coincide con la Dirección de Competencia en su rechazo. La resolución de mantener, a excepción del mercado mayorista de contenido audiovisual individual no deportivo *Premium*, y lo señalado en relación al compromiso 2.11 *in fine*, los compromisos que en su día presentó voluntariamente TELEFÓNICA en modo alguno puede entenderse que anteponga el interés de ciertos operadores sobre otros, sino que es la conclusión de un análisis objetivo de la situación competitiva de los mercados afectados realizado por la Dirección de Competencia y elevado a este Consejo en el IPV, y que a juicio de este Consejo responde a la necesidad de resolver los posibles efectos negativos de la operación de concentración sobre los diferentes mercados afectados.

Por un lado, como ya se ha señalado anteriormente en la presente resolución, si bien los operadores OTTs han podido erosionar el poder de compra de TELEFÓNICA para ciertos derechos audiovisuales individuales, en términos generales la presión competitiva que ejercen en el mercado de TV de pago es insuficiente para disciplinar a TELEFÓNICA. Además, del análisis realizado por la Dirección de Competencia, se advierte que la operación de concentración de la que derivan los compromisos puede tener efectos negativos sobre la competencia no solo en el mercado minorista de televisión de pago sino también sobre los mercados minoristas de comunicaciones electrónicas, motivo por el cual los compromisos prorrogados abordan medidas en distintos mercados.

En relación con la alegación sobre el efecto desincentivador de la diferenciación en la oferta de televisión de pago de los operadores de comunicaciones electrónicas que la prórroga comportaría, este Consejo coincide con la Dirección de Competencia en que no es posible observar tales efectos, pues se permiten ciertas exclusividades, así como debido a que la oferta mayorista se limita al 50% de los contenidos de la misma. Añadido a lo anterior, el desarrollo de las ofertas de televisión de pago por parte de operadores de plataformas OTT bajo la modalidad SVOD a las que tanto ha hecho referencia TELEFÓNICA, han permitido incrementar en cierta medida la diferenciación entre operadores en lo relativo a los contenidos no deportivos en la modalidad SVOD, además de un aumento de la diversidad y calidad gracias al aumento de sus inversiones.

Sobre la alegación relativa a la crítica del mantenimiento de los compromisos por el máximo de tres años, como señala la Dirección de Competencia, TELEFÓNICA no ha aportado sustento alguno que apoye su alegación. No obstante, este Consejo se remite a lo desarrollado a lo largo de la presente resolución, en la que para cada uno de los mercados afectados por los compromisos, la estructura de la oferta y la demanda y las altas cuotas de TELEFÓNICA, determinan que proceda extender los compromisos por el máximo de tres años adicionales, ya que sobre dichas características, sustrato del análisis, no parece que se pueda esperar que en un plazo inferior a tres años puedan mitigarse en ausencia de compromisos, con sus consecuentes riesgos para la competencia.

Por lo que respecta a las alegaciones sobre el compromiso 3 relativo al acceso a la red de internet y las posibles ineficiencias generadas por el dimensionamiento de la red al obligar a mantener una capacidad excedentaria, hay que recordar que, toda vez que TELEFÓNICA tenía un incentivo que conserva a poner en marcha políticas de interconexión a su IP desfavorables para las plataformas OTT, el objetivo de los mismos era evitar que TELEFÓNICA tuviera la capacidad para reducir la calidad del acceso a los operadores OTT que, en definitiva, ejercen cierta presión competitiva sobre los servicios de televisión de pago de la propia TELEFÓNICA.

En relación con lo anterior, tal y como señala la Dirección de Competencia, TELXIUS está controlado por TELEFÓNICA, que es un grupo verticalmente integrado y que su capacidad e incentivos para desarrollar políticas de interconexión desfavorables determinan que sea necesario y proporcionado mantener la vigencia de este compromiso. Por otro lado, la capacidad excedentaria disponible por los tres ICP de renombre se ha venido manteniendo muy superior a los 20Gbps por encima del Pico de Utilización Diaria (PUD) que establecen los compromisos en el Anexo 3.3. Es decir, considerando que el PUD debe mantenerse por debajo del 80% para los tres ICP de renombre y que éstos solo están empleando en promedio alrededor del 30%, resulta evidente, por lo tanto, que son los propios operadores ICP de renombre los que están dimensionando sus redes en previsión de los futuros incrementos en el tráfico de internet con TELEFÓNICA, sin que el mínimo de la capacidad excedentaria en el Anexo 3.3 suponga ningún escollo o genere ninguna ineficiencia. En todo caso, este Consejo entiende que el límite de no superar el 80% de la capacidad disponible es un límite razonable de dimensionamiento para cualquier red de interconexión de tráfico y no supone introducir ineficiencia alguna, permitiendo asimismo una suficiente supervisión y la garantía en el mantenimiento de una óptima calidad de servicio.

Por último, en lo que se refiere a la renuncia a exigir el cumplimiento de condiciones de permanencia recogido en el compromiso 1.1.2., ello supondría una modificación no menor del compromiso que dificultaría la consecución del objetivo de aumentar la contestabilidad de la cuota de TELEFÓNICA, por lo que debe ser rechazada la alegación, manteniéndose el compromiso 1.1.2. en su redacción original.

QUINTO. – VALORACIÓN DE PLENO DE LA CNMC

En el presente procedimiento, el Pleno del Consejo debe resolver sobre la duración de los compromisos a los que se subordinó la autorización de la operación en la resolución de 22 de abril de 2015, recaída en el expediente C/0612/14, TELEFÓNICA/DTS.

En particular, el Pleno debe dilucidar si, tras el período inicial de duración de los compromisos, la situación competitiva de los mercados afectados motiva que corresponda mantener durante tres años adicionales los compromisos adoptados en los mismos términos de la resolución del Consejo de 14 de abril de 2015 con las salvedades expuestas en esta resolución, en particular en relación a la adquisición de derechos de emisión en España de contenidos audiovisuales no deportivos de terceros para su emisión en SVOD (compromiso 2.2) así como respecto del mantenimiento de las condiciones aplicadas en el momento de la operación de concentración a los titulares de los canales de televisión de terceros que distribuye la entidad resultante en sus plataformas de TV de pago (último párrafo del compromiso 2.11) acogiendo al respecto la adecuación al texto propuesta por TELEFÓNICA en sus alegaciones a la PIPV, tal y

como propone la Dirección de Competencia en el IPV elevado a este Consejo el 15 de junio de 2020.

El apartado sexto de los compromisos a los que se supeditó la autorización de la concentración establece que: *“Los compromisos tendrán una vigencia de cinco (5) años desde que la resolución en segunda fase del expediente C/0612/14 sea firme en vía administrativa. Transcurrido dicho plazo, la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia valorará si se ha producido una modificación relevante en la estructura o la regulación de los mercados considerados, que justifique el mantenimiento, adecuación o supresión de las condiciones correspondientes por un periodo adicional de hasta un máximo de tres (3) años, que se concretará de forma motivada.”*

Por lo tanto, tal y como propone la Dirección de Competencia en el referido IPV, no se han analizado en esta resolución otras cuestiones distintas relacionadas con los compromisos de 14 de abril de 2015, cuya vigilancia ha sido y seguirá siendo objeto de otros informes parciales de vigilancia específicos.

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 15 de junio de 2020 y sintetizado en anteriores fundamentos de derecho de la presente resolución, este Consejo considera que la situación competitiva de los mercados afectados motiva que corresponda mantener durante tres años adicionales los compromisos adoptados, con las salvedades expuestas a lo largo de la resolución y de conformidad con el contenido del IPV.

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

HA RESUELTO

ÚNICO.- Prorrogar por un periodo adicional de tres años las condiciones a las que se subordinó la autorización de la operación de concentración C/0612/14, TELEFÓNICA/DTS mediante la resolución del Pleno del Consejo de la CNMC de 22 de abril de 2015 en los términos expuestos en el Fundamento de Derecho Quinto de la presente resolución.

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.

Voto particular que formula el Consejero D. Mariano Bacigalupo Saggese, con la adhesión del Consejero D. Xabier Ormaetxea Garai, en relación con la Resolución del Pleno del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC), de 9 de julio de 2020, por la que se restaura por un periodo adicional de tres años el periodo de vigencia inicial de cinco años, finalizado el pasado día 30 de abril de 2020, de los compromisos a los que la Resolución de la CNMC de 22 de abril de 2015 subordinó la autorización de la operación de concentración económica TELEFÓNICA/DTS (expte. VC/0612/14 TELEFÓNICA/DTS)

La Resolución del Pleno del Consejo de la CNMC de la que respetuosamente se discrepa –Resolución de Vigilancia en el Expte. VC/0612/14 TELEFÓNICA/DTS– dispone, con algunas salvedades y modulaciones, la prórroga por tres años adicionales de los compromisos a los que se subordinó la autorización de la concentración de referencia.

El Consejero que suscribe el presente voto particular discrepa del acuerdo mayoritario del Pleno por cuanto aprueba una resolución que es **inválida por extemporánea**, pues dispone la extensión del plazo de producción de efectos de los compromisos establecidos en la Resolución de 22 de abril de 2015 (cinco años) con posterioridad al vencimiento de dicho plazo, que se produjo el pasado día 30 de abril de 2020. La **decisión de restaurar por un periodo adicional de tres años la vigencia de los compromisos con posterioridad a la finalización del periodo de vigencia inicial de cinco años** establecido en la autorización de la concentración infringe lo dispuesto en el apartado sexto de los compromisos y el principio general del Derecho administrativo de acuerdo con el cual no pueden ser objeto de ampliación plazos ya vencidos.

El **apartado sexto de los compromisos** a los que se supeditó la autorización de la concentración establece lo siguiente:

“Los compromisos tendrán una vigencia de cinco (5) años desde que la resolución en segunda fase del expediente C/0612/14 sea firme en vía administrativa. Transcurrido dicho plazo, la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia valorará si se ha producido una modificación relevante en la estructura o la regulación de los mercados considerados, que justifique el mantenimiento,

adecuación o supresión de las condiciones correspondientes por un periodo adicional de hasta un máximo de tres (3) años, que se concretará de forma motivada.”

De estos términos se infieren dos conclusiones inequívocas: (i) **el periodo de vigencia inicial de los compromisos se extiende por cinco años** desde la firmeza en vía administrativa de la resolución de 22 de abril de 2015 que autorizó la concentración; y (ii) **el periodo de vigencia inicial se puede extender por un periodo adicional de hasta un máximo de tres años.**

La pregunta que se impone es si cabe reputar conforme a derecho que tal ampliación se acuerde con posterioridad al vencimiento del plazo inicial.

Al respecto procede señalar lo siguiente:

- (i) **El periodo de vigencia inicial de los compromisos establecidos en una resolución ya dictada en el marco de un procedimiento administrativo finalizado no es un plazo de tramitación de un procedimiento administrativo en curso, ni tampoco un plazo de prescripción o de caducidad, sino el periodo de eficacia temporal de un acto administrativo ya adoptado.** Por tanto, el plazo de producción de efectos de dichos compromisos **no resultó afectado por la suspensión de los plazos de tramitación de los procedimientos administrativos y de los plazos de prescripción y de caducidad que ordenaron, respectivamente, las disposiciones adicionales tercera y cuarta del Real Decreto 463/2020**, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19. Ninguno de estos preceptos (ni el efecto suspensivo dispuesto en ambos) es de aplicación a los plazos de producción de efectos (periodo de eficacia temporal) de actos administrativos ya adoptados con anterioridad a la entrada en vigor del citado Real Decreto.

- (ii) La suspensión de los plazos de tramitación del procedimiento de vigilancia (expte. VC/0612/14 TELEFÓNICA/DTS) con base en lo dispuesto en la disposición adicional tercera del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, comunicada a la interesada por la Dirección de instrucción con fecha 17 de marzo de 2020, **en modo alguno implicó la ampliación automática coextensa del periodo de vigencia inicial de los compromisos.** Cabe insistir una vez más en que se trata de dos plazos diferentes. El periodo de eficacia temporal de un acto administrativo ya dictado no es un plazo de tramitación de un procedimiento administrativo en curso. La suspensión de los plazos de

tramitación del procedimiento de vigilancia en curso no ha afectado de ninguna manera al periodo de eficacia temporal de un acto administrativo ya dictado en el marco de un procedimiento administrativo anterior ya finalizado y con carácter firme.

Aun admitiendo lo anterior, se arguye en la fundamentación de la resolución (apartado 4.1) que el apartado sexto de los compromisos dispone literalmente que será “transcurrido dicho plazo” (se refiere al plazo inicial de producción de efectos de los compromisos) cuando la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia valorará si se ha producido una modificación relevante en la estructura o la regulación de los mercados considerados, que justifique el mantenimiento, adecuación o supresión de las condiciones correspondientes por un periodo adicional de hasta un máximo de tres años. Es decir, **se argumenta que son los propios compromisos los que establecen que la extensión temporal de sus efectos debe valorarse una vez transcurrido el plazo inicial de producción de efectos de los compromisos.**

A juicio del Consejero que suscribe el presente voto particular, semejante interpretación no se sostiene en derecho. Por tres motivos:

- (i) **Tal interpretación implica que la vigencia de los compromisos sería discontinua.** Si la extensión temporal se acuerda transcurrido el plazo inicial de producción de efectos de los mismos, **no nos hallaríamos ante una resolución que prorroga la vigencia de los compromisos sino ante una resolución que restaura dicha vigencia una vez extinguido el periodo de vigencia inicial.** Parece evidente, sin embargo, que no es eso lo que pretendió establecer la resolución que autorizó la concentración.
- (ii) La interpretación de la que se discrepa, aunque pretende ser *literalista*, distorsiona el sentido literal de la frase primera del apartado sexto de los compromisos y la hace incurrir en contradicción con la segunda frase. Dicho apartado dispone en su frase primera que “los compromisos tendrán una vigencia de cinco años”. Sin embargo, **si nos atenemos a la interpretación en que se fundamenta el acuerdo mayoritario del Consejo de la CNMC, el periodo de vigencia inicial de los compromisos no sería de cinco años, como taxativamente establece la resolución que autorizó la operación de concentración, sino un periodo indeterminado hasta que la CNMC, una vez transcurridos cinco años desde la firmeza del acto en vía administrativa, decida (no se sabe dentro de qué otro plazo) sobre el mantenimiento, adecuación o supresión de los compromisos.**

Pero no es ésa obviamente la finalidad que persigue el apartado sexto de los compromisos. La interpretación que postula la mayoría rompe la unidad de sentido de dicho apartado. A quien suscribe el presente voto no le cabe la menor duda de que es la interpretación de la frase segunda del apartado la que se debe adaptar a la literalidad de la primera frase, y no a la inversa. La interpretación que sostiene la mayoría es *literalista* solo en relación con la frase segunda del apartado sexto, pero contradice el sentido literal de la primera. Tan es así que, de acuerdo con tal interpretación, los compromisos –aun sin prórroga– continuaban produciendo efectos después del día 30 de abril de 2020, esto es, más de cinco años después de producida la firmeza en vía administrativa de la resolución que autorizó la concentración.

- (iii) Finalmente, habiendo una contradicción aparente en la redacción del apartado relativo a la vigencia y posible prórroga de los compromisos, la interpretación de un aspecto dudoso de los mismos desde el punto de vista jurídico-administrativo (porque afecta a la eficacia temporal del acto administrativo) debe tener en cuenta los principios generales del Derecho administrativo. Y **es un principio general del Derecho administrativo el que establece que no podrá ser objeto de ampliación un plazo ya vencido (art. 32.3 de la Ley 39/2015, LPAC)**. Más aún, si cabe, si –como ya ha sido señalado– no se trata, en puridad, de un plazo de tramitación de un procedimiento administrativo sino del plazo de producción de efectos de un acto administrativo ya dictado.

Así pues, procede interpretar sistemática y teleológicamente el apartado sexto de los compromisos, de modo que:

- (i) **el periodo inicial de vigencia de los compromisos no se extienda subrepticia e indefinidamente más allá de los cinco años** establecidos en la resolución de 22 de abril de 2015;
- (ii) **la extensión temporal de sus efectos no produzca una discontinuidad** en la vigencia de los compromisos;
- (iii) **no se transforme indebidamente la potestad de prórroga de los compromisos en una potestad de restauración de su vigencia no sometida a un plazo determinado;** y

(iv) la interpretación del apartado sexto de los compromisos **respete el principio general del Derecho administrativo de acuerdo con el cual no pueden ser objeto de ampliación plazos ya vencidos.**

El Consejero que suscribe el presente voto particular hace constar expresamente que, **de haberse sometido a votación en el Pleno del Consejo de la CNMC la propuesta de prórroga de los compromisos con anterioridad a la finalización del periodo inicial de vigencia de cinco años, hubiera votado a favor de la misma** (con ciertas salvedades y modulaciones). **Ello hubiera sido perfectamente posible incluso durante la vigencia del estado de alarma, pues cabía levantar la suspensión de la tramitación del procedimiento de vigilancia por razones de interés general de acuerdo con lo que preveía el apartado 4 de la disposición adicional tercera del Real Decreto 463/2020,** y sin que ello dependiera de la conformidad de los interesados (*“Sin perjuicio de lo dispuesto en los apartados anteriores, desde la entrada en vigor del presente real decreto, las entidades del sector público podrán acordar motivadamente la continuación de aquellos procedimientos administrativos que... sean indispensables para la protección del interés general o para el funcionamiento básico de los servicios”*). **Concurrían motivos de interés general para levantar la suspensión de los plazos de tramitación del procedimiento de vigilancia en atención, precisamente, a que esa suspensión comprometía la posibilidad de que la CNMC resolviera temporáneamente sobre la prórroga de los compromisos,** una consecuencia jurídica relevante para la competencia y, por ende, para el interés general. Ahora, sin embargo, una vez finalizado el periodo inicial de vigencia de los compromisos, ya no es posible prorrogarlos. Solo sería posible restaurarlos, pero el apartado sexto de los compromisos no autoriza tal cosa.

A este respecto, procede señalar que el **Pleno del Consejo de la CNMC no tuvo oportunidad de ponderar en tiempo útil –es decir, antes del 30 de abril de 2015- los riesgos jurídicos en que esta Comisión incurría si no resolvía sobre la prórroga de los compromisos con anterioridad a la finalización de su periodo de vigencia inicial.** Esta decisión no le fue sometida al Pleno, tal vez porque se entendió que correspondía al órgano de instrucción, que es independiente del Consejo en el ejercicio de sus funciones (art. 25.2 LCNMC). El no sometimiento en tiempo útil de esta cuestión al Pleno *estrechó su margen de decisión,* pues –una vez finalizado el periodo de vigencia inicial de los compromisos- el Pleno ya no puede ponderar los riesgos jurídicos de las distintas

opciones de actuación (resolver sobre la prórroga de los compromisos antes o después de finalizado el plazo de producción de efectos de éstos) y elegir entre ambas. Hoy el Pleno solo puede decidir o bien prorrogar los compromisos fuera de plazo o bien, precisamente por este motivo, renunciar a prorrogarlos. La reducción del margen de decisión del Pleno trae causa de una decisión no adoptada por este órgano.

En suma, no nos hallamos, como se ha dicho, ante una resolución que *prorroga* la vigencia de los compromisos, que es lo (único) que permite el apartado sexto de los compromisos establecidos en la resolución de 22 de abril de 2015, sino ante una resolución que *restaura* dicha vigencia una vez vencido el plazo de producción de efectos de los mismos.

Esa resolución es, por tanto, inválida por extemporánea. **En este caso la realización de la actuación administrativa fuera del tiempo establecido para ella implica la anulabilidad del acto, pues así lo impone la naturaleza (no meramente indicativa sino vinculante y preclusiva) del plazo dispuesto en el apartado sexto de los compromisos (art. 48.3 LPAC).**

A modo de **ejemplo**, cabe reseñar cómo articuló temporalmente la CNMC la prórroga de condiciones en el marco del **expediente VC/0432/12**. Con fecha 30 de julio de 2015 el Consejo de la CNMC acordó “*prorrogar por un periodo de dos años, susceptible de revisión, las condiciones a las que se subordinó la autorización de la **operación de concentración C/0432/12 ANTENA3/LA SEXTA** mediante el Acuerdo de Consejo de Ministros de 24 de agosto de 2012 en los términos expuestos en el Fundamento de Derecho Sexto de la presente Resolución*”. El periodo de vigencia inicial de esas condiciones las fijó el Consejo de Ministros en tres años (condición quinta: “*Estas condiciones tendrán una duración inicial de tres años desde la adopción del presente Acuerdo. Transcurrido dicho plazo, la Comisión Nacional de la Competencia valorará si se ha producido una modificación relevante en la estructura o la regulación de los mercados considerados que justifique el mantenimiento, adecuación o supresión de las condiciones por un período adicional de dos años*”). **Pese a que también en este caso la condición quinta establecía que la eventual prórroga del periodo de vigencia inicial de las condiciones se valoraría por la CNMC “transcurrido dicho plazo”, lo cierto es que el Consejo de la CNMC acordó la prórroga en fecha (30 de julio de 2015) anterior –y no posterior- a la finalización del periodo de vigencia inicial de las condiciones (24 de agosto de 2015, tres años desde la adopción del Acuerdo del Consejo de Ministros de 24 de agosto de 2012).**

Como precedente cabe citar igualmente la Resolución dictada por el Consejo de la CNMC con fecha 20 de febrero de 2014 en el **Expediente de Vigilancia VC/0230/10** seguido por la Dirección de Competencia en el marco de la Resolución de 28 de octubre de 2010 del Consejo de la extinta Comisión Nacional de la Competencia en el Expediente de Concentración C/0230/10 “referente a la operación de **concentración económica consistente en la adquisición por GESTEVISIÓN TELECINCO S.A., del control exclusivo de la SOCIEDAD GENERAL DE TELEVISIÓN CUATRO S.A.U.**, mediante la compra del 100% de su capital social”. El fundamento de derecho 14ª de esta resolución indica que *“el Plan de Actuaciones presentado por TELECINCO fue aprobado por la Dirección de Investigación, de la Comisión Nacional de la Competencia, hoy extintas, el 23 de febrero de 2011, por lo que los compromisos a los que se subordinó la operación de concentración C/0230/10 TELECINCO/CUATRO están inicialmente vigentes hasta el día 23 de febrero del 2014”*. La resolución del Consejo de la CNMC que acuerda la prórroga de los compromisos es de fecha 20 de febrero de 2014. **Nuevamente, por tanto, el acuerdo de prórroga es anterior a la finalización del periodo de vigencia inicial de los compromisos.**

En suma, **algunos precedentes relevantes parecen indicar que la CNMC ha entendido también en el pasado que la prórroga de condiciones y compromisos debe acordarse con anterioridad a la finalización del periodo de vigencia inicial de los mismos.**

Frente a todo lo anterior, la resolución señala finalmente **actos propios de la interesada**. Sin embargo, cualquiera que sea la interpretación de los mismos, lo cierto es que la eficacia temporal del acto administrativo y las reglas por las que se rige constituyen cuestiones que la CNMC debe apreciar como **cuestiones no disponibles de orden público**.

Madrid, a 9 de julio de 2020.

Firmado por: D. Mariano Bacigalupo Saggese y D. Xabier Ormaetxea Garai
Consejeros de la CNMC