

RESOLUCIÓN

TELEFÓNICA VARIOS COMPROMISOS

SNC/DC/099/24

CONSEJO. PLENO

Presidenta

D^a. Cani Fernández Vicién

Consejeros

D. Bernardo Lorenzo Almendros

D. Xabier Ormaetxea Garai

D^a. Pilar Sánchez Núñez

D. Carlos Aguilar Paredes

D. Josep Maria Salas Prat

D^a. María Jesús Martín Martínez

Secretario del Consejo

D. Miguel Bordiu García-Ovies

En Madrid, a 28 de enero de 2025

El Pleno del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC), con la composición expresada, ha dictado la siguiente Resolución en el expediente incoado por la Dirección de Competencia contra TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U., por incumplimiento de la resolución de 22 de abril de 2015 del Consejo de la CNMC que autorizó la operación de concentración económica TELEFÓNICA/DTS (expediente C/0612/14 TELEFÓNICA/DTS), en particular lo dispuesto en los apartados 2.1.b, 2.2.a, 2.2.c, 2.3, 2.4, 2.9.e, 2.9.f, 2.9.h, 2.9.i y 2.9.j de los compromisos.

ÍNDICE DE CONTENIDO

1. ANTECEDENTES.....	4
2. HECHOS ACREDITADOS	6
2.1. Compromisos a que fue condicionada la autorización de la operación de concentración C/0612/14.....	6
2.2. Información sobre los contratos suscritos	12
2.3. Información sobre las ofertas mayoristas.....	14
2.3.1. Tercera oferta mayorista de canales (2017)	14
2.3.2. Cuarta oferta mayorista de canales (2018).....	15
2.3.3. Quinta oferta mayorista de canales (2019)	17
2.4. Compromiso 2.1.b	18
2.5. Compromiso 2.2.a	19
2.6. Compromiso 2.2.c	22
2.7. Compromiso 2.3	23
2.8. Compromiso 2.4	26
2.9. Compromiso 2.9.e	28
2.10. Compromiso 2.9.f	30
2.11. Compromisos 2.9.h, 2.9.i y 2.9.j párrafo primero	32
2.12. Resolución del Consejo de la CNMC de 29 de noviembre de 2022 ..	37
3. FUNDAMENTOS DE DERECHO	37
3.1. Competencia para resolver.....	37
3.2. Normativa general aplicable	38
3.3. Propuesta de resolución del órgano instructor	38
3.4. Valoración del Consejo.....	38
3.4.1. Tipificación de la conducta	38
3.4.2. Responsabilidad y culpabilidad	66
3.4.3. Antijuricidad	73
4. SANCIÓN	74
4.1. Criterios para la imposición de la multa	74
4.2. Sanción impuesta a TELEFÓNICA	75
4.3. Alegaciones a la propuesta de sanción.....	78
4.4. Sanción impuesta.....	79
5. RESUELVE.....	80

ÍNDICE DE TABLAS

Tabla 1. Tercera oferta mayorista de canales (Julio 2017)	15
Tabla 2. Cuarta oferta mayorista de canales (Julio 2018)	17
Tabla 3. Quinta oferta mayorista de canales (Julio 2019)	18
Tabla 4. Documentales en los que se ha superado el plazo máximo de explotación de 24 meses	19
Tabla 5. Contenidos no de estreno en el momento de suscripción del contrato	20
Tabla 6. Contenidos en los que se ha excedido el plazo máximo de explotación exclusiva durante el periodo de derechos de emisión contratado	21
Tabla 7. Contrato que recoge limitaciones que se exigen al titular de los derechos para que explote o comercialice los derechos a terceros en dicha modalidad SVOD una vez finalizado el periodo de exclusividad	21
Tabla 8. Documentales en los que se ha superado el plazo máximo de explotación de 2 años a contar desde la fecha de puesta a disposición de los mismos	23
Tabla 9. Ejemplos de contratos de la categoría “estreno indie” que contemplan adquisición de derechos en modalidad TVOD	25
Tabla 10. Documentales para los que se han adquirido contenidos exclusivos para su explotación en modalidad TVOD	26
Tabla 11. Contratos de adquisición de derechos para emitir en exclusiva derechos de explotación de competiciones deportivas que han superado el plazo máximo de explotación establecido en el compromiso 2.4	27

1. ANTECEDENTES

- (1) Mediante Resolución de 22 de abril de 2015¹, el Consejo de la CNMC autorizó la operación de concentración económica TELEFÓNICA/DTS (expediente C/0612/14 TELEFÓNICA/DTS), subordinada al cumplimiento de los compromisos presentados por Telefónica de Contenidos, S.A.U. el 14 de abril de 2015, que obligan a esta empresa y a cualquiera de las empresas del grupo.
- (2) El resuelve TERCERO de la Resolución de 22 de abril de 2015 establece lo siguiente

“El incumplimiento de lo previsto en la presente Resolución se considera infracción muy grave de acuerdo con el artículo 62 de la LDC”.
- (3) En virtud de lo establecido en el artículo 41 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC) y con objeto de garantizar el cumplimiento de los compromisos presentados y recogidos en la citada Resolución del Consejo de la CNMC de 22 de abril de 2015, la Dirección de Competencia abrió el expediente de vigilancia VC/0612/14 TELEFÓNICA/DTS.
- (4) Por resolución de 9 de julio de 2020², el Consejo de la CNMC resolvió prorrogar por un período adicional de tres años los compromisos a los que se subordinó la autorización de la operación de concentración TELEFÓNICA/DTS.
- (5) De conformidad con el artículo 42.3 del Reglamento de Defensa de la Competencia, aprobado por Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero (RDC), con fecha 15 de marzo de 2021³ se notificó a Telefónica de España S.A.U. (en lo sucesivo también referida como TELEFÓNICA) una propuesta de informe parcial de vigilancia (PIPV), en relación con los compromisos 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.
- (6) Con fecha 22 de abril de 2021⁴ TELEFÓNICA formuló alegaciones a la PIPV.
- (7) Con fecha 2 de septiembre de 2022⁵ la Dirección de Competencia remitió al Consejo de la CNMC el correspondiente informe parcial de vigilancia (IPV). El objeto del mencionado IPV era analizar el cumplimiento de todos los compromisos derivados de la concentración, salvo lo relativo a la fijación y distribución del Coste Mínimo Garantizado (CMG) entre los distintos demandantes de los canales deportivos de la oferta mayorista de TELEFÓNICA

¹ Folios 12-58.

² Folios 2104-2148.

³ Folios 2149-2224.

⁴ Folios 2225-2787.

⁵ Folios 2944-3074.

(Anexo 1, apartado 1.1.a) y lo relativo al cumplimiento de la obligación de replicabilidad efectiva de las ofertas minoristas de TELEFÓNICA que incluyan canales de la oferta mayorista de este operador (Compromiso 2.9.j, párrafos segundo y tercero, y Anexo 1, apartado 2).

- (8) Con fecha 29 de noviembre de 2022⁶ el Consejo de la CNMC adoptó una Resolución de Vigilancia del expediente VC/612/14, relativo al IPV antes mencionado. En su resuelve PRIMERO se declaró

“[L]a existencia de determinados incumplimientos apreciados en la vigilancia del cumplimiento de los compromisos a los que se subordinó la operación de concentración C/612/14, autorizada por la Resolución del Pleno del Consejo de la CNMC de 22 de abril de 2015, en los términos declarados en el Fundamento de Derecho Decimocuarto de la presente resolución”.

- (9) Asimismo, en su resuelve SEGUNDO se acordó

“Interesar de la Dirección de Competencia la incoación de expediente sancionador por existir indicios de la infracción prevista en el artículo 62.4 c) de la LDC, como consecuencia de los incumplimientos declarados en esta resolución”.

- (10) TELEFÓNICA interpuso recurso contencioso-administrativo ante la Audiencia Nacional, contra la Resolución de 29 de noviembre de 2022. Este recurso, que se tramita bajo la referencia P.O. 168/2023, se encuentra pendiente de resolución.

- (11) Con fecha 3 de octubre de 2024⁷ la Dirección de Competencia acordó la apertura de actuaciones previas bajo la referencia SNC/DC/099/24, al amparo de lo previsto en los artículos 55 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPACAP), y 70.2 de la LDC.

- (12) A la vista de todo lo anterior y de conformidad con lo establecido en los artículos 70.2 de la LDC y 64 de la LPACAP, la Dirección de Competencia acordó, con fecha 8 de noviembre de 2024, la incoación de expediente sancionador contra Telefónica de España, S.A.U. por una posible infracción tipificada en el artículo 62.4.c) de la LDC motivada por incumplimiento de lo dispuesto en los compromisos a que fue subordinada la autorización de la concentración C/0612/14 mediante Resolución del Consejo de la CNMC de 22 de abril de 2015 recaída en el expediente C/0612/14 TELEFÓNICA/DTS, otorgando un plazo de diez días para formular alegaciones y, en su caso, proponer prueba. El acuerdo

⁶ Folios 3075-3227.

⁷ Folios 1-2.

de incoación fue notificado a TELEFÓNICA el 8 de noviembre de 2024⁸, acusando recibo de tal notificación el 11 de noviembre de 2024⁹.

- (13) Con fecha 13 de diciembre de 2024 la Dirección de Competencia dictó propuesta de resolución¹⁰ que fue notificada a TELEFÓNICA el 16 de diciembre de 2024¹¹.
- (14) Con fecha 9 de enero de 2025¹² TELEFÓNICA formuló alegaciones a la propuesta de resolución¹³.
- (15) Con fecha 20 de enero de 2025, la Dirección de Competencia elevó la propuesta de resolución al Consejo¹⁴.
- (16) Es interesada TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U.

2. HECHOS ACREDITADOS

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

- (17) Entre los compromisos a que fue condicionada la autorización de la operación de concentración C/0612/14¹⁵, y su posterior prórroga, los más relevantes a los efectos de este procedimiento se recogen a continuación.
- (18) El compromiso “2.1 Adquisición exclusiva de derechos de emisión en España de contenidos audiovisuales no deportivos de terceros para su emisión lineal” establece determinadas limitaciones en cuanto al periodo de vigencia y el periodo de explotación en los contratos de adquisición de esta clase de contenidos, de acuerdo con lo siguiente:

“Los contratos que la entidad resultante suscriba para la adquisición exclusiva de derechos de emisión en España de contenidos audiovisuales de terceros (de estreno y catálogo) para su emisión lineal, estarán sujetos a las siguientes condiciones:

a) Periodo de vigencia

El periodo de vigencia del contrato no podrá ser superior a tres (3) años.

Respecto de los contratos de adquisición exclusiva de derechos de emisión en España de contenidos audiovisuales no deportivos de terceros para su emisión lineal,

⁸ Folios 3277-3282.

⁹ Folio 3283.1.

¹⁰ Folios 3613-3672.

¹¹ Folio 3676.1.

¹² Folios 2225-2787.

¹³ Folios 3685-4293.

¹⁴ Folio 4294.

¹⁵ Los compromisos se encuentran recogidos en el Fundamento de Derecho Segundo de la Resolución del Consejo de la CNMC de 22 de abril de 2015 por la que se autorizó la operación de concentración económica TELEFÓNICA/DTS (expediente C/0612/14 TELEFÓNICA/DTS). Folios 18-45.

en los que en el momento de la firma no queda determinada la identidad del contenido contratado o el momento en que cada contenido será puesto a disposición del adquirente, incluidos, entre otros, los output deals, volume deals, los contenidos adquiridos en virtud de cualquier acuerdo de producción, coproducción, inversión o cualquier fórmula equivalente, incluso las realizadas para cumplir con la obligación de financiar obra europea, la limitación temporal anterior implicará que no podrán ponerse a disposición de la entidad resultante contenidos concretos una vez transcurridos tres (3) años desde la firma del correspondiente contrato.

Como excepción a lo anterior, la entidad resultante podrá concluir contratos que cubran la vida total de cada serie, si bien la puesta a disposición de la primera temporada adquirida deberá tener lugar dentro del periodo de tres (3) años a contar desde la firma del contrato.

b) Periodo de explotación

El periodo máximo de explotación de los derechos de emisión en España de los contenidos no deportivos de terceros para emisión lineal será de dos (2) años a contar desde la fecha de puesta a disposición de los mismos, que deberá comenzar dentro del plazo de tres (3) años de duración del correspondiente contrato anteriormente mencionado. En el caso de las series, se considerará que cada temporada equivale a un contenido, de forma que los capítulos de una temporada deberán emitirse en un plazo máximo de dos (2) años a contar desde la fecha de puesta a disposición del primer capítulo de esa temporada.

Las anteriores limitaciones sobre el periodo de vigencia y de explotación afectan a todo tipo de contenidos con las precisiones señaladas para cada uno de ellos (películas, series, documentales, tv movies, etc.), a todo tipo de proveedores (Majors y no Majors), a todo tipo de ventanas (estrenos y no estrenos), a todas las tecnologías y dispositivos de emisión utilizados (cable, IPTV, internet, televisión, ordenadores, tabletas, móviles, etc.), a todos los tipos de calidades de emisión existentes o que puedan existir (SD, HD, Ultra-HD, 3-D, etc.), y a todos los idiomas para los que se ha adquirido la exclusiva de emisión en España.”

- (19) El compromiso “2.2 Adquisición de derechos de emisión en España de contenido audiovisuales no deportivos de terceros para su emisión en SVOD” establece determinadas limitaciones en cuanto a la adquisición exclusiva, al periodo de vigencia y el periodo de explotación en los contratos de adquisición de esta clase de contenidos, de acuerdo con lo siguiente:

Los contratos que la entidad resultante suscriba para la adquisición de derechos de emisión en España de contenidos audiovisuales no deportivos de terceros para su emisión en Suscription video on demand-SVOD^[1] estarán sujetos a las siguientes condiciones:

[1] Permite el acceso en la modalidad de emisión no lineal (y totalmente desvinculada de la emisión lineal) a una parte de los contenidos audiovisuales de la plataforma mediante el pago de una tarifa plana, que suele ser mensual.

a) Exclusividad

Únicamente se permitirá la adquisición exclusiva de derechos de emisión en España de contenidos audiovisuales no deportivos de terceros para su emisión en SVOD de los contenidos audiovisuales de estreno. A estos efectos, se definen los contenidos audiovisuales de estreno como aquéllos para los que no hayan transcurridos más

más de veinticuatro (24) meses desde su primera comunicación pública en España en cualquier tipo de soporte o canal.

Los derechos de emisión en España de contenidos audiovisuales no deportivos de terceros no considerados de estreno, no podrán ser adquiridos en exclusividad (ni total ni parcial), sin excepciones. Se considerará que también existe adquisición exclusiva cuando los contratos limiten a algún operador de televisión de pago la explotación de los contenidos o limiten de alguna forma las modalidades de emisión, la calidad, los dispositivos utilizados o la lengua de emisión que pueden adquirir terceros. Tampoco se permitirá la inclusión en los contratos de cláusulas que de una u otra forma permitan las exclusivas de facto (i.e. Cláusula de nación más favorecida).

b) Periodo de vigencia

El periodo de vigencia de los contratos de adquisición exclusiva de derechos de emisión en España de contenidos audiovisuales no deportivos de estreno de terceros para su emisión en SVOD estará sujeto a los límites temporales descritos en el epígrafe 2.1.a).

c) Periodo de explotación

El periodo de explotación de los contratos de adquisición exclusiva de derechos de emisión en España de contenidos audiovisuales no deportivos de estreno de terceros para su emisión en SVOD estará sujeto a los límites temporales descritos en el epígrafe 2.1.b), sin perjuicio de que el periodo de explotación exclusiva no podrá superar el plazo de veinticuatro (24) meses a contar desde su primera comunicación pública en España.

Las limitaciones anteriores afectan a todo tipo de contenidos audiovisuales con las precisiones señaladas para cada uno de ellos (películas, series, documentales, tv movies, etc.), a todo tipo de proveedores (Majors y no Majors), a todas las tecnologías y dispositivos de emisión utilizados (cable, IPTV, internet, televisión, ordenadores, tabletas, móviles, etc.), a todos los tipos de calidades de emisión existentes o que puedan existir (SD, HD, Ultra-HD, 3-D, etc.) y a todos los idiomas para los que se ha adquirido la exclusiva de emisión en España.

- (20) El compromiso “2.3 Adquisición de derechos de emisión en España de contenidos audiovisuales no deportivos de terceros para su emisión en TVOD” prohíbe la adquisición exclusiva de contenidos para esta modalidad de explotación, de acuerdo con lo siguiente:

Los contratos que la entidad resultante suscriba para la adquisición exclusiva de derechos de emisión en España de contenidos audiovisuales de terceros (de estreno y catálogo) para su emisión lineal, estarán sujetos a las siguientes condiciones:

La entidad resultante no podrá adquirir derechos de emisión en España de contenidos audiovisuales no deportivos de terceros para su emisión en Transaction video on demand-TVOD^[2] en régimen de exclusividad (ni total ni parcial) y sin excepciones.

[2] Permite acceder a los contenidos audiovisuales uno a uno mediante un pago individualizado.

Se considerará que también existe adquisición exclusiva cuando los contratos limiten a algún operador la explotación de los contenidos o limiten de alguna forma las modalidades de emisión, la calidad, los dispositivos utilizados o la lengua de emisión que pueden adquirir terceros. Tampoco se permitirá la inclusión en los contratos de

cláusulas que de una u otra forma permitan las exclusivas de facto (i.e. Cláusula de nación más favorecida).

Este compromiso afecta a todo tipo de contenidos (películas, series, documentales, tv movies, etc.), ventanas (estrenos y no estrenos) a todo tipo de proveedores (Majors y no Majors), a todas las tecnologías y dispositivos de emisión utilizados (cable, IPTV, internet, televisión, ordenadores, tabletas, móviles, etc.), a todos los tipos de calidades de emisión existentes o que puedan existir (SD, HD, Ultra-HD, 3-D, etc.) y a los idiomas en los que puede emitirse.

- (21) El compromiso “2.4 Adquisición de derechos de emisión en España de contenidos audiovisuales deportivos de terceros” establece determinadas limitaciones en cuanto al periodo de explotación en los contratos de adquisición de esta clase de contenidos, de acuerdo con lo siguiente:

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 (Lineal, SVOD o TVOD) no podrán permitir la explotación de los contenidos audiovisuales deportivos adquiridos más allá del plazo máximo de tres (3) años a contar desde la firma del contrato.

- (22) El compromiso “2.9 Oferta mayorista de canales de televisión propios”, obliga a la entidad resultante a poner a disposición de otros operadores de televisión de pago en España una oferta mayorista de canales propios *premium*, en los siguientes términos:

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

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

b) El plazo máximo para atender y hacer efectivas las solicitudes específicas de acceso a cada canal de la oferta mayorista será de un (1) mes desde la fecha de solicitud formal, con las excepciones contempladas en el Anexo 1 respecto a los canales de fútbol.

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

d) A estos efectos, se considera canal premium aquél que incluya algún contenido audiovisual no deportivo de estreno de los grupos empresariales denominados Majors^[3] sobre el que la entidad resultante disponga de derechos de emisión en exclusiva en España, tal como se ha definido en el apartado 2.2.a)^[4], o algún evento deportivo en directo de la Liga de Primera División de Fútbol, Copa de S.M. el Rey de Fútbol, Champions League de Fútbol, Europa League de Fútbol, Campeonato del

Mundo de Fútbol, Campeonato Mundial de Baloncesto, Fórmula 1, Moto GP y los Juegos Olímpicos, sobre el que la entidad resultante disponga de derechos de emisión en exclusiva en España.

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

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

En el caso en que la entidad resultante no sea titular de la totalidad de los derechos de emisión en España correspondientes a las competiciones de la Liga de Primera División de Fútbol y Copa de S.M. el Rey de Fútbol, no estará obligada a poner a disposición los derechos que disfrute a aquellos grupos empresariales que, siendo igualmente titulares de derechos de emisión en exclusiva en la misma competición y temporada, no cedan recíprocamente a la entidad resultante sus correspondientes derechos en condiciones equivalentes.

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

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

Sin perjuicio de lo anterior, la entidad resultante siempre debe permitir a cualquier operador de televisión de pago acceder a la explotación de canales ofrecidos dentro de su oferta mayorista, cuando estos canales contengan partidos de Liga de Primera División de Fútbol y Copa de S.M. el Rey de Fútbol. Estos canales computan de cara al cálculo del límite del 50% establecido en el párrafo anterior, que únicamente no será de aplicación cuando estos canales superen por sí mismos este límite de 50%. En el caso de que dos o más operadores de televisión de pago (cualquiera que sea la modalidad tecnológica de prestación: IPTV, OTT, TDT, DTH, etc.) mediante cualquier forma de asociación o acuerdo, coordinasen o complementasen de forma activa frente al consumidor final su oferta minorista de televisión de pago, la entidad resultante no vendrá obligada a ofrecer a la suma de esos operadores acceso a un número de canales superior al 50% (con redondeo al alza) del total de canales mayoristas ofertados.

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

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

La entidad resultante podrá excluir del canal contenidos propios, siempre y cuando no se deteriore significativamente la calidad del canal ofertado y se sustituyan dichos contenidos por otros de calidad suficiente de forma que no haya franjas horarias en negro.

g) La entidad resultante se abstendrá de firmar contratos de adquisición exclusiva de derechos de emisión en España de contenidos audiovisuales que contengan cláusulas que impidan o limiten vender en la oferta mayorista para el segmento residencial los canales editados con dichos contenidos en modalidad lineal o SVOD. En el supuesto de que alguno de los contratos de adquisición exclusiva de derechos de emisión en España de contenidos audiovisuales actualmente vigentes de la entidad resultante impida hacer efectiva la obligación de oferta mayorista mencionada, la entidad resultante deberá dar la opción a sus proveedores de renegociar los contratos afectados y eliminar dichas limitaciones en el plazo máximo de un (1) mes a contar desde que la resolución en segunda fase de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia en el expediente C/0612/14 sea firme en vía administrativa.

En el caso de que esta renegociación no fructifique, la entidad resultante ofrecerá en sus canales lineales objeto de la oferta mayorista dichos contenidos premium, incluyendo, en la medida en que lo permitan los contratos actualmente vigentes, dichos contenidos para catch-up, garantizando que así formen parte de la oferta mayorista.

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

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

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

En todo caso, los precios mayoristas de cada canal se deberán modificar en el caso de que sea necesario para asegurar que se permite la replicabilidad efectiva por terceros de las ofertas minoristas de dichos canales por la entidad resultante.

En este sentido, Telefónica tiene la obligación respecto a la oferta mayorista de cada uno de los canales propios premium de no incurrir en estrechamiento de márgenes y

de permitir la replicabilidad efectiva de las ofertas comerciales minoristas de la entidad resultante que incluyen cada uno de estos canales.

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

- Prorrogar la duración de dichos contratos hasta que haya transcurrido un (1) mes desde la fecha de lanzamiento de la primera oferta mayorista de la entidad resultante, momento a partir del cual la contraparte podrá adquirir los canales que la entidad resultante ponga a su disposición en el marco del presente compromiso de oferta mayorista; o

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

2.2. Información sobre los contratos suscritos

- (23) El Anexo 2 de los compromisos, en su apartado 2.1, recoge la información que la entidad resultante de la operación debe remitir a la CNMC en relación con los contratos de adquisición exclusiva de contenidos audiovisuales individuales o canales vigentes.
- (24) Con fecha 30 de mayo de 2018¹⁶ TELEFÓNICA envió los listados actualizados de los contratos vigentes a 30 de abril de 2018¹⁷, señalando altas/bajas, modificaciones o novaciones contractuales que se hubieran producido en los mismos respecto de los listados anteriores (actualizados a fecha 30 de abril de 2017). Con fecha 31 de mayo de 2018¹⁸ remitió copia de los contratos suscritos en ese periodo¹⁹. Con fecha 7 de junio de 2018 TELEFÓNICA remitió un escrito²⁰ y documentación de subsanación de parte de la información remitida en los dos escritos antes mencionados.

¹⁶ Folios 361-365.

¹⁷ A los efectos del presente expediente se han incorporado tres de los listados correspondientes al periodo 01/05/2017 a 30/04/2018, remitidos como anexos al escrito de TELEFÓNICA de 30 de mayo de 2018. Estos listados corresponden con el Anexo A.4 relativo a contratos de contenido deportivo (Folio 366), el Anexo B.1.c relativo a contratos de contenido no deportivo de la categoría 'Indies estrenos' (Folio 367) y el Anexo B.1.g relativo a contratos de contenido no deportivo de la categoría 'Documentales' (Folio 368).

¹⁸ Folio 369.

¹⁹ A los efectos del presente expediente se han incorporado quince de los contratos cuya copia fue remitida con el escrito de TELEFÓNICA de 31 de mayo de 2018. Folios 370-703.

²⁰ Folios 704-705.

- (25) Con fecha 30 de mayo de 2019²¹ TELEFÓNICA envió los listados²² actualizados de los contratos vigentes a 30 de abril de 2019, señalando altas/bajas, modificaciones o novaciones contractuales que se hubieran producido en los mismos respecto de los listados anteriores (actualizados a fecha 30 de abril de 2018). En esa misma fecha de 30 de mayo de 2019²³ remitió copia de los contratos suscritos en ese periodo²⁴.
- (26) Por último, a requerimiento de la Dirección de Competencia ²⁵, con fecha 16 de enero de 2020²⁶ TELEFÓNICA envió los listados²⁷ actualizados de los contratos vigentes a 15 de enero de 2020, señalando altas/bajas, modificaciones o novaciones contractuales que se hubieran producido en los mismos respecto de los listados anteriores (actualizados a fecha 30 de abril de 2019). Con fecha 17 de enero de 2020²⁸ remitió copia de los contratos suscritos en ese periodo²⁹.
- (27) Los contratos son suscritos entre Telefónica Audiovisual Digital SAU (empresa del grupo) y los proveedores. La explotación de los contenidos objeto de los contratos remitidos, ha sido realizada por Telefónica de España S.A.U. Los principales contenidos adquiridos han sido incorporados a los canales *premium* titularidad de TELEFÓNICA. TELEFÓNICA ha comercializado para el segmento residencial estos contenidos y los canales *premium* en el mercado minorista de la televisión de pago, así como en el mercado mayorista a través de la oferta mayorista de canales a que se refiere el compromiso 2.9 que se detalla en el apartado siguiente.
- (28) La presente resolución se refiere a los mencionados contratos de adquisición exclusiva de contenidos audiovisuales individuales suscritos en el periodo entre el 1 de mayo de 2017 y el 15 de enero de 2020.

²¹ Folios 894-897.

²² A los efectos del presente expediente se han incorporado tres de los listados correspondientes al periodo 01/05/2018 a 30/04/2019, remitidos como anexos al escrito de TELEFÓNICA de 30 de mayo de 2019. Estos listados corresponden con el Anexo 5.1 relativo a contratos de contenido deportivo (Folio 898), el Anexo B.1.c relativo a contratos de contenido no deportivo de la categoría Indies estrenos (Folio 899) y el Anexo B.1.g relativo a contratos de contenido no deportivo de la categoría documentales (Folio 900).

²³ Folio 901.

²⁴ A los efectos del presente expediente se han incorporado veinticinco de los contratos cuya copia fue remitida con el escrito de TELEFÓNICA de 30 de mayo de 2019. Folios 902-1438.

²⁵ Folios 1704-1705.

²⁶ Folios 1706-1707.

²⁷ A los efectos del presente expediente se han incorporado dos de los listados correspondientes al periodo 01/05/2019 a 15/01/2020, remitidos como anexos al escrito de TELEFÓNICA de 16 de enero de 2020. Estos listados corresponden con el Anexo B.1.c relativo a contratos de contenido no deportivo de la categoría Indies estrenos (Folio 1708) y el Anexo B.1.g relativo a contratos de contenido no deportivo de la categoría documentales (Folio 1709).

²⁸ Folios 1710-1711.

²⁹ A los efectos del presente expediente se han incorporado veintiuno de los contratos cuya copia fue remitida con el escrito de TELEFÓNICA de 17 de enero de 2020. Folios 1712-2047.

2.3. Información sobre las ofertas mayoristas

- (29) El compromiso 2.9 obliga a la entidad resultante a poner a disposición de otros operadores de televisión de pago en España (incluidos los OTT) una oferta mayorista de canales propios *premium*, que incluirá no solo canales lineales con contenidos *premium*, sino también los asimilados que emitan este tipo de contenidos en modalidad no lineal SVOD. En el Anexo 1, apartado 1, se establecen los principios y términos que deben regir la determinación preliminar del precio de cada canal en la oferta mayorista y en sus apartados 3 y 4 se recogen determinadas obligaciones relativas a las condiciones tipo y particulares para cada canal y otras cuestiones. Las obligaciones de información periódica en relación con este compromiso se detallan en el Anexo 2, apartado 2.2, de los compromisos.
- (30) La presente resolución se refiere a las ofertas mayoristas de canales *premium* de 2017, 2018 y 2019 (tercera, cuarta y quinta oferta mayorista, respectivamente).

2.3.1. Tercera oferta mayorista de canales (2017)

- (31) Con fecha 3 de julio de 2017³⁰ TELEFÓNICA remitió a la CNMC las condiciones tipo de la tercera oferta mayorista de canales comercializada por TELEFÓNICA en calidad de entidad oferente, junto con un modelo de carta de aceptación, un anexo técnico (Oferta de Referencia de los Servicios de Conectividad de TV y Oferta de Referencia del Servicio de Entrega de canales), así como las condiciones particulares de cuatro canales titularidad de TELEFÓNICA (*Movistar Partidazo*, *Movistar Estrenos*, *Movistar Series* y *Movistar Series Xtra*). Dicha oferta fue notificada a los operadores el 30 de junio de 2017.
- (32) Los periodos de vigencia de estos canales en la temporada 2017/2018 fueron:
- *Movistar Series Xtra*, disponible desde el 1 de agosto de 2017 hasta el 31 de julio de 2018.
 - *Movistar Series*, desde el 1 de agosto de 2017 hasta el 31 de julio de 2018.
 - *Movistar Estrenos*, desde el 1 de agosto de 2017 hasta el 31 de julio de 2018.
 - *Movistar Partidazo*, un (1) año a contar desde la fecha de comienzo de la temporada 2017/2018 del Campeonato Nacional de Liga de Fútbol Profesional.
- (33) El 30 de noviembre de 2017 TELEFÓNICA emitió una comunicación respecto de las condiciones particulares del Anexo del Canal *Movistar Moto GP*, que se pusieron a disposición de los operadores de TV de pago³¹.

³⁰ Folios 85-184.

³¹ Folios 188-196.

- (34) El 17 de enero de 2018 TELEFÓNICA emitió una comunicación respecto de las condiciones particulares del Anexo del Canal *Movistar Fórmula 1*³² que se ponen a disposición de los operadores de televisión de pago.
- (35) Las cartas de aceptación por parte de los operadores de televisión de pago de la oferta mayorista de canales *premium* fueron remitidas por TELEFÓNICA a la CNMC con fechas 29 de agosto de 2017³³, 12 de diciembre de 2017³⁴, 2 de enero de 2018³⁵, y 16 de febrero de 2018³⁶.
- (36) Los canales que finalmente fueron adquiridos en la temporada 2017/2018 fueron *Movistar Series*, *Movistar Series Xtra*, *Movistar Estrenos* y el canal *Movistar Partidazo*. Los canales *Fórmula 1* y *Moto GP* no fueron adquiridos por ningún operador.
- (37) En la siguiente tabla se resume la contratación de canales de la tercera oferta mayorista:

Tabla 1. Tercera oferta mayorista de canales (Julio 2017)

TERCERA OFERTA MAYORISTA DE CANALES (JULIO 2017)	
Canales	Operadores
<i>Movistar Partidazo</i>	Vodafone, Orange, Mediapro
<i>Movistar Estrenos</i>	Euskaltel, Telecable, R Cable, Aire
<i>Movistar Series</i>	Vodafone, Orange, Euskaltel, Telecable, R Cable, Fubo TV, Aire
<i>Movistar Series Xtra</i>	Vodafone, Orange, Euskaltel, Telecable, R Cable, Fubo TV, Aire
<i>Movistar Fórmula 1</i>	
<i>Movistar Moto GP</i>	

Fuente: Elaboración propia con información suministrada por TELEFÓNICA

2.3.2. Cuarta oferta mayorista de canales (2018)

- (38) Con fecha 2 de julio de 2018³⁷, TELEFÓNICA remitió a la CNMC copia de las condiciones tipo de la cuarta oferta mayorista de canales comercializada por TELEFÓNICA en calidad de entidad oferente, junto con un modelo de carta de

³² Folios 202-213.

³³ Folios 185-187.

³⁴ Folios 197-198.

³⁵ Folios 199-201.

³⁶ Folios 214-215.

³⁷ Folios 712-830.

aceptación, un anexo técnico (Oferta de Referencia de los Servicios de Conectividad de TV y Oferta de Referencia del Servicio de Entrega de canales), así como las condiciones particulares de cinco canales titularidad de TELEFÓNICA (*Movistar Champions, Movistar Partidazo, Movistar Estrenos, Movistar Series, y Fórmula 1*). Dicha oferta fue notificada a los operadores el 30 de junio de 2018.

- (39) Los periodos de vigencia de estos canales en la temporada 2018/2019 fueron:
- *Movistar Liga de Campeones*, durante el plazo de doce (12) meses a contar desde la fecha del lanzamiento comercial del Canal por parte de TELEFÓNICA, que, en la medida de lo posible y sujeto a la autorización por parte de la UEFA, tendría lugar antes del inicio efectivo de la retransmisión de los partidos de las citadas competiciones UEFA.
 - *Movistar Partidazo*, de un (1) año a contar desde la fecha de comienzo de la temporada 2018/2019 del Campeonato Nacional de Liga de Fútbol Profesional.
 - *Movistar Estrenos*, de 1 de agosto de 2018 a 31 de julio de 2019.
 - *Movistar Series*, de 1 de agosto de 2018 a 31 de julio de 2019.
 - *Fórmula 1*, que estaría disponible hasta el 31 de diciembre de 2018.
- (40) Las cartas de aceptación por parte de los operadores de televisión de pago de la oferta mayorista de canales *premium* fueron remitidas por TELEFÓNICA a la CNMC con fechas 30 de julio de 2018³⁸ y 13 de agosto de 2018³⁹.
- (41) El 3 de diciembre de 2018 TELEFÓNICA envió las condiciones particulares del canal *Fórmula 1*⁴⁰ para la temporada de 2019.
- (42) Los canales *premium* de fútbol fueron adquiridos por Orange. El canal *Fórmula 1* no fue adquirido por ningún operador.
- (43) En la siguiente tabla se resume la contratación de canales de la cuarta oferta mayorista:

³⁸ Folios 859-878.

³⁹ Folios 879-881.

⁴⁰ Folios 882-893.

Tabla 2. Cuarta oferta mayorista de canales (Julio 2018)

CUARTA OFERTA MAYORISTA DE CANALES (JULIO 2018)	
Canales	Operadores
<i>Movistar Liga de Campeones</i>	Orange
<i>Movistar Partidazo</i>	Orange
<i>Movistar Estrenos</i>	Vodafone, Euskaltel, Telecable, R Cable, Aire
<i>Movistar Series</i>	Vodafone, Orange, Euskaltel, Telecable, R Cable, Fubo TV, Aire
<i>Movistar Fórmula 1</i>	

Fuente: Elaboración propia con información suministrada por TELEFÓNICA

2.3.3. Quinta oferta mayorista de canales (2019)

- (44) Con fecha 2 de julio de 2019⁴¹, TELEFÓNICA remitió a la CNMC copia de las condiciones tipo de la quinta oferta mayorista de canales comercializada por TELEFÓNICA en calidad de entidad oferente, junto con un modelo de carta de aceptación, un anexo técnico (Oferta de Referencia de los Servicios de Conectividad de TV y Oferta de Referencia del Servicio de Entrega de canales), así como las condiciones particulares de cinco canales titularidad de TELEFÓNICA (*Movistar Series*, *Movistar Estrenos*, *Movistar LaLiga*, *Movistar Liga de Campeones*, *Movistar Fórmula 1*). Dicha oferta fue notificada a los operadores el 24 de junio de 2019.
- (45) Los periodos de vigencia establecidos inicialmente para estos canales para la temporada 2019/2020 son:
- *Movistar Estrenos*, desde el 1 de agosto de 2019 hasta el 31 de julio de 2020.
 - *Movistar LaLiga*, que tendrá una vigencia de un (1) año a contar desde la fecha de comienzo de la temporada 2019/2020 del Campeonato Nacional de Liga de Fútbol Profesional.
 - *Movistar Liga de Campeones*, que estará vigente durante el plazo de doce (12) meses a contar desde el 14 de agosto de 2019.
 - *Movistar Series*, desde el 1 de agosto de 2019 hasta el 31 de julio de 2020.
 - *Movistar Formula 1*, que estará disponible hasta el 31 de diciembre de 2019.

⁴¹ Folios 1439-1569.

- (46) Las cartas de aceptación por parte de los operadores de televisión de pago de la oferta mayorista de canales *premium* fueron remitidas por TELEFÓNICA a la CNMC con fechas 11 de julio de 2019⁴² y 1 y 2 de agosto de 2019⁴³.
- (47) En la siguiente tabla se resume la contratación de canales de la quinta oferta mayorista:

Tabla 3. Quinta oferta mayorista de canales (Julio 2019)

QUINTA OFERTA MAYORISTA DE CANALES (JULIO 2019)	
Canales	Operadores
<i>Movistar La Liga</i>	Orange, Mediaset
<i>Movistar Liga de Campeones</i>	Orange, Mediaset
<i>Movistar Estrenos</i>	Vodafone, Grupo Euskaltel ⁴⁴ , Aire
<i>Movistar Series</i>	Vodafone, Orange, Grupo Euskaltel, Fubo TV, Aire
<i>Movistar Fórmula 1</i>	

Fuente: Elaboración propia con información suministrada por TELEFÓNICA

2.4. Compromiso 2.1.b

- (48) El compromiso 2.1.b) relativo a las condiciones de adquisición exclusiva de derechos de emisión en España de contenidos audiovisuales no deportivos de terceros para su emisión lineal establece que:

“El periodo máximo de explotación de los derechos de emisión en España de los contenidos no deportivos de terceros para emisión lineal será de dos (2) años a contar desde la fecha de puesta a disposición de los mismos, que deberá comenzar dentro del plazo de tres (3) años de duración del correspondiente contrato anteriormente mencionado. En el caso de las series, se considerará que cada temporada equivale a un contenido, de forma que los capítulos de una temporada deberán emitirse en un plazo máximo de dos (2) años a contar desde la fecha de puesta a disposición del primer capítulo de esa temporada.”

- (49) En el análisis realizado de las relaciones de contratos y la copia de contratos aportados por TELEFÓNICA para el período entre el 1 de mayo de 2017 y el 15 de enero de 2020, se han observado dos casos de contenidos correspondientes a la categoría documentales en los que se ha superado el plazo máximo de

⁴² Folios 1570-1577.

⁴³ Folios 1578-1611.

⁴⁴ Grupo EUSKALTEL formado por Euskaltel S.A. y R Cable y Telecable Telecomunicaciones S.A.U. (antigua sociedad R Cable y Telecomunicaciones Galicia S.A.U. como resultado de la operación de fusión por absorción de Telecable de Asturias S.A.U., con fecha 1 de julio de 2019).

explotación de 24 meses señalado en el compromiso 2.1.b). Los contratos y los contenidos identificados son los siguientes⁴⁵:

[INICIO CONFIDENCIAL EXCEPTO PARA TELEFÓNICA



Proveedor	Contenido adquirido	Inicio periodo de derechos de emision	Fin periodo de derechos de emision	Exceso plazo 2 años (días)	Folio listado	Folios contrato

FIN CONFIDENCIAL EXCEPTO PARA TELEFÓNICA]

2.5. Compromiso 2.2.a

(50) Como se ha señalado, el compromiso 2.2.a) establece determinadas limitaciones en cuanto a la exclusividad en los contratos de adquisición de derechos de emisión en España de contenidos audiovisuales no deportivos de terceros para su emisión en SVOD.

(51) Estas limitaciones se concretan en aspectos diferentes.

(52) En primer lugar, se establece⁴⁶:

“Únicamente se permitirá la adquisición exclusiva de derechos de emisión en España de contenidos audiovisuales no deportivos de terceros para su emisión en SVOD de los contenidos audiovisuales de estreno. A estos efectos, se definen los contenidos audiovisuales de estreno como aquéllos para los que no hayan transcurridos más de veinticuatro (24) meses desde su primera comunicación pública en España en cualquier tipo de soporte o canal.”

(53) En segundo lugar, se establece que

“Los derechos de emisión en España de contenidos audiovisuales no deportivos de terceros no considerados de estreno, no podrán ser adquiridos en exclusividad (ni total ni parcial), sin excepciones.”

(54) Por último, se precisa

“Se considerará que también existe adquisición exclusiva cuando los contratos limiten a algún operador de televisión de pago la explotación de los contenidos o limiten de alguna forma las modalidades de emisión, la calidad, los dispositivos utilizados o la lengua de emisión que pueden adquirir terceros. Tampoco se permitirá

⁴⁵ Estos contratos incumplen asimismo el compromiso 2.2.c y son los mismos que los señalados en el apartado correspondiente a este compromiso.

⁴⁶ Esta obligación se encuentra asimismo recogida en el compromiso 2.2.c.

la inclusión en los contratos de cláusulas que de una u otra forma permitan las exclusivas de facto (i.e. Cláusula de nación más favorecida).”

- (55) En el análisis realizado de las relaciones de contratos y la copia de los mismos aportados por TELEFÓNICA para el período entre el 1 de mayo de 2017 y el 15 de enero de 2020, se han observado quince casos de adquisición exclusiva de derechos de emisión en SVOD de contenidos que no tenían la condición de contenidos de estreno por haberse superado el plazo de 24 meses desde su estreno en España señalado en el compromiso 2.2.a).
- (56) Por una parte, se han identificado seis casos de contenidos, todos ellos correspondientes a un mismo contrato, que corresponden a contenidos que no tendrían la consideración de contenido de estreno en el momento de suscripción del contrato, por haberse superado en esa fecha el plazo de 24 meses desde su estreno en España. En estos casos se ha explotado el contenido sin tener la consideración de contenido de estreno durante todo el periodo de derechos de emisión exclusiva contratado. El contrato y los contenidos identificados son los siguientes:

[INICIO CONFIDENCIAL EXCEPTO PARA TELEFÓNICA

Proveedor	Título	Fecha estreno/primer comunicación pública en España	Fecha contrato	Fin periodo de derechos de emisión exclusivos	Exceso 2 años desde f. estreno a f. contrato (días)	Exceso 2 años desde f. estreno a f. fin derechos (días)	Folio listado	Folio contrato
[Redacted content]								

FIN CONFIDENCIAL EXCEPTO PARA TELEFÓNICA]

- (57) Por otra parte, en otros nueve casos, los contenidos adquiridos en exclusiva tenían la consideración de contenidos de estreno en la fecha de suscripción del contrato, por no haber transcurrido 2 años desde la fecha de su primera comunicación pública en España, si bien se ha excedido el plazo máximo de explotación exclusiva durante el periodo de derechos de emisión contratado. De esta manera la fecha de fin del periodo de explotación exclusiva ha superado el plazo de 24 meses desde su primera comunicación pública en España. Los contratos y los contenidos identificados son los siguientes⁴⁷:

[INICIO CONFIDENCIAL EXCEPTO PARA TELEFÓNICA

⁴⁷ Esta limitación se encuentra asimismo recogida en el compromiso 2.2.c).
Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia
C/ Alcalá, 47 – 28014 Madrid - C/ Bolivia, 56 – 08018 Barcelona
www.cnmc.es

Proveedor	Título	Fecha contrato	Fecha estreno/primera comunicación pública en España	Fin periodo de derechos de emisión exclusivos	Exceso plazo 2 años (días)	Folio listado	Folio contrato

[FIN CONFIDENCIAL EXCEPTO PARA TELEFÓNICA]

- (58) En el caso del contenido ‘#Female Pleasure’, TELEFÓNICA ha informado que con fecha 14 de abril de 2021⁴⁸ comunicó al proveedor que renunciaría a la exclusividad respecto de la explotación de los derechos de SVOD de la obra a partir del 23 de mayo de 2021.
- (59) Por último, se ha comprobado que en un caso de adquisición de derechos exclusivos que incluye la modalidad de explotación exclusiva SVOD, se incluye una cláusula en el contrato que recoge limitaciones que se exigen al titular de los derechos para que explote o comercialice los derechos a terceros en dicha modalidad SVOD una vez finalizado el periodo de exclusividad, en particular en lo que hace referencia al precio de venta de los citados derechos. El contrato es el siguiente:

[INICIO CONFIDENCIAL EXCEPTO PARA TELEFÓNICA]

Proveedor	Títulos	Fecha estreno/primera comunicación pública	Fecha contrato	Fin de derechos	Folio listado	Folio contrato

[FIN CONFIDENCIAL EXCEPTO PARA TELEFÓNICA]



- (60) En concreto dicha cláusula señala:

[INICIO CONFIDENCIAL EXCEPTO PARA TELEFÓNICA]

⁴⁸ Escrito de TELEFÓNICA de 22 de abril de 2021 (Folios 2408-2411).
Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia
C/ Alcalá, 47 – 28014 Madrid - C/ Bolivia, 56 – 08018 Barcelona
www.cnmc.es



FIN CONFIDENCIAL EXCEPTO PARA TELEFÓNICA]


- (61) Dicha cláusula exige por tanto que la venta de los derechos no exclusivos para la modalidad SVOD se realice [CONFIDENCIAL  ].

2.6. Compromiso 2.2.c

- (62) El compromiso 2.2.c) establece determinadas limitaciones en cuanto al periodo de explotación en los contratos de adquisición exclusiva de derechos de emisión en España de contenidos audiovisuales no deportivos de terceros para su emisión en SVOD. Se exige que *“El periodo de explotación de los contratos de adquisición exclusiva de derechos de emisión en España de contenidos audiovisuales no deportivos de estreno de terceros para su emisión en SVOD estará sujeto a los límites temporales descritos en el epígrafe 2.1.b)”*, es decir de dos (2) años a contar desde la fecha de puesta a disposición de los mismos, en las condiciones señaladas en el compromiso 2.1.b).
- (63) Por otra parte, reiterando lo señalado en el compromiso 2.2.a, se señala que la limitación anterior es *“sin perjuicio de que el periodo de explotación exclusiva no podrá superar el plazo de veinticuatro (24) meses a contar desde su primera comunicación pública en España.”*
- (64) En el análisis realizado de las relaciones de contratos y la copia de los contratos aportados por TELEFÓNICA para el período entre el 1 de mayo de 2017 y el 15 de enero de 2020, se han observado dos casos de contenidos correspondientes a la categoría documentales en los que se ha superado el plazo máximo de explotación de 2 años a contar desde la fecha de puesta a disposición de los mismos señalado en el compromiso 2.2.c). Los contratos y los contenidos identificados son los siguientes⁴⁹:

[INICIO CONFIDENCIAL EXCEPTO PARA TELEFÓNICA

⁴⁹ Estos contratos incumplen asimismo el compromiso 2.1.b y son los mismos que los señalados en el apartado correspondiente a este compromiso.



Proveedor	Contenido adquirido	Inicio periodo de derechos de emision	Fin periodo de derechos de emision	Exceso plazo 2 años (días)	Folio listado	Folios contrato

[FIN CONFIDENCIAL EXCEPTO PARA TELEFÓNICA]

2.7. Compromiso 2.3

(65) El compromiso 2.3 establece:

“La entidad resultante no podrá adquirir derechos de emisión en España de contenidos audiovisuales no deportivos de terceros para su emisión en Transaction video on demand-TVOD en régimen de exclusividad (ni total ni parcial) y sin excepciones.”

(66) En el análisis realizado de las relaciones de contratos y la copia de los contratos aportados por TELEFÓNICA para el período entre el 1 de mayo de 2017 y el 15 de enero de 2020, se observa la compra de derechos de emisión exclusivos que incluyen la modalidad TVOD en diversos contratos de adquisición de contenidos cinematográficos de estreno con productoras independientes “*estreno indies*”.

(67) Estos contratos de la categoría “*estreno indies*”, responden en su mayor parte a un modelo de contrato en el que se señala lo siguiente en cuanto a los derechos adquiridos y el carácter exclusivo de los mismos:

[INICIO CONFIDENCIAL EXCEPTO PARA TELEFÓNICA]



FIN CONFIDENCIAL EXCEPTO PARA TELEFÓNICA]

- (68) De acuerdo con dichas cláusulas, en los contratos correspondientes se adquiere derechos para las modalidades de explotación SVOD, PPV, NVOD y TVOD. Los derechos adquiridos serían en exclusiva durante el periodo total de licencia, excepto para la explotación en modalidad PPV, NVOD y/o TVOD que no serían exclusivos durante los 12 meses siguientes a su primera emisión en España (estreno en salas cinematográficas o en soporte DVD).
- (69) Con todo ello, en aquellos casos en que se adquieren contenidos exclusivos que incluyen estas cláusulas y que se refieren a derechos que son licenciados para un periodo que exceda 12 meses desde la primera exhibición del contenido, se estarían adquiriendo derechos exclusivos en modalidad TVOD durante la parte del periodo de explotación acordado que excede de los citados 12 meses desde la fecha de primera exhibición recogidos en la cláusula mencionada.
- (70) En el cuadro siguiente se recoge una selección significativa con varios ejemplos de contratos de la categoría “*estreno indie*” de diversos proveedores remitidos por TELEFÓNICA en el periodo considerado y que contemplan adquisición de derechos en modalidad TVOD conforme a lo señalado en los párrafos anteriores.

[INICIO CONFIDENCIAL EXCEPTO PARA TELEFÓNICA

Proveedor	Titulo	Fecha estreno/ primera comunicación pública	Fecha contrato	Inicio Periodo derechos excusivos TVOD *	Fin periodo de derechos de emision exclusivos	Duracion explotacion exclusiva TVOD (dias)	FOLIO LISTAD O	FOLIO CONTRATO
[REDACTED]								

FIN CONFIDENCIAL EXCEPTO PARA TELEFÓNICA]

- (71) En lo que se refiere a los contratos correspondientes a documentales, el cuadro siguiente recoge dos contenidos de la categoría “*documentales*” para los que se han adquirido, en las condiciones señaladas anteriormente, contenidos exclusivos para su explotación en modalidad TVOD.

[INICIO CONFIDENCIAL EXCEPTO PARA TELEFÓNICA

Proveedor	Título	Fecha estreno/ primera comunicación pública	Fecha contrato	Inicio Periodo derechos exclusivos TVOD *	Fin periodo de derechos de emisión exclusivos	Duración explotación exclusiva TVOD (días)	FOLIO LISTAD O	FOLIO CONTRATO

FIN CONFIDENCIAL EXCEPTO PARA TELEFÓNICA]

- (72) TELEFÓNICA ha aportado una serie de comunicaciones a sus proveedores de fecha 9 de abril de 2021 renunciando a sus exclusividades en lo que se refiere a la explotación de contenidos en la modalidad TVOD en casos en que los derechos continuaban vigentes⁵¹. Señala TELEFÓNICA en el mencionado escrito⁵²:

“Telefónica ha procedido a renunciar de forma unilateral y sin contraprestación al holdback en cuestión respecto de la totalidad de los títulos que, a la fecha de las presentes alegaciones, estuviera aún en vigor, de manera que durante el periodo de licencia restante serán explotados con carácter no exclusivo”.

2.8. Compromiso 2.4

- (73) El compromiso 2.4 señala

“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 (Lineal, SVOD o TVOD) no podrán permitir la explotación de los contenidos audiovisuales deportivos adquiridos más allá del plazo máximo de tres (3) años a contar desde la firma del contrato.”

- (74) En el análisis realizado de las relaciones de contratos y la copia de los contratos aportados por TELEFÓNICA para el período entre el 1 de mayo de 2017 y el 15 de enero de 2020, se han identificado nueve contratos de adquisición de derechos para emitir en exclusiva derechos de explotación de competiciones deportivas, recogidos en el cuadro siguiente, que han superado el plazo máximo de explotación establecido en el compromiso 2.4.

[INICIO CONFIDENCIAL EXCEPTO PARA TELEFÓNICA

⁵¹ En 3 documentos anexos a su escrito de 22 de abril de 2021 (Folios 2368-2477, 2478-2619, 2620-2761).

⁵² Folio 2315.

Contenido adquirido	Fecha de contrato	Fecha 3 años desde firma contrato	Fin Derechos	Exceso periodo 3 años desde fecha firma (días)	Folios
[REDACTED]	[REDACTED]	[REDACTED]	[REDACTED]	[REDACTED]	[REDACTED]
[REDACTED]	[REDACTED]	[REDACTED]	[REDACTED]	[REDACTED]	[REDACTED]
[REDACTED]	[REDACTED]	[REDACTED]	[REDACTED]	[REDACTED]	[REDACTED]
[REDACTED]	[REDACTED]	[REDACTED]	[REDACTED]	[REDACTED]	[REDACTED]

FIN CONFIDENCIAL]

- (75) Los 3 contratos con la Liga Nacional de Fútbol Profesional (LALIGA) para las temporadas 2019/20 a 2021/22 comprenden los derechos siguientes: (i) Lote 4⁵³, que comprende un partido de cada jornada de Primera División, en abierto o de pago, en exclusiva, en primera selección; los seis partidos de la fase de ascenso a Primera División (*play-offs*), en abierto o de pago, en no exclusiva y resúmenes de todos los partidos de Primera y Segunda División en no exclusiva; (ii) Lote 5⁵⁴: Canal *LaLiga Primera* o su contenido equivalente, que comprende ocho partidos de cada jornada de Primera División de pago, en exclusiva, en tercera selección; los seis partidos de la fase de ascenso a Primera División (*play-offs*) de pago, en no exclusiva y resúmenes de todos los partidos de Primera y Segunda División en no exclusiva; (iii) Lote 6⁵⁵: Canal *LaLiga Segunda* o su contenido equivalente: los once (11) partidos de cada jornada de Segunda División de pago, en exclusiva; los seis (6) partidos de la fase de ascenso a Primera División (*play-offs*) de pago, en no exclusiva, y resúmenes de todos los partidos de Segunda División en no exclusiva.
- (76) Se establece en los tres casos (cláusula Cuarta “Duración”) que el contrato “entrará en vigor desde el día de su firma y extenderá su vigencia durante las temporadas 2019/2020 a 2021/2022, es decir, hasta el fin de la última temporada”. La firma del contrato relativo al Lote 4 (Partidazo de Primera División) y al Lote 5 (8 partidos de Primera División) es de 5 de julio de 2018; en el caso del Lote 6 (segunda división) el contrato es de 11 de enero de 2019.

⁵³ Folios 908-943.

⁵⁴ Folios 944-979.

⁵⁵ Folios 980-1025.

- (77) TELEFÓNICA recoge en su escrito de 22 de abril de 2021⁵⁶ que la finalización de los derechos adquiridos en dichos lotes (fin de la temporada 2021/2022), se producirá el 30 de junio de 2022.
- (78) En el caso del contrato de 7 de noviembre de 2018 por el que se adquieren los derechos exclusivos de tenis *ATP Masters 1000* y *ATP 500* en los años 2019, 2020 y 2021⁵⁷, el período inicial de dichos derechos finaliza el 31 de diciembre de 2021. Además, se incluye en dicho contrato⁵⁸ la previsión de que los vendedores de los derechos (ATP y ATP MEDIA) puedan a su exclusiva voluntad extender el periodo de estos derechos por dos periodos de un año adicional cada uno de ellos, pudiendo extenderse en consecuencia el periodo de explotación de dichos derechos hasta el 31 de diciembre de 2023, y quedando por tanto el grupo Telefónica obligado a adquirirlos, a cambio un precio en cada uno de dichos años adicionales ya determinado en el propio contrato.

2.9. Compromiso 2.9.e

- (79) El compromiso 2.9.e) establece:
- “Cada uno de los canales propios Premium de la entidad resultante estará disponible para su contratación a la carta por parte de los clientes finales de la entidad resultante en su plataforma IPTV de televisión de pago en la que se oferten estos canales. Esta contratación a la carta se debe ofrecer, al menos, a los clientes finales del paquete de televisión de pago básico más contratado en la plataforma IPTV de televisión de pago de la entidad resultante.”*
- (80) El presente procedimiento se refiere al cumplimiento de este compromiso en el periodo comprendido entre el 8 de julio de 2017 y el 30 de junio de 2019, fecha del fin de la vigencia de la cuarta oferta mayorista.
- (81) La resolución de vigilancia del consejo de la CNMC de 22 de mayo de 2018⁵⁹ consideró acreditado que TELEFÓNICA no había facilitado la comercialización a nivel minorista de los canales *premium* a la carta en el paquete básico más contratado (*Fusión+*). El incumplimiento del compromiso 2.9.e) se habría producido en relación con los canales de la primera y segunda oferta mayoristas de julio de 2015 y julio 2016.
- (82) Asimismo, en esta resolución se requirió a TELEFÓNICA⁶⁰
- “[Q]ue permita la contratación a la carta de los canales premium de su oferta mayorista por sus clientes finales del paquete de televisión de pago básico más*

⁵⁶ Folio 2321.

⁵⁷ Folios 1092-1101.

⁵⁸ Folio 1092.

⁵⁹ Folios 216-360.

⁶⁰ Folio 359.

contratado en la plataforma IPTV de televisión de pago, por las mismas vías en las que estos canales se comercializan de forma empaquetada a estos clientes”.

- (83) Igualmente, se le requería en el Resuelve Segundo de la resolución para que, con carácter quincenal, informase del estado del cumplimiento de esta obligación.
- (84) En el escrito de 22 de junio de 2018⁶¹, TELEFÓNICA indica:⁶²
- “Que ha procedido a la modificación de las fichas de producto para que permitan la contratación a la carta de los canales premium de la oferta mayorista de Telefónica por sus clientes finales del paquete de televisión de pago básico más contratado en la plataforma IPTV de televisión de pago, por las mismas vías en las que estos canales se comercializan de forma empaquetada a estos clientes. Asimismo, el área de Canal Online está analizando los desarrollos técnicos necesarios para la automatización de la contratación de dichos canales a la carta en la web de mi representada.”*
- (85) En la respuesta de 6 de julio de 2018⁶³ se señala por TELEFÓNICA⁶⁴
- “Mi representada está analizando los desarrollos técnicos y comerciales necesarios para adecuar la contratación a la carta de los canales premium en las plataformas requeridas y acondicionar su disponibilidad, también, respecto de la nueva oferta mayorista de canales que Telefónica comunicó a los operadores de Televisión de Pago el 30 de junio de 2018 y que entra en vigor el próximo 1 de agosto 2018.”*
- (86) En el escrito de 23 de julio de 2018⁶⁵ TELEFÓNICA indica: *“Sobre esta cuestión, desde el 23 de julio de 2018 los clientes pueden contratar los canales a la carta premium de la oferta mayorista de Telefónica en el paquete de televisión de pago básico más contratado en la plataforma IPTV de televisión de pago a través del Canal Presencial (tiendas) y Canal telefónico (1004). A esos efectos se ha comunicado a la red de ventas de las tiendas de Telefónica como novedad que los comerciales deben de tramitar estos canales a la carta premium cuando el cliente lo solicite y que ya no debe remitirle al Canal Online (operativa anterior)”⁶⁶. “Asimismo, desde el 23 de julio de 2018 está disponible a través del mando de la televisión de Telefónica los canales premium a la carta, en la sección del menú relativa a la contratación de paquetes y del resto de canales a la carta (“mi cuenta”)⁶⁷. “Con respecto al Canal Online, desde el 23 de julio un cliente puede contratar los canales a la carta premium de Telefónica,*

⁶¹ Folios 706-711.

⁶² Folio 710.

⁶³ Folios 831-838.

⁶⁴ Folio 836.

⁶⁵ Folios 839-858.

⁶⁶ Folio 851.

⁶⁷ Folio 855.

<http://www.movistar.es/particulares/television/otros-canalesstv>, sin que sea a través de una venta asistida”⁶⁸.

- (87) A partir del 1 de julio de 2017 entró en vigor la tercera oferta mayorista. TELEFÓNICA indica en su escrito de 22 de abril de 2021⁶⁹ que la oferta básica más contratada fue la del producto “Fusión+ Fútbol”. Según TELEFÓNICA, ésta habría sido la oferta básica más contratada “entre junio de 2017 y 24 de enero de 2020”.
- (88) TELEFÓNICA no permitió, como resulta de la información aportada el 23 de julio de 2018, que sus clientes de Fusión durante el periodo entre el 9 de julio de 2017 y el 23 de julio de 2018 dispusieran de la oportunidad efectiva de contratar a la carta desde la plataforma IPTV, incluido desde el producto básico Fusión más contratado, ninguno de los canales minoristas incluidos en la oferta mayorista, en unas condiciones similares a las disponibles para contratar cualquier otro empaquetamiento Fusión+.

2.10. Compromiso 2.9.f

- (89) El compromiso 2.9.f) establece limitaciones sobre el número de canales que pueden ser adquiridos por operadores de televisión de pago en cada oferta mayorista y las condiciones en las que se pueden ofertar versiones adaptadas de dichos canales. En concreto, se prevé:

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

Sin perjuicio de lo anterior, la entidad resultante siempre debe permitir a cualquier operador de televisión de pago acceder a la explotación de canales ofrecidos dentro de su oferta mayorista, cuando estos canales contengan partidos de la Liga de Primera División de Fútbol y Copa de S.M. el Rey de Fútbol. Estos canales computan de cara al límite del 50% establecido en el párrafo anterior, que únicamente no será de aplicación cuando estos canales superen por sí mismos este límite de 50%.

En el caso de que dos o más operadores de televisión de pago (cualquiera que sea la modalidad tecnológica de prestación: IPTV, OTT, TDT, DTH, etc.) mediante cualquier forma de asociación o acuerdo, coordinasen o complementasen de forma activa frente al consumidor final su oferta minorista de televisión de pago, la entidad resultante no vendrá obligada a ofrecer a la suma de esos operadores acceso a un número de canales superior al 50% (con redondeo al alza) del total de canales mayoristas ofertados.

Se podrá poner a disposición de terceros versiones adaptadas de sus canales, siempre que estas versiones no se vean privadas de ninguno de los contenidos

⁶⁸ Folio 856.

⁶⁹ Folio 2325.

audiovisuales de terceros incluidos en el canal ni alteren la modalidad de emisión (...), y sin que se modifiquen las franjas horarias en el caso de los canales lineales. Las autopromociones y las campañas publicitarias de los servicios minoristas de la entidad resultante o de terceros operadores de televisión de pago se excluirán del canal si el operador de televisión de pago que lo adquiere así lo solicita. La entidad resultante podrá excluir del canal contenidos propios, siempre y cuando no se deteriore significativamente la calidad del canal ofertado y se sustituyan dichos contenidos por otros de calidad suficiente de forma que no haya franjas horarias en negro.”

- (90) En lo que se refiere a lo señalado en el tercer párrafo del compromiso 2.9.f), la Dirección de Competencia recibió el 14 de octubre de 2019 un escrito⁷⁰ remitido por la compañía Perform Media Spain S.L.U. (DAZN) denunciando, entre otras cuestiones, un posible incumplimiento por parte de TELEFÓNICA del compromiso 2.9.f), incumplimiento que derivaría, según DAZN, de la ampliación por la redacción de la oferta mayorista de canales de 2019 del alcance subjetivo y objetivo de lo que ha de entenderse como “*acuerdos de empaquetamiento*” a los efectos de determinar el CMG y de aplicar el límite de acceso al 50% de los canales.
- (91) La Dirección de Competencia ha constatado que en las sucesivas Ofertas Mayoristas de Canales comercializadas por TELEFÓNICA (tercera, cuarta y quinta) se ha venido ampliando y precisando los requisitos de lo previsto en dicho compromiso de manera cada vez más limitativa y restrictiva.
- (92) Así, en las condiciones tipo de la tercera oferta mayorista de canales de 2017⁷¹ se recogía la siguiente redacción:
- “En el caso de que dos o más operadores de Televisión de Pago mediante cualquier forma de asociación o acuerdo tuviesen la intención de coordinar o complementar de forma activa frente al consumidor final su oferta minorista de Televisión de Pago, estarán obligados a comunicárselo formalmente a la Entidad Oferente y actuarán a todos los efectos respecto de esta oferta como un solo adquirente, en particular en lo que afecta al cómputo del límite del 50% de canales a los que tiene acceso, según se determina en la condición 6 de estas Condiciones Tipo, sin perjuicio de lo previsto en la Condición 10, referida a la prohibición de sublicencia del canal.”*
- (93) En las condiciones tipo de la cuarta oferta mayorista de canales de 2018⁷² se incluye la siguiente previsión, similar a la antes señalada:
- “En el caso de que un operador se asocie con cualquier empresa, mediante cualquier forma de asociación o acuerdo directo o indirecto, tácito o explícito, o tuviese la intención o el efecto de coordinar o complementar frente al consumidor final una oferta minorista de Televisión de Pago, estará obligado a comunicárselo formalmente a la Entidad Oferente y, todos actuarán a todos los efectos respecto de esta oferta como un solo adquirente, en particular en lo que afecta al cómputo del límite del 50%*

⁷⁰ Folios 1612-1703.

⁷¹ Folio 88.

⁷² Folio 805.

de canales a los que tiene acceso, según determina la Condición 6 de estas Condiciones Tipo, sin perjuicio de lo previsto en la Condición 10, referida a la prohibición de sublicencia del canal.”

(94) En las condiciones tipo de 2018 se añade el siguiente nuevo párrafo:

“En éstos, y en cualquier otro supuesto en el que dos o más operadores o empresas ofrezcan, o para el caso en que los abonados de alguna de ellas puedan percibir que reciben conjuntamente servicios de comunicaciones electrónicas y/o televisión de pago que incluyan canales con Precio Mínimo Garantizado, estos operadores y estas empresas deberán poder acreditar fehacientemente, de acuerdo al procedimiento establecido en el Anexo Técnico, a la Entidad Oferente, los datos recogidos en la Condición 3.2 respecto de todas las empresas partícipes.”

(95) Por último, en las condiciones tipo de la quinta oferta mayorista de canales de 2019 se incorpora un nuevo párrafo a los dos antes citados correspondientes a la oferta de 2018, con la redacción siguiente:⁷³

“En este sentido, la mera coordinación de marcas y/o acciones publicitarias entre un operador y cualquier empresa, obliga a ambas (el operador y la empresa) a actuar, a todos los efectos respecto de esta oferta, como un solo adquirente.”

2.11. Compromisos 2.9.h, 2.9.i y 2.9.j párrafo primero

(96) El compromiso 2.9.h) establece:

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

(97) El compromiso 2.9.i) establece:

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

(98) Por último, el primer párrafo del compromiso 2.9.j) señala:

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

⁷³ Folio 1542.

- (99) En el escrito de 14 de octubre de 2019 de DAZN mencionado anteriormente (véase párrafo (90)) se denunciaba, entre otros, el posible incumplimiento por parte de TELEFÓNICA del compromiso 2.9 apartados h), i) y j) al limitar la calidad de emisión en dispositivos OTT, condicionar con ello la forma de comercialización minorista y resultar inequitativas, no razonables y discriminatorias, en lo que se refiere a canales de contenidos deportivos *premium* de la oferta mayorista de TELEFÓNICA.
- (100) DAZN indica que la condición 1.2.2.2 del Anexo Técnico correspondiente a la oferta mayorista de canales de la temporada 2018/2019, y que se mantiene en la oferta mayorista de canales de la temporada 2019/2020, establece una distinción entre Dispositivos OTT-SD y Dispositivos OTT-HD⁷⁴, limitando la resolución máxima permitida para cada una de estas categorías, lo cual podría, según DAZN, perjudicarle especialmente, ya que se trata de una plataforma que permite ofrecer calidad HD en todos los dispositivos.
- (101) En su escrito, DAZN señala que dicha limitación no vendría derivada de las condiciones de adquisición de derechos deportivos por parte de TELEFÓNICA y comercializados por la UEFA y LALIGA. En el caso de LALIGA, se señala que una de las bases del concurso de derechos de explotación de contenidos audiovisuales es, precisamente, la producción “*al menos, en formato HD*”⁷⁵, lo que evidencia según DAZN la inequívoca voluntad contractual de LALIGA de que sus contenidos se distribuyan con la mejor calidad posible y, como mínimo, en HD.
- (102) Por último, DAZN denuncia lo que a su juicio sería una condición discriminatoria recogida en la oferta mayorista de 2018 en relación con los accesos simultáneos permitidos a los operadores OTT respecto de los operadores de plataformas IPTV con red propia o gestionada, ofreciendo a éstos últimos hasta 4 accesos simultáneos en HD uno de ellos fuera del hogar, frente a dos accesos simultáneos ofrecidos a los operadores OTT y solo uno de ellos en HD.
- (103) Asimismo, añade que en la oferta mayoristas de canales de 2019 excepcionalmente se permite un segundo acceso HD en cualquier ubicación, pero con un relevante impacto en el precio: si la OTT elige la modalidad dos accesos HD, cada uno de sus suscriptores contará no como uno sino como uno y medio a los efectos del cálculo del precio, que sería asimismo discriminatoria
- (104) Los aspectos relativos a posibles limitaciones en cuanto a la calidad de las emisiones de canales mayoristas relacionadas con los dispositivos de recepción se encuentran recogidas en el Anexo Técnico relativo a la Oferta de referencia

⁷⁴ SD hace referencia a *Standard Definition* (definición estándar) y HD a *High Definition* (alta definición).

⁷⁵ Folios 1657-1664.

Servicio de Entrega de Canales TV de las tres ofertas mayoristas de 2017⁷⁶, 2018⁷⁷ y 2019⁷⁸, comercializadas por TELEFÓNICA, a las que se refiere esta resolución, y están detalladas en el apartado 1.2 *Dispositivos de acceso al servicio de televisión y seguridad de las emisiones*.

(105) Según se recoge en este apartado de las tres ofertas:

Los dispositivos de acceso al servicio de televisión dependen del tipo de Operador y se clasifican de la siguiente manera:

a) Operadores con Red propia o gestionada

- STB⁷⁹ provisionados o aprobados por el Operador

- Adicionalmente ofrecen servicio OTT asociados al abonado principal del hogar, denominado SERVICIO MULTISCREEN

b) Operadores OTT

- Ofrecen el servicio a través de dispositivos habitualmente no provisionados por ellos, sino adquiridos directamente por el usuario. Estos dispositivos disponen de conectividad a Internet y capacidad de reproducir video protegido mediante DRM

(106) Las concretas limitaciones en cuanto a la calidad de las emisiones de canales mayoristas relacionadas con los dispositivos de recepción se recogen en el epígrafe 1.2.2 *Seguridad en los dispositivos de recepción de la señal*.

(107) En cuanto a los dispositivos STB de operadores con red propia gestionada se fijan determinados requisitos que debe verificar el dispositivo sin que se establezcan limitaciones específicas a la calidad de la señal. En las ofertas de 2018 y 2019 se introduce un nuevo apartado 1.2.2.3 STB y Dispositivos UHD⁸⁰ en el que se fijan determinados requisitos que deben cumplir los dispositivos señalados en este apartado para que se permita ofrecer contenidos en calidad UHD.

(108) En cuanto a los “*Dispositivos OTT*” las tres ofertas de 2017, 2018 y 2019 presentan un contenido idéntico. Se clasifican en Dispositivos OTT-SD⁸¹ y Dispositivos OTT-HD⁸², estableciéndose para cada una de estas categorías las siguientes limitaciones de calidad:

“1.2.2.2.1 Dispositivos OTT – SD: En esta categoría se encuentran: PC´s sobremesa, PC´s portátiles, dispositivos móviles tales como teléfonos o tabletas IOS, ANDROID, WMobile o similares. La resolución del contenido que se muestre desde estos dispositivos no podrá ser superior a 576 pixeles verticales.

⁷⁶ Folios 139-140.

⁷⁷ Folios 789-790.

⁷⁸ Folios 1514-1515.

⁷⁹ STB hace referencia a Set Top Box (Decodificador de televisión).

⁸⁰ UHD se refiere a Ultra High Definition (Ultra alta definición). Los dispositivos mencionados son: *Televisores conectados, videoconsolas, dispositivos AndroidTV.*

⁸¹ *En esta categoría se encuentran: PC´s sobremesa, PC´s portátiles, dispositivos móviles tales como teléfonos o tabletas IOS, ANDROID, WMobile o similares.*

⁸² *En esta categoría se encuentran los Televisores Conectados, videoconsolas de juego como PlayStation o XBOX, set top box OTT, Chromecast, FireTV y dispositivos AndroidTV.*

1.2.2.2.2 *Dispositivos OTT – HD: En esta categoría se encuentran los Televisores Conectados, videoconsolas de juego como PlayStation o XBOX, set top box OTT, Chromecast, FireTV y dispositivos AndroidTV. La resolución del contenido que se muestre desde estos dispositivos no podrá ser superior a 720 pixeles verticales. Exclusivamente en SmarTVs o STB podrá ofrecerse 1080p si se cumplen los siguientes requisitos de seguridad: ...”*

- (109) En lo que hace referencia a las limitaciones de *streamings* simultáneos, en la tercera oferta mayorista de canales de 2017, el Anexo Técnico “*Oferta de referencia Servicio de Entrega de Canales TV*” recoge⁸³ como regla general que el número de accesos simultáneos para servicios OTT global está limitado a 1, pudiendo ampliarse en el entorno de uso del servicio OTT hasta un máximo de 3 en el caso de operadores con red propia y control de ubicación en el hogar⁸⁴.
- (110) En la cuarta oferta mayorista de canales (de 2018), el Anexo Técnico “*Oferta de referencia Servicio de Entrega de Canales TV*” recoge⁸⁵ como regla general un límite de 2 accesos simultáneos para acceso mediante servicios OTT global, pudiendo ampliarse en el entorno de uso del servicio OTT hasta un máximo de 4 en el caso de operadores con red propia y control de ubicación en el hogar. Respecto de la oferta de 2017 se amplía por tanto el número *streamings* simultáneos en el entorno OTT de 1 a 2 de en el caso de operadores OTT y de 3 a 4 en el caso de operadores con red propia.
- (111) En la quinta oferta mayorista de canales de 2019⁸⁶ se mantiene lo recogido en la oferta mayorista de canales de 2018 para todos los canales ofertados excepto para el caso de los canales mayoristas de fútbol, en los cuales introduce una modificación en cuanto al número de accesos simultáneos, previéndose dos modalidades de contratación (una con un acceso HD y la otra con dos accesos HD). En ambos casos se permiten 3 accesos adicionales en caso de garantizarse el control de ubicación en el hogar, tanto si se trata de operadores con red propia gestionada como de operadores OTT puros.
- (112) De acuerdo con ello, en las ofertas mayoristas de canales de 2017 y de 2018, así como a la de 2019 (en relación con los canales que no son de fútbol) el número máximo de *streamings* simultáneos en el entorno del servicio OTT permitidos para los operadores con red propia es superior al de operadores OTT, pudiendo los operadores con red propia ampliar el número de accesos simultáneos del servicio OTT cuando se cumplan determinados requisitos para

⁸³ Apartado “1.2.2.2.3 *Reglas de uso de dispositivos registrados OTT y streamings simultáneos*” Folios 140-141.

⁸⁴ Para ampliar el número de accesos, estos operadores deben adoptar una serie de medidas técnicas de control de ubicación en el hogar, que garanticen que la utilización de estos accesos se realiza dentro del propio hogar.

⁸⁵ Apartado “1.2.2.2.3 *Reglas de uso de dispositivos registrados OTT y streamings simultáneos*” Folios 790-791.

⁸⁶ Folios 1515-1517.

garantizar que el acceso se produce desde el hogar (vinculadas a determinados parámetros asociados al descodificador, al control de direcciones IP y otros medios).

- (113) No existe posibilidad de que los operadores OTT puedan tener acceso a una oferta similar en cuanto al número de accesos simultáneos permitidos, cumpliendo los correspondientes requisitos de seguridad, equivalentes a los anteriores, que pudieran ser exigibles.
- (114) Como se ha indicado, el compromiso 2.9.h prevé que se puedan establecer limitaciones relativas a la calidad o modalidad de emisión, o los dispositivos autorizados derivadas de limitaciones que hayan sido asumidas por la entidad resultante en los contratos con los proveedores de contenidos audiovisuales incluidos en el canal.
- (115) Se analizan a continuación las posibles limitaciones en cuanto a la calidad de las emisiones de canales mayoristas relacionadas con los dispositivos de recepción y en cuanto al número de *streamings* simultáneos, asumidas en los principales contratos con los proveedores de contenidos audiovisuales incluidos en los canales deportivos de las ofertas mayoristas analizadas.
- (116) En lo que se refiere a los contenidos deportivos los principales contratos son los siguientes:
- Contrato de 4 de diciembre de 2015⁸⁷ suscrito con la LALIGA (lote 5 licitado por la LALIGA para las temporadas 2016/17 a 2018/19)⁸⁸.
 - Contratos suscritos con la LALIGA correspondientes a las temporadas 2019-20 a 2021-22: (i) Lote 4⁸⁹, que comprende un partido de cada jornada de Primera División, en abierto o de pago, en exclusiva, en primera selección; los seis partidos de la fase de ascenso a Primera División (*play-offs*), en abierto o de pago, en no exclusiva y resúmenes de todos los partidos de Primera y Segunda División en no exclusiva; (ii) Lote 5⁹⁰: Canal *LaLiga Primera* o su contenido equivalente, que comprende ocho partidos de cada jornada de Primera División de pago, en exclusiva, en tercera selección; los seis partidos de la fase de ascenso a Primera División (*play-offs*) de pago, en no exclusiva y resúmenes de todos los partidos de Primera y Segunda División en no exclusiva⁹¹.

⁸⁷ Folios 59-60, 61-84.

⁸⁸ Contenidos incluidos en el canal "*Movistar Partidazo*" de la tercera (de 2017) y cuarta oferta mayorista (de 2018).

⁸⁹ Folios 908-943. Folio 925 y cláusula decima del contrato "*Obligaciones de colaboración con la política antipiratería*" (Folio 929 y ss.).

⁹⁰ Folios 944-979. Folio 962 y cláusula decima del contrato "*Obligaciones de colaboración con la política antipiratería*" (Folio 966 y ss.).

⁹¹ Contenidos incluidos en el canal "*Movistar La Liga*" de la quinta oferta mayorista de 2019.

- Contrato de 28 de junio de 2018⁹² por el que se adquieren los derechos relativos a las competiciones organizadas por la UEFA (*UEFA Champions League*, *UEFA Super Cup* y *Europa League*) para las temporadas 2018/19 a 2020/21⁹³.
- Contrato de 22 de diciembre de 2017⁹⁴ suscrito con *Formula One World Championship Limited*⁹⁵, de adquisición de contenidos de la competición de Formula 1.

(117) En ninguno de estos contratos se aprecia la existencia de cláusulas que establezcan limitaciones en cuanto a la calidad técnica de la señal en función de los dispositivos de recepción, más allá de una referencia en algunos casos a la adopción de sistemas de gestión de derechos (DRM) como medidas de protección frente al acceso no autorizado a las mismas. Tampoco se recogen limitaciones en cuanto al número de *streamings* simultáneos.

2.12. Resolución del Consejo de la CNMC de 29 de noviembre de 2022

(118) A la vista de los hechos descritos en el IPV de 2 de septiembre de 2022, el Consejo de la CNMC, en su resolución de 29 de noviembre de 2022, en el marco del expediente VC/0612/14 TELEFÓNICA/DTS, ha acordado:

Primero.- Declarar la existencia de determinados incumplimientos apreciados en la vigilancia del cumplimiento de los compromisos a los que se subordinó la operación de concentración C/612/14, autorizada por la Resolución del Pleno del Consejo de la CNMC de 22 de abril de 2015, en los términos declarados en el Fundamento de Derecho Decimocuarto de la presente resolución /612/14 Telefónica-DTS en los términos que han quedado expuestos en la presente resolución.

Segundo.- Interesar de la Dirección de Competencia la incoación de expediente sancionador por existir indicios de la infracción prevista en el artículo 62.4 c) de la LDC, como consecuencia de los incumplimientos declarados en esta resolución.

3. FUNDAMENTOS DE DERECHO

3.1. Competencia para resolver

(119) De acuerdo con el artículo 5.1.c) de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia compete a este organismo aplicar la LDC “*en materia de conductas que supongan impedir, restringir y falsear la competencia*”. El artículo 20.2 de la misma ley atribuye al

⁹² Folios 1074-1091.

⁹³ Contenidos incluidos en canal “*Movistar Liga de Campeones*” de las ofertas de canales de 2018 y 2019.

⁹⁴ Folios 370-439.

⁹⁵ Contenidos incluidos en el canal “*Movistar Fórmula 1*”, de las ofertas de canales de 2017, 2018 y 2019.

Consejo la función de resolver los procedimientos sancionadores previstos en la LDC.

- (120) De conformidad con el artículo 41 de la LDC, la CNMC vigilará la ejecución y el cumplimiento de las obligaciones impuestas en aplicación de la misma, tanto en materia de conductas restrictivas como de medidas cautelares y de control de concentraciones. Esta previsión, con respecto a las operaciones de concentración, incluye la vigilancia del cumplimiento de los compromisos propuestos por los notificantes y recogidos en la resolución del Consejo que pone fin al procedimiento, como se dispone en los artículos 57 y 58 de la LDC. El artículo 71.3 del RDC precisa que el Consejo de la CNMC “resolverá las cuestiones que puedan suscitarse durante la vigilancia”, previa propuesta de la Dirección de Competencia.
- (121) En consecuencia, la competencia para resolver este procedimiento corresponde al Consejo de la CNMC.

3.2. Normativa general aplicable

- (122) La tramitación del expediente sancionador se regirá, en lo no previsto en la LDC y en el RDC, por lo dispuesto en la LPACAP. Asimismo, los principios de la potestad sancionadora aparecen contemplados en los artículos 25 a 31 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (LRJSP).

3.3. Propuesta de resolución del órgano instructor

- (123) La Dirección de Competencia en su propuesta de resolución concluye que TELEFÓNICA DE ESPAÑA S.A.U. ha incurrido en la comisión de una infracción administrativa de carácter muy grave prevista en el artículo 62.4.c) de la LDC, consistente en el incumplimiento de la Resolución de 22 de abril de 2015 del Consejo de la CNMC que autorizó la operación de concentración económica TELEFÓNICA/DTS (expediente C/0612/14 TELEFÓNICA/DTS), en particular lo dispuesto en los apartados 2.1.b, 2.2.a, 2.2.c, 2.3, 2.4, 2.9.e, 2.9.f, 2.9.h, 2.9.i y 2.9.j de los compromisos a que fue subordinada la autorización de la operación de concentración.
- (124) El órgano instructor propone una multa por importe de 100.000.000 euros (cien millones de euros).

3.4. Valoración del Consejo

3.4.1. Tipificación de la conducta

- (125) De acuerdo con el Resuelve Primero de la Resolución del Consejo de la CNMC de fecha 22 de abril de 2015 (expediente C/0612/14 TELEFÓNICA/DTS), la

autorización de la concentración entre TELEFÓNICA y DTS quedó subordinada al cumplimiento de los compromisos propuestos por TELEFÓNICA con fecha 14 de abril de 2015.

- (126) El artículo 62.4.c) de la LDC tipifica como infracción muy grave incumplir los compromisos adoptados en las resoluciones sobre procedimientos de control de concentraciones. Por tanto, el legislador ha conferido la consecuencia jurídica sancionadora más grave en este ámbito al incumplimiento del contenido de las resoluciones de la CNMC, toda vez que constituyen la manifestación de las competencias que tiene conferida esta autoridad. Solo mediante el cumplimiento puntual y completo de las resoluciones que ponen fin a la vía administrativa se garantiza no vaciar de contenido las potestades administrativas atribuidas a esta Comisión.
- (127) Por ello, en consonancia con lo anterior, el artículo 63.c) de la LDC establece que las infracciones muy graves llevan aparejada una multa de hasta el 10% del volumen de negocios total mundial de la empresa infractora en el ejercicio inmediatamente anterior al de imposición de la multa.

3.4.1.1. Incumplimiento del compromiso 2.1

- (128) El compromiso 2.1. establece determinadas obligaciones en relación con la adquisición exclusiva de derechos de emisión en España de contenidos audiovisuales no deportivos de terceros para su emisión lineal.
- (129) Como se detalla en el apartado de hechos acreditados [párrafo (49)], de la relación de contratos aportados por TELEFÓNICA para el período entre el 1 de mayo de 2017 y el 15 de enero de 2020, se observan dos casos de contenidos correspondientes a la categoría documentales en los que se ha superado el plazo máximo de explotación de 24 meses señalado en el compromiso 2.1.b). En concreto, el plazo se ha superado en 122 y 27 días [véase Tabla 4].
- (130) Por lo tanto, **TELEFÓNICA ha incumplido el compromiso 2.1** (*“Adquisición exclusiva de derechos de emisión en España de contenidos audiovisuales no deportivos de terceros para su emisión lineal”*), **en particular lo señalado en el compromiso 2.1.b) que establece un periodo máximo de explotación de los contenidos de dos (2) años a contar desde la fecha de puesta a disposición de los mismos, respecto de dos contenidos.**
- (131) TELEFÓNICA alega que no hubo un incumplimiento de lo previsto el Compromisos 2.1.b) sino una mera desviación de una entidad tan ínfima que no justifica la existencia de una infracción muy grave de la LDC⁹⁶. No obstante, cabe recordar que el presente procedimiento sancionador, tal y como ha sido incoado

⁹⁶ Folios 3707-3708.

e instruido, no se refiere a un incumplimiento autónomo y puntual por parte de TELEFÓNICA, sino que analiza un conjunto de incumplimientos (en concreto, de los apartados 2.1.b, 2.2.a, 2.2.c, 2.3, 2.4, 2.9.e, 2.9.f, 2.9.h, 2.9.i y 2.9.j de los compromisos a que fue subordinada la autorización de la operación de concentración TELEFÓNICA/DTS) que analizados y valorados globalmente pueden ser válidamente calificados como una infracción muy grave del art. 62.4.c) de la LDC.

3.4.1.2. Incumplimiento del compromiso 2.2

- (132) El compromiso 2.2 establece determinadas obligaciones en relación con la adquisición de derechos de emisión en España de contenidos audiovisuales no deportivos de terceros para su emisión en SVOD.

3.4.1.2.1. Sobre el compromiso 2.2.a)

- (133) Como se detalla en el apartado de hechos acreditados [párrafo (55)], en el análisis realizado de las relaciones de contratos y la copia de los contratos aportados por TELEFÓNICA para el período entre el 1 de mayo de 2017 y el 15 de enero de 2020, se han observado quince casos de adquisición exclusiva de derechos de emisión en SVOD de contenidos que no tenían la condición de contenidos de estreno por haberse superado el plazo de 24 meses desde su estreno en España señalado en el compromiso 2.2.a). Ello constituye un incumplimiento del compromiso 2.2.a).
- (134) En seis casos se ha explotado contenido que no tenía la consideración de estreno en el momento en que fue suscrito el contrato y durante todo el periodo de derechos de emisión exclusiva contratado [párrafo (56)]. El plazo se ha superado entre 675 y 943 días desde que dejó de tener la consideración de contenido de estreno [véase Tabla 5].
- (135) En los otros nueve casos los contenidos adquiridos en exclusiva tenían la consideración de contenidos de estreno en la fecha de suscripción del contrato, por no haber transcurrido 2 años desde la fecha de su primera comunicación pública en España, si bien se ha excedido el plazo máximo de explotación exclusiva durante el periodo de derechos de emisión contratado [párrafo (57)]. De esta manera la fecha de fin del periodo de explotación exclusiva ha superado entre 2 y 312 días el plazo de 24 meses desde su primera comunicación pública en España [véase **Tabla 6**].
- (136) En el caso de uno de estos contenidos TELEFÓNICA ha informado que se ha comunicado al proveedor que renuncia a la exclusividad respecto de la explotación de los derechos de SVOD de la obra para ajustarse al plazo de 24 meses previsto en el compromiso, aportando copia de esta comunicación de fecha 14 de abril de 2021 [párrafo (58)].

- (137) Debe señalarse que el compromiso 2.2 establece obligaciones respecto de “*Los contratos que la entidad resultante suscriba para la adquisición de derechos*”. El compromiso no se encuentra por tanto únicamente limitado al hecho efectivo de la explotación, sino que la obligación recae ya desde un primer momento sobre los propios contratos, de manera que la suscripción de un contrato que permita la explotación de contenidos más allá del plazo señalado constituye un incumplimiento del compromiso 2.2.
- (138) Esta previsión resulta perfectamente consistente, dado que en caso contrario la entidad resultante de la concentración tendría plena libertad para firmar contratos contraviniendo el límite señalado sin que el incumplimiento se produjera hasta que un determinado contenido fuera explotado más allá del plazo que fija el compromiso. Esta interpretación además de ser contraria al propio literal del compromiso resulta contraria al objetivo del mismo. Entre otras razones porque facilita el acaparamiento de derechos a largo plazo, limitando la capacidad de los competidores para poder adquirir estos contenidos y dificultaría en gran medida la vigilancia de su cumplimiento haciéndola ineficaz dado que la detección y posibles medidas correctivas se producirían en todos los casos con carácter posterior a los eventuales incumplimientos.
- (139) Por último, se ha comprobado que en un caso de adquisición de derechos exclusivos que incluye la modalidad de explotación exclusiva SVOD, se incluye una cláusula en el contrato que recoge limitaciones que se exigen al titular de los derechos para que explote o comercialice los derechos a terceros en dicha modalidad SVOD una vez finalizado el periodo de exclusividad, en particular en lo que hace referencia al precio de venta de los citados derechos (véase párrafo (59) y Tabla 7).
- (140) Dicha exigencia no está justificada para contenidos en los que han transcurrido 24 meses desde su primera exhibición en España y cuando ya TELEFÓNICA ha tenido la posibilidad de explotarlos en exclusiva en la modalidad SVOD durante el periodo que se hubiera pactado.
- (141) La existencia de una cláusula de esta naturaleza constituye una restricción no justificada y que en la práctica limita la explotación en la modalidad SVOD de las obras una vez finalizado el periodo señalado en el compromiso 2.2.a), de manera contraria a lo exigido en la tercera de las limitaciones recogidas en este compromiso, que señala que “*Se considerará que también existe adquisición exclusiva cuando los contratos limiten a algún operador de televisión de pago la explotación de los contenidos*”.
- 3.4.1.2.2. Sobre el compromiso 2.2.c)**
- (142) Como se detalla en el apartado de hechos acreditados [párrafo (64)], en el análisis realizado de las relaciones de contratos y la copia de los contratos

aportados por TELEFÓNICA para el período entre el 1 de mayo de 2017 y el 15 de enero de 2020, se han observado dos casos de contenidos correspondientes a la categoría documentales en los que se ha superado el plazo máximo de explotación de 2 años a contar desde la fecha de puesta a disposición de los mismos señalado en el compromiso 2.2.c). El plazo se ha superado en 122 y 27 días [véase Tabla 8].

3.4.1.2.3. Conclusión

- (143) **TELEFÓNICA ha incumplido el compromiso 2.2.** (*“Adquisición exclusiva de derechos de emisión en España de contenidos audiovisuales no deportivos de terceros para su emisión lineal”*). **En particular ha incumplido el compromiso 2.2 a), que impone determinadas limitaciones y prohíbe la adquisición de derechos exclusivos que no sean de estreno, respecto de quince contenidos y en relación con un contrato que incluye una cláusula que limita la explotación de contenidos por terceros. Asimismo, ha incumplido el compromiso 2.2.c) que establece un periodo máximo de explotación de los contenidos de dos (2) años a contar desde la fecha de puesta a disposición de los mismos, respecto de dos contenidos.**
- (144) TELEFÓNICA vuelve a alegar que no estamos ante un incumplimiento de los compromisos sino una mera desviación de un volumen absolutamente insignificante. Asimismo considera que propia CNMC, en su Resolución del Consejo de fecha 9 de julio de 2020 que prorrogó la Resolución de Compromisos de 30 de abril de 2015, ya reconoció la inexistencia de perjuicio en la competencia al suprimir el apartado 2.2. en su integridad, por lo que su exclusividad no habría representado ninguna ventaja competitiva, además de que la naturaleza de los contenidos no es cualitativamente relevante como para generar la mencionada ventaja competitiva.⁹⁷
- (145) Este Consejo vuelve a reiterarse en argumento de que el presente procedimiento sancionador, tal y como ha sido incoado e instruido, no se refiere a un incumplimiento autónomo y puntual por parte de TELEFÓNICA, sino que analiza un conjunto de incumplimientos (en concreto, de los apartados 2.1.b, 2.2.a, 2.2.c, 2.3, 2.4, 2.9.e, 2.9.f, 2.9.h, 2.9.i y 2.9.j de los compromisos a que fue subordinada la autorización de la operación de concentración TELEFÓNICA/DTS), por lo que una vez analizados y valorados globalmente pueden ser válidamente calificados como una infracción muy grave del art. 62.4.c) de la LDC y con la aptitud de generar efectos anticompetitivos en el mercado.
- (146) Por otro lado, la referencia que hace TELEFÓNICA a la resolución de 9 de julio de 2020 por la que se prorrogaron los compromisos, implica la vigencia del compromiso 2.2. hasta el momento en que se resolvió su supresión por el

⁹⁷ Folios 3709-3711.

Consejo. Por lo que dicho compromiso estuvo plenamente vigente durante el período comprendido entre 1 de mayo de 2017 y 15 de enero de 2020, que es sobre el que se ha investigado y sancionado en el presente procedimiento.

3.4.1.3. Incumplimiento del compromiso 2.3

- (147) El compromiso 2.3 establece determinadas obligaciones en relación con la adquisición de derechos de emisión en España de contenidos audiovisuales no deportivos de terceros para su emisión en TVOD.
- (148) Como se detalla en el apartado de hechos acreditados [párrafo (66)], en el análisis realizado de las relaciones de contratos y la copia de los contratos aportados por TELEFÓNICA para el período entre el 1 de mayo de 2017 y el 15 de enero de 2020, se observa que se han adquirido derechos de emisión exclusivos que incluyen la modalidad TVOD en relación con diversos contratos de contenido cinematográfico de estreno con productoras independientes “estreno indies” [véase Tabla 9].
- (149) TELEFÓNICA reconoce en su escrito de 22 de abril de 2021⁹⁸, que alrededor del **[CONFIDENCIAL ■]**% del total de películas explotadas durante los años 2019 y 2020 se encuentran afectadas por esta circunstancia, afectando al **[CONFIDENCIAL ■]**% de las ventas totales de TVOD en la plataforma Movistar+.
- (150) En lo que se refiere a los contratos correspondientes a la categoría “documentales” se han identificado dos contenidos para los que se han adquirido contenidos exclusivos para su explotación en modalidad TVOD [véase párrafo (71) y Tabla 10].
- (151) TELEFÓNICA ha aportado una serie de comunicaciones a sus proveedores de fecha 9 de abril de 2021 renunciando a sus exclusividades en lo que se refiere a la explotación de contenidos en la modalidad TVOD en casos en que los derechos continuaban vigentes⁹⁹.
- (152) Debe señalarse que el compromiso 2.3 establece
- “La entidad resultante no podrá adquirir derechos de emisión en España de contenidos audiovisuales no deportivos de terceros para su emisión en Transaction video on demand-TVOD en régimen de exclusividad (ni total ni parcial) y sin excepciones”.*
- (153) El compromiso no se encuentra por tanto únicamente limitado al hecho efectivo de la explotación, sino que la obligación recae ya desde un primer momento sobre la adquisición lo que se produce al suscribir los correspondientes

⁹⁸ Folio 2245.

⁹⁹ En 3 documentos anexos a su escrito de 22 de abril de 2021 (Folios 2368-2477, 2478-2619, 2620-2761).
Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia 43 de 80
C/ Alcalá, 47 – 28014 Madrid - C/ Bolivia, 56 – 08018 Barcelona
www.cnmc.es

contratos, de manera que la suscripción de un contrato que permita la explotación exclusiva de contenidos para su emisión en la modalidad TVOD constituye un incumplimiento del compromiso 2.3.

- (154) Como se ha señalado en relación con el compromiso 2.2.a [véase párrafo (138)], esta previsión resulta perfectamente consistente, dado que en caso contrario la entidad resultante de la concentración tendría plena libertad para firmar contratos contraviniendo el límite señalado sin que el incumplimiento se produjera hasta que un determinado contenido fuera explotado más allá del plazo que fija el compromiso. Esta interpretación además de ser contraria al propio literal del compromiso resulta contraria al objetivo del mismo. Entre otras razones porque facilita el acaparamiento de derechos a largo plazo, limitando la capacidad de los competidores para poder adquirir estos contenidos y dificultaría en gran medida la vigilancia de su cumplimiento haciéndola ineficaz dado que la detección y posibles medidas correctivas se producirían en todos los casos con carácter posterior a los eventuales incumplimientos.
- (155) **TELEFÓNICA ha incumplido el compromiso 2.3** (*“Adquisición de derechos de emisión en España de contenidos audiovisuales no deportivos de terceros para su emisión en TVOD”*), **que prohíbe la adquisición exclusiva de contenidos no deportivos para su emisión en *Transaction video on demand*-TVOD, en relación con diversos contratos de adquisición de contenido cinematográfico de estreno con productoras independientes “estreno indies”, así como en dos contenidos de la categoría “documentales”.**
- (156) En relación con las películas de “*estreno indies*” TELEFÓNICA alega¹⁰⁰ que el hecho de que haya ostentado en exclusiva derechos de TVOD en un número limitado de películas, con carácter general, entre el duodécimo y decimonoveno mes desde el estreno de las obras en salas cinematográficas, no le ha reportado ni rentabilidad económica, ni especial ventaja competitiva frente a terceros, ni perjuicio alguno para los proveedores de tales películas. Por su parte, en lo que se refiere a los dos supuestos de compra de documentales, achaca el incumplimiento *“a un error en la identificación del modelo de obra que se estaba adquiriendo, habiendo utilizado Telefónica el modelo utilizado para adquisición de películas cinematográficas a dos supuestos que tenían carácter de obra documental”*.
- (157) Sobre esta alegación, cabe señalar que lo que determina que una conducta determinada encaje dentro del tipo infractor del art. 62.4.c) de la LDC (*“Incumplir o contravenir lo establecido en una resolución, acuerdo o compromiso adoptado en aplicación de la presente ley, tanto en materia de conductas restrictivas como de control de concentraciones”*) es el mero incumplimiento del compromiso

¹⁰⁰ Folios 3711-3719.

acordado, el cual no niega la alegante que se haya producido, aunque los denomine como “*desvíos puntuales*”. TELEFÓNICA ha sido parte en diversos expedientes de la autoridad de competencia en los últimos años, tanto en procedimientos sancionadores como de control y vigilancia de concentraciones, que le hacen perfectamente conocedora tanto del contenido de los compromisos como de las consecuencias de su incumplimiento, por lo que no cabe, en este concreto procedimiento, alegar la inexistencia de efectos anticompetitivos derivados del incumplimiento.

- (158) En todo caso, tal y como se señaló en la resolución de 29 de noviembre de 2022, debe señalarse que en el conjunto de los compromisos la modalidad de explotación TVOD es el único caso en el que se exige una limitación absoluta a la adquisición de contenidos exclusivos por parte de TELEFÓNICA, siendo por tanto el único ámbito dentro de los mercados de adquisición de derechos en el que los compromisos han establecido una particular protección a los competidores para promover una mayor competencia en la adquisición de derechos.

Por otra parte, en muchos casos la venta de derechos de contenidos de estreno se produce de manera conjunta para las diferentes modalidades de explotación (TVOD, SVOD, lineal, etc.). De esta manera el cumplimiento del compromiso 2.3 ofrece a los competidores la opción de adquirir junto con la modalidad TVOD otras modalidades y con ello facilitar el desarrollo de un mercado más competitivo en el ámbito de la adquisición de contenidos no deportivos.

3.4.1.4. Incumplimiento del compromiso 2.4

- (159) El compromiso 2.4 establece determinadas obligaciones en relación con la adquisición de derechos de emisión en España de contenidos audiovisuales deportivos de terceros.
- (160) Como se detalla en el apartado de hechos acreditados [párrafo (74) y siguientes], en el análisis realizado de las relaciones de contratos y la copia de los contratos aportados por TELEFÓNICA para el período entre el 1 de mayo de 2017 y el 15 de enero de 2020, se han identificado nueve contratos de adquisición de derechos para emitir en exclusiva derechos de explotación de competiciones deportivas que han superado el plazo máximo de explotación establecido en el compromiso 2.4. El plazo se ha superado entre 2 y 361 días (785 días contando la prórroga en el caso de un contenido) [véase **Tabla 11**].
- (161) En el Informe Propuesta en segunda fase del expediente C/0612/14 TELEFÓNICA/DTS¹⁰¹ se identificaron¹⁰² los diferentes mercados afectados por

¹⁰¹ Folios 3300-3513.

¹⁰² Apartado VI.

la operación y se analizó¹⁰³ su estructura. Asimismo, se realizó la valoración de la operación en ausencia de remedios¹⁰⁴.

- (162) Debe recordarse que los compromisos relacionados con los mercados de adquisición mayorista de contenidos audiovisuales (principalmente compromisos 2.1 a 2.9) tenían entre sus objetivos¹⁰⁵:

“Asegurar que los competidores existentes y potenciales de TELEFÓNICA en el mercado de televisión de pago puedan acceder en condiciones competitivas a contenidos audiovisuales individuales y canales para configurar una programación televisiva que les permita competir efectivamente en el mercado de televisión de pago” y “que los derechos exclusivos que haya adquirido TELEFÓNICA o que pueda adquirir en un futuro, salgan periódicamente y de forma efectiva al mercado”.

- (163) En lo que se refiere al mercado de comercialización mayorista de derechos de retransmisión de eventos deportivos, se señalaba que estos derechos suponen un gasto muy importante para los operadores de televisión. En el caso de los derechos del campeonato de liga de primera división y copa de S.M el Rey de fútbol, se constataba en el Informe Propuesta en segunda fase la existencia en aquel momento de dos adquirentes de derechos (DTS y MEDIAPRO), derechos que en el ámbito de la televisión de pago eran ofertados por DTS. En cuanto a los derechos de competiciones UEFA, se señalaba que habían sido adquiridos por MEDIAPRO para las temporadas 2015/16 a 2017/18. En cuanto al resto de contenidos deportivos se señalaba que DTS y TELEFÓNICA disponían de determinados derechos, como los partidos clasificatorios de la Eurocopa y el Mundial, ciertos campeonatos de tenis y baloncesto, Fórmula 1 y MotoGP.

- (164) Se concluía respecto de la estructura de estos mercados de derechos deportivos que¹⁰⁶:

“La entidad resultante adquiere una posición muy importante como adquirente de contenidos individuales deportivos de gran relevancia junto a MEDIAPRO, si bien éste último no dispone de una base de abonados que le permita explotarlos de forma individual. Además, no es un operador de comunicaciones electrónicas, lo que tampoco le permitirá alcanzar las economías de alcance de las que disfrutará la entidad resultante mediante las ofertas convergentes de televisión de pago y servicios minoristas de comunicaciones electrónicas.”

- (165) En el Informe Propuesta en segunda fase se identificaban asimismo los riesgos de la operación de concentración y en particular en lo que hace referencia a los mercados de **comercialización mayorista de contenidos audiovisuales**¹⁰⁷. Así en lo que tiene relación directa con la limitación de la duración de los

¹⁰³ Apartado VIII.

¹⁰⁴ Apartado X.

¹⁰⁵ Informe propuesta en segunda fase expediente C/0612/14 TELEFÓNICA/DTS Párrafos (1022) y (1032). Folios 3488-3489 .

¹⁰⁶ Informe Propuesta en segunda fase – Párrafo 626 (Folio 3412).

¹⁰⁷ Informe Propuesta en segunda fase – Apartado X.1 (Folio 3452 y ss).

contratos de adquisición exclusiva de contenidos recogida en varios compromisos y en particular en el compromiso 2.4, se resalta que tiene como objetivo asegurar *“que los derechos exclusivos que haya adquirido TELEFÓNICA o que pueda adquirir en un futuro, salgan periódicamente y de forma efectiva al mercado”*, todo ello para garantizar que la dinámica competitiva existente no se viera perjudicada por la operación.

(166) Se señalaba¹⁰⁸ en el Informe Propuesta que

“TELEFÓNICA pasa a disponer de una posición negociadora privilegiada, mejor que la actual de DTS, a la hora de adquirir derechos de emisión en exclusiva en España de contenidos audiovisuales, quedando como el operador de televisión de pago que mejor puede rentabilizar dichos contenidos a la vista de sus economías de escala, con una base de abonados de elevada propensión al gasto que supera los tres millones; sus economías de alcance, dada su presencia simultánea en el segmento lineal y de vídeo bajo demanda y en los mercados minoristas de comunicaciones electrónicas fijos y móviles; y de su fortaleza financiera”. A ello se añadía que “los efectos restrictivos de la competencia se derivan de su capacidad e incentivos para acaparar y cerrar el acceso a contenidos audiovisuales a sus competidores en el mercado de televisión de pago en España”.

(167) El objetivo fundamental de las restricciones a la adquisición de contenidos exclusivos (tanto deportivos como no deportivos) era limitar la capacidad de TELEFÓNICA para adquirir esta clase de contenidos y evitar su acaparamiento debido a su elevado poder de compra y de rentabilizar los derechos debido a su amplia base de clientes, y, como resultado de estas restricciones, facilitar a otros competidores la adquisición de contenidos. Uno de los efectos de las limitaciones era que los contenidos *“salgan periódicamente y de forma efectiva al mercado”*.

(168) En el apartado XI.2 del Informe Propuesta en segunda fase, en el que se realiza la valoración de los compromisos presentado por TELEFÓNICA, en el párrafo (1025) se destaca que (énfasis añadido):

(1025) “No obstante, de manera general, TELEFÓNICA se compromete a limitar la duración de sus contratos de adquisición exclusiva de contenidos audiovisuales a tres años a contar desde la firma del contrato”.

(169) Este párrafo hacía pues expresa referencia a la limitación en la duración de los contratos exclusivos computada en *“años a contar desde la firma del contrato”*, y se refería tanto a los contenidos deportivos como a los no deportivos.

(170) Para garantizar este objetivo en el caso de contenidos deportivos se estimó adecuada la limitación recogida en el compromiso 2.4 que impedía a TELEFÓNICA suscribir contratos cuyo objeto permitiera explotar contenidos *“más allá del plazo máximo de tres (3) años a contar desde la firma del contrato”*. Con esta limitación se impedía que TELEFÓNICA pudiera optar a la adquisición

¹⁰⁸ Informe Propuesta en segunda fase – Párrafos 804 y 805 (Folio 3452).
Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia
C/ Alcalá, 47 – 28014 Madrid - C/ Bolivia, 56 – 08018 Barcelona
www.cnmc.es

de contenidos deportivos cuyo periodo de explotación superara ese límite temporal de manera que pudieran ser adquiridos por otros competidores y así evitar que TELEFÓNICA adquiriera derechos exclusivos por periodos más prolongados, previniendo el acaparamiento y garantizando su salida periódica al mercado.

- (171) Por otra parte, debe destacarse la diferencia entre los compromisos relativos a contenidos no deportivos que diferencian entre vigencia de la exclusividad y el periodo de explotación y los deportivos que no hacen esa distinción. Ello no implica que el compromiso 2.4 no tenga implicaciones en cuanto a la vigencia del contrato, o que pueda entenderse que el plazo de 3 años señalado en el compromiso implique que la limitación temporal se refiera al momento de puesta a disposición del contenido adquirido (existiendo un periodo posterior de explotación más amplio).
- (172) Por una parte, existe una razón objetiva para que exista la diferencia señalada en los compromisos de contenidos no deportivos, dado que estos contenidos (películas, series, documentales, etc.) permiten su explotación a lo largo del tiempo, de manera que, aunque el valor del contenido pueda ser decreciente al explotarse en sucesivas ventanas, los contenidos mantienen valor con el transcurso del tiempo incluso durante varios años. Por el contrario, los contenidos deportivos concentran su valor principal en la emisión en directo, mantienen un cierto valor en las horas posteriores a la celebración (resúmenes) y su valor posterior es muy reducido. Por ello en el caso de contenidos deportivos no se justifica una diferencia sustantiva entre vigencia de la exclusividad y periodo de explotación.
- (173) El contenido del compromiso 2.4 resulta claro en su redacción dado que la limitación se establece respecto del periodo de explotación de los contenidos a contar desde la fecha de firma del contrato al margen del momento en que se hubieran puesto a disposición de TELEFÓNICA.
- (174) En relación con el cumplimiento del compromiso 2.4 podría asimismo valorarse el hecho de que en muchos casos las condiciones de comercialización (por ejemplo, la duración de los derechos o la fecha de firma de los contratos) son determinados por las entidades comercializadoras de los derechos.
- (175) A este respecto debe señalarse que son públicos y conocidos desde el año 2015 los compromisos a que fue condicionada la autorización de la concentración C/0612/14 que se encuentran accesibles en la página web de la CNMC¹⁰⁹. Por ello las entidades comercializadoras tenían acceso a las limitaciones a que se encontraba sujeta TELEFÓNICA en cuanto a la adquisición de derechos exclusivos deportivos, teniendo en cuenta que el compromiso 2.4 señala con

¹⁰⁹ <https://www.cnmc.es/expedientes/c061214>

claridad que los contratos que suscriba TELEFÓNICA en este ámbito “*no podrán permitir la explotación de los contenidos audiovisuales deportivos adquiridos más allá del plazo máximo de tres (3) años a contar desde la firma del contrato*”.

(176) Aquellas entidades que comercializaran derechos estableciendo requisitos en cuanto a la duración o la firma de contratos que excedieran las limitaciones recogidas en el compromiso 2.4 eran conocedoras de que TELEFÓNICA estaba obligada a respetar estas limitaciones en cuanto a la participación en las correspondientes licitaciones o para la formalización de los correspondientes contratos.

(177) Debe señalarse que nada indican los compromisos, y en particular el compromiso 2.4, que constituya una excepción a su cumplimiento atendiendo a las condiciones establecidas por las entidades comercializadoras de derechos. Por el contrario, el compromiso 2.4 establece de manera específica que los contratos de adquisición de contenidos exclusivos adquiridos.

“no podrán permitir la explotación de los contenidos audiovisuales deportivos adquiridos más allá del plazo máximo de tres (3) años a contar desde la firma del contrato”.

(178) Tampoco el compromiso 2.4 establece excepciones a su aplicación atendiendo al tipo de contenido deportivo exclusivo, en particular si estos contenidos tienen carácter *premium* o no, puesto que es exigible respecto de todos los contenidos deportivos exclusivos adquiridos a terceros.

(179) A este respecto procede señalar que en la Resolución de vigilancia del expediente VC/0612/14, adoptada por Consejo de la CNMC de fecha 29 de noviembre de 2022¹¹⁰, en el apartado II.13.B.e párrafos (664) y ss. se aprecia el incumplimiento del compromiso 2.4 señalado en el presente expediente sancionador. Precisa el Consejo de la CNMC que “*No puede admitirse la alegación de Telefónica según la cual sería compatible con los compromisos la previsión de una opción unilateral para los organizadores, no para Telefónica, que permitiese ampliar esa duración máxima*”.

A la vista de todo ello **debe concluirse que TELEFÓNICA ha incumplido el compromiso 2.4** (“*Adquisición de derechos de emisión en España de contenidos audiovisuales deportivos de terceros*”), **que establece un periodo máximo de explotación de los contenidos de tres (3) años a contar desde la firma del contrato, en relación con nueve contratos.**

(180) TELEFÓNICA alega que su conducta en relación con el compromiso 2.4 carece tanto de tipicidad como de antijuridicidad, debido a distintas razones que han de ser contestadas de forma individual. Dado que la alegada antijuridicidad se

¹¹⁰ Folios 3075-3227.

tratará en un apartado posterior, analizaremos ahora las alegaciones relativas a la supuesta ausencia de tipicidad.

- (181) En primer lugar, TELEFÓNICA argumenta que los 9 contratos controvertidos no superaron los 3 años de periodo de explotación, ya que, a pesar del momento de firma de dichos contratos, los contenidos deportivos no pudieron ser explotados hasta la fecha de inicio de la competición deportiva en cuestión. Esta cuestión, según TELEFÓNICA, es clave ya que permite inferir que ninguno de los contratos superó los tres años de periodo de explotación y permiten analizar los efectos reales de los excesos de duración.
- (182) Dicha alegación no puede ser compartida por el Consejo. En relación con esta alegación, debe señalarse que los argumentos aportados por TELEFÓNICA no desvirtúan el hecho de que el compromiso 2.4 señala con claridad que estos contratos no podrán permitir *“la explotación de los contenidos audiovisuales deportivos adquiridos más allá del plazo máximo de tres (3) años a contar desde la firma del contrato”*. Se trata por tanto de una limitación precisa y con una referencia clara en cuanto al momento a partir del cual debe computarse el comienzo del periodo máximo de tres años al que se limita la explotación de los derechos, y este momento es la fecha de firma del contrato. Este momento no es la fecha de inicio de explotación de los derechos como argumenta TELEFÓNICA, pues en ese caso así lo habrían precisado los compromisos.
- (183) Una interpretación en el sentido señalado en las alegaciones sería de facto una revisión del compromiso haciendo que la limitación a la adquisición de contenidos deportivos exclusivos fuera menos restrictiva que la recogida en el compromiso 2.4. Debe recordarse que la valoración de los compromisos y en particular del compromiso 2.4 en cuanto a su suficiencia para solventar los problemas de competencia derivados de la concentración fue realizada en el Informe Propuesta en segunda fase de la concentración C/612/14. En el caso del compromiso 2.4 la valoración se realizó sobre la base de una limitación a la compra de contenidos deportivos exclusivos de 3 años desde la fecha de firma del contrato tal y como puede observarse en el párrafo 1025 del Informe Propuesta en segunda fase.
- (184) Tampoco puede compartirse que el objeto principal del compromiso 2.4 sea garantizar que TELEFÓNICA acuda al mercado cada 3 años o temporadas. Como se ha señalado, el objetivo fundamental de las limitaciones a la adquisición de contenidos exclusivos (tanto deportivos como no deportivos) era limitar la capacidad de TELEFÓNICA para adquirir esta clase de contenidos y su acaparamiento, debido a su elevado poder de compra y de rentabilizar los derechos debido a su amplia base de clientes, y, como resultado de ello, facilitar a otros operadores la adquisición de contenidos. Uno de los efectos de las

limitaciones era que los contenidos “*salgan periódicamente y de forma efectiva al mercado*”.

- (185) En cuanto a las alegaciones relativas a los excesos de plazo de menor cuantía, este Consejo ha de puntualizar que, independientemente del plazo de desvío, estos constituyen incumplimientos del compromiso de igual manera. La circunstancia de su menor desvío será considerada, en cada caso, a efectos del cálculo de la multa a imponer.
- (186) Posteriormente, TELEFÓNICA alega que, de acuerdo con el fin que los compromisos contraídos en el contexto del expediente de concentración TELEFÓNICA/DTS, a efectos del compromiso 2.4, “*años*” y “*temporadas*” han de interpretarse indistintamente. A estos efectos, TELEFÓNICA cita extractos del Informe Propuesta en Segunda Fase de 14 de abril de 2015, manifiesta que el compromiso no tiene mención alguna a la vigencia de adquisición de los contratos, en contraste con los compromisos de contenido no deportivo (2.1 y 2.2), en los que se cuenta el periodo desde la puesta a disposición de los contenidos, y cita un extracto de la resolución C/0432/12, Antena 3/La Sexta.
- (187) Tampoco esta alegación puede ser acogida. En primer lugar, la mención a los “*últimos ciclos de temporadas*” en el Informe Propuesta no puede ser interpretada como un criterio definitivo, ya que se trata de una simple expresión gramatical que nada tiene que ver con la redacción del compromiso 2.4.
- (188) En cuanto a la ausencia de diferencia de plazos de explotación y adquisición que sí se da en los contratos de contenidos no deportivos, por una parte, existe una razón objetiva para que exista la diferencia señalada en los compromisos de contenidos no deportivos, dado que estos contenidos (películas, series, documentales, etc.) permiten su explotación a lo largo del tiempo, de manera que, aunque el valor del contenido pueda ser decreciente al explotarse en sucesivas ventanas, los contenidos mantienen valor con el transcurso del tiempo incluso durante varios años. Por el contrario, los contenidos deportivos concentran su valor principal en la emisión en directo, mantienen un cierto valor en las horas posteriores a la celebración (resúmenes) y su valor posterior es muy reducido. Por ello en el caso de contenidos deportivos no se justifica una diferencia sustantiva entre vigencia de la exclusividad y periodo de explotación.
- (189) En todo caso el contenido del compromiso 2.4 resulta claro en su redacción que no resulta consistente con lo señalado por TELEFÓNICA, dado que la limitación se establece respecto del periodo de explotación de los contenidos a contar desde la fecha de firma del contrato al margen del momento en que se hubieran puesto a disposición de TELEFÓNICA.
- (190) En cuanto a lo dictaminado en el expediente Antena 3/La Sexta, lo dicho en aquel expediente no puede considerarse aplicable a este, ya que las cuestiones

analizadas en uno y otro no son directamente asimilables. A mayor abundamiento, el extracto mencionado por TELEFÓNICA se refiere a tres años desde la fecha de firma y tres años desde la puesta a disposición de los contenidos en general. Siendo el compromiso 2.4 directamente aplicable a TELEFÓNICA, es la redacción de este y las condiciones por él establecidas lo realmente relevante a estos efectos.

- (191) Alega también TELEFÓNICA que la dinámica de los mercados de contenidos deportivos en su mayoría, y en especial los contratos de derechos de fútbol, es la de licitar contratos por una duración de tres temporadas, e incluso se observa una tendencia a que los titulares de los derechos liciten por periodos temporales más largos. En apoyo de su argumento, TELEFÓNICA enumera algunas de las licitaciones tratadas por el Informe Propuesta en segunda fase de la operación de concentración TELEFÓNICA/DTS, así como otros procesos de licitación posteriores, para concluir que estas circunstancias siempre son condiciones ajenas a la capacidad decisoria de Telefónica, además de ser condiciones públicas.
- (192) De nuevo, esta alegación debe ser desestimada. Este Consejo no cuestiona que sea una práctica del mercado la comercialización por temporadas de los derechos de determinadas competiciones deportivas, en particular de competiciones regulares como las de los campeonatos de liga de fútbol de primera y de segunda división. Tampoco se cuestiona que ciertos requisitos sean establecidos por las entidades que comercializan los derechos.
- (193) Al igual que TELEFÓNICA argumenta que las condiciones de comercialización de derechos eran públicas, también son públicos y conocidos desde el año 2015 los compromisos a que fue condicionada la autorización de la concentración C/0612/14 que se encuentran accesibles en la página web de la CNMC¹¹¹. Por ello las entidades comercializadoras tenían acceso a las limitaciones a que se encontraba sujeta TELEFÓNICA en cuanto a la adquisición de derechos exclusivos deportivos, teniendo en cuenta que el compromiso 2.4 señala con claridad que los contratos que suscriba TELEFÓNICA en este ámbito *“no podrán permitir la explotación de los contenidos audiovisuales deportivos adquiridos más allá del plazo máximo de tres (3) años a contar desde la firma del contrato”*.
- (194) Aquellas entidades que comercializaran derechos estableciendo requisitos en cuanto a la duración o la firma de contratos que excedieran las limitaciones recogidas en el compromiso 2.4 eran conocedoras de que TELEFÓNICA estaba obligada a respetar estas limitaciones en cuanto a la participación en las correspondientes licitaciones o para la formalización de los correspondientes contratos.

¹¹¹ <https://www.cnmc.es/expedientes/c061214>

- (195) Debe señalarse que nada indican los compromisos, y en particular el compromiso 2.4, que constituya una excepción a su cumplimiento por las razones alegadas. Por el contrario, el compromiso 2.4 establece de manera específica que los contratos de adquisición de contenidos exclusivos adquiridos *“no podrán permitir la explotación de los contenidos audiovisuales deportivos adquiridos más allá del plazo máximo de tres (3) años a contar desde la firma del contrato”*.
- (196) A este respecto procede señalar que en la Resolución de vigilancia del expediente VC/0612/14, adoptada por Consejo de la CNMC de fecha 29 de noviembre de 2022¹¹², se suscitaron alegaciones similares en cuanto a varios contratos entre los que se encontraban los suscritos con fecha 5 de julio de 2018 entre TELEFÓNICA y LALIGA. El Consejo de la CNMC en el apartado II.13.B.e párrafos (664) y ss. de esta resolución aprecia un incumplimiento del compromiso 2.4 por haber explotado contenidos una vez superado el plazo de 3 años desde la firma de los contratos. Precisa el Consejo que *“No puede admitirse la alegación de Telefónica según la cual sería compatible con los compromisos la previsión de una opción unilateral para los organizadores, no para Telefónica, que permitiese ampliar esa duración máxima”*.
- (197) Prosigue TELEFÓNICA en su argumentación alegando que la interpretación formalista del cómputo de los 3 años desde la fecha de firma hubiera equivalido a una renuncia a concurrir en las subastas celebradas por los titulares de derechos, ya que normalmente la firma de los contratos se produce antes del inicio de la competición, no tiene sentido licitar una temporada a medias, y carecería de lógica para TELEFÓNICA competir por un periodo inferior al licitado. Por último, alega que esta interpretación supondría un gran perjuicio, ya que la adquisición de contenido deportivo ha sido siempre un negocio muy importante para TELEFÓNICA, incluido el momento en el que se adquirieron los compromisos.
- (198) De nuevo, estas alegaciones no pueden ser estimadas. Este Consejo estima que el compromiso 2.4 precisa determinadas obligaciones que debía cumplir TELEFÓNICA en los contratos exclusivos de contenidos deportivos. Debe recordarse que fue la propia notificante de la operación de concentración la que propuso los compromisos por lo que tuvo la oportunidad de proponer otro compromiso en lo que se refiere a la adquisición de contenidos deportivos o incluso no proponer compromiso alguno en relación con estos derechos.
- (199) La autorización de la operación de concentración C/612/14 sujeta al cumplimiento de los compromisos presentados se produjo por la adecuación de estos concretos compromisos y no otros para resolver los problemas de

¹¹² Folios 646-798.

competencia derivados de la concentración que habían sido identificados. Como se señaló en el párrafo (1025) del Informe Propuesta en segunda fase, al valorar los compromisos ofrecidos, se destaca que “*TELEFÓNICA se compromete a limitar la duración de sus contratos de adquisición exclusiva de contenidos audiovisuales a tres años a contar desde la firma del contrato*” (subrayado añadido).

- (200) El siguiente argumento de TELEFÓNICA consiste en sostener que la fecha en la que se firma un contrato no tiene por qué determinar la duración de los efectos del contrato, que es lo que los compromisos buscaban regular. A estos efectos, TELEFÓNICA recopila algunos párrafos del Informe Propuesta para alegar que se debe interpretar que el plazo de tres años del compromiso 2.4 debe referirse a la necesidad de que TELEFÓNICA deba acudir al mercado cada tres años para adquirir los derechos, lo que en la práctica es cada tres temporadas, por lo que, insiste, en el análisis del cumplimiento del compromiso 2.4, debe valorarse la fecha de inicio de cada competición, que equivale a la fecha de inicio de explotación.
- (201) Tampoco ha de acogerse esta alegación. De forma similar a lo ya argumentado con respecto a la primera alegación, la interpretación ofrecida por TELEFÓNICA representaría una revisión del compromiso que haría que este fuera menos restrictivo de lo estimado en el momento en el que se estudiaron los posibles efectos de su incumplimiento. Adicionalmente, hemos de insistir en que la redacción del compromiso es lo suficientemente clara acerca del momento en el que ha de empezar a contarse el plazo de explotación, y como ha establecido el Tribunal Supremo, “*in claris non fit interpretatio*”¹¹³.
- (202) El sexto argumento de TELEFÓNICA en referencia a la tipicidad del incumplimiento del compromiso 2.4 se basa en que la interpretación del compromiso sostenida por ella es coherente con informes previos del Consejo de esta institución relativos a subastas de derechos nacionales de fútbol.
- (203) No cabe tampoco acoger esta alegación. De nuevo, este Consejo ha de insistir en que la redacción del compromiso 2.4 es clara y no da lugar a equívocos, e incluso TELEFÓNICA envió cartas a varios proveedores de derechos deportivos en las que aplicaba el criterio de los tres años desde la fecha de firma de forma directa¹¹⁴. Además, no cabe modificar la interpretación de los compromisos contraídos en una concentración a la luz de unos informes ajenos a esta.
- (204) Por último, TELEFÓNICA sostiene que su interpretación del compromiso 2.4 es coherente con resoluciones previas del Consejo de la CNC en expedientes relativos a derechos nacionales de fútbol, citando la resolución del Consejo de la

¹¹³ Por ejemplo, en su Auto de 7 de noviembre de 2019 (recurso 3111/2019).

¹¹⁴ Folios 560-604 del expediente de vigilancia.

extinta CNC de 14 de abril de 2010 en el expediente S/0006/07 para, de nuevo, argumentar que la fecha de inicio del cómputo debería ser la fecha de inicio de la competición en cuestión.

- (205) Este Consejo no puede acoger tampoco esta alegación por las razones ya sobradamente expuestas: la redacción del compromiso 2.4 es lo suficientemente clara en sí misma, sin que la resolución de 2010 pueda influir en los compromisos adoptados en otro expediente posterior.
- (206) Todos los argumentos expuestos demuestran el incumplimiento y la concurrencia de los principios necesarios para sancionar. Ahora bien, este Consejo considera que la valoración de la gravedad de la infracción debe tener en consideración que el incumplimiento de la literalidad de este compromiso tiene una proyección de carácter esencialmente formal. Como se expresará en el apartado relativo a la sanción, las circunstancias concretas de esta infracción aconsejan que el reproche sancionador se reduzca de manera muy relevante.

3.4.1.5. Incumplimiento del compromiso 2.9

- (207) El compromiso 2.9 establece que la entidad resultante pondrá a disposición de otros operadores de televisión de pago en España una oferta mayorista de canales propios *premium*.

3.4.1.5.1. Sobre el compromiso 2.9.e)

- (208) Según se deduce de lo señalado en el apartado de hechos probados [párrafos (79) a (88)] **TELEFÓNICA ha incumplido el compromiso 2.9.e) en relación a las condiciones generales de comercialización minorista de las ofertas de televisión de pago remitidas por TELEFÓNICA para el periodo comprendido entre el 9 de julio de 2017 y el 23 de julio de 2018, al no haber estado disponibles para su contratación a la carta los canales propios *premium* para los clientes finales del paquete de TV de pago básico más contratado en la plataforma IPTV.**
- (209) Sin embargo, en sus alegaciones, TELEFÓNICA sostiene que los clientes que tuvieron un paquete básico más contratado en la plataforma de IPTV sí pudieron contratar individualmente los canales *Premium* de Telefónica en todo momento, cumplimiento con la literalidad del Compromiso 2.9.e)¹¹⁵. Aporta para ello un documento sobre el procedimiento de comercialización de los mencionados canales¹¹⁶.
- (210) Este Consejo deber reiterar lo ya mencionado al respecto de esta misma alegación en el marco de la resolución de 29 de noviembre de 2022. Sin ánimo

¹¹⁵ Folios 3741-3742.

¹¹⁶ Véase Anexo 7 de su escrito de alegaciones (folios 4239-4249).
Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia
C/ Alcalá, 47 – 28014 Madrid - C/ Bolivia, 56 – 08018 Barcelona
www.cnmcc.es

de ser excesivamente reiterativos sobre la argumentación ahí vertida¹¹⁷ cabe recordar que ya en la resolución de 22 de mayo de 2018 el Consejo apreció indicios de incumplimiento de este compromiso en relación con las dos ofertas mayoristas anteriores al periodo ahora investigado (primera y segunda). Precisamente por ello, el Consejo concedió dos meses adicionales (hasta el 22 de julio de 2018), para que TELEFÓNICA subsanara este incumplimiento, exigiendo el reporte quincenal de los avances realizados.

- (211) En dicho contexto, TELEFÓNICA comunicó estos avances, entre otros, con fecha 22 de junio de 2018¹ 6 de julio de 2018 y 23 de julio de 2018 [párrafos (84) a (86)].
- (212) Pues bien, no fue hasta la respuesta de TELEFÓNICA de 23 de julio de 2018 cuando, en el último día del plazo señalado en la resolución de 22 de mayo de 2018, TELEFÓNICA comunica el cumplimiento del requerimiento de permitir la contratación a la carta de los canales *premium* de su oferta mayorista por sus clientes finales del paquete de televisión de pago básico más contratado en la plataforma IPTV de televisión de pago, por las mismas vías en las que estos canales se comercializan de forma empaquetada a estos clientes. En concreto, señalo lo siguiente¹¹⁸:

“Sobre esta cuestión, desde el 23 de julio de 2018 los clientes pueden contratar los canales a la carta premium de la oferta mayorista de Telefónica en el paquete de televisión de pago básico más contratado en la plataforma IPTV de televisión de pago a través del Canal Presencial (tiendas) y Canal telefónico (1004). A esos efectos se ha comunicado a la red de ventas de las tiendas de Telefónica como novedad que los comerciales deben de tramitar estos canales a la carta premium cuando el cliente lo solicite y que ya no debe remitirle al Canal Online (operativa anterior)”

[...]

“Asimismo, desde el 23 de julio de 2018 está disponible a través del mando de la televisión de Telefónica los canales premium a la carta, en la sección del menú relativa a la contratación de paquetes y del resto de canales a la carta (“mi cuenta”).

[...]

“Con respecto al Canal Online, desde el 23 de julio un cliente puede contratar los canales a la carta premium de Telefónica, <http://www.movistar.es/particulares/television/otros-canalestv>, sin que sea a través de una venta asistida”. (subrayado añadido)

- (213) Por lo anterior, no cabe acoger la alegación de TELEFÓNICA.

3.4.1.5.2. Sobre el compromiso 2.9.f)

- (214) Como se ha señalado en el apartado de hechos probados [párrafo (95)], en las condiciones tipo de la quinta oferta mayorista de canales de 2019 se incorpora un párrafo con la redacción siguiente:

¹¹⁷ Véanse los párrafos 520 a 543 de la misma.

¹¹⁸ Folios 839-858.

“En este sentido, la mera coordinación de marcas y/o acciones publicitarias entre un operador y cualquier empresa, obliga a ambas (el operador y la empresa) a actuar, a todos los efectos respecto de esta oferta, como un solo adquirente.”

- (215) Esta condición implica que los operadores que pudieran realizar esta clase de actuaciones comerciales se verían en la práctica sometidos a la limitación en la adquisición de canales señalada en el párrafo tercero del compromiso 2.9.f)¹¹⁹. Por otra parte, estos operadores se verían penalizados a la hora de adquirir canales sujetos al modelo de CMG, de acuerdo con lo recogido en el anexo 1.1 de los compromisos¹²⁰, al sumarse los abonados y cuotas de ambos operadores a efectos de determinar el reparto del coste fijo.
- (216) Las condiciones recogidas en la oferta de canales en ningún caso deben resultar desproporcionadas en relación con el objetivo señalado en los compromisos, imponiendo de manera injustificada limitaciones al acceso de los competidores de TELEFÓNICA a los canales de la oferta mayorista y en consecuencia condicionando su capacidad para competir en el mercado minorista de televisión de pago.
- (217) El compromiso 2.9.f) recoge tres elementos principales. En primer lugar, contempla que nos encontremos ante *“cualquier forma de asociación o acuerdo”*, en segundo lugar, exige que dicha asociación debe producirse entre *“dos o más operadores de televisión de pago (cualquiera que sea la modalidad tecnológica de prestación: IPTV, OTT, TDT, DTH, etc.)”*, en tercer lugar, que dichos operadores *“coordinasen o complementasen de forma activa frente al consumidor final su oferta minorista de televisión de pago”*.
- (218) El párrafo antes señalado [párrafo (214)], incluido en la oferta mayorista 2019, hace referencia a la coordinación entre un operador y cualquier empresa, así como a cualquier coordinación de marcas y/o acciones publicitarias. Por una parte, no precisa que dicha coordinación se realice de manera directa o indirecta entre dos operadores o adquirentes de derechos de la oferta mayorista como

¹¹⁹ *En el caso de que dos o más operadores de televisión de pago (cualquiera que sea la modalidad tecnológica de prestación: IPTV, OTT, TDT, DTH, etc.) mediante cualquier forma de asociación o acuerdo, coordinasen o complementasen de forma activa frente al consumidor final su oferta minorista de televisión de pago, la entidad resultante no vendrá obligada a ofrecer a la suma de esos operadores acceso a un número de canales superior al 50% (con redondeo al alza) del total de canales mayoristas ofertados.*

¹²⁰ *En el supuesto de que dos o más operadores ofreciesen conjuntamente servicios de comunicaciones electrónicas y/o televisión de pago que incluyesen canales de Fútbol, Fórmula 1 o Moto GP de esta oferta mayorista, el cálculo del Coste Mínimo Garantizado será el que resulte de aplicar los siguientes criterios de reparto del coste fijo:*

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

exigen los compromisos. Por el contrario, hace referencia a acuerdos entre un operador y cualquier empresa.

- (219) Tampoco menciona que dicha coordinación de marcas o actuaciones publicitarias deba estar orientada a coordinar o complementar de forma activa frente al consumidor final su oferta minorista de televisión de pago y por tanto la explotación en dicho mercado de los contenidos adquiridos a través de la oferta mayorista, como también exige el compromiso.
- (220) Determinadas prácticas comerciales que sean lícitas, por ejemplo, en el ámbito publicitario, como la mera facilitación de información a clientes sobre plataformas OTT mediante una remisión expresa a las plataformas *online* y canales en abierto para obtener más información, siempre que ello no conlleve una coordinación o complemento de forma activa frente al consumidor final de la oferta minorista de televisión de pago, no justificarían la aplicación de lo señalado en el párrafo tercero del compromiso 2.9.f). Sin embargo, el párrafo reseñado, recogido en la quinta oferta mayorista, sujetaría a estos operadores a las limitaciones del compromiso 2.9.f).
- (221) En este sentido el párrafo recogido en las condiciones tipo de la quinta oferta mayorista de canales de 2019 [párrafo (214)] resulta contrario a lo señalado en el compromiso 2.9.f) párrafo tercero, por no adecuarse a lo señalado en el compromiso e imponer limitaciones al acceso a los canales de la oferta mayorista por parte de operadores de televisión de pago en España competidores de TELEFÓNICA no amparadas por lo señalado en el compromiso.
- (222) Cabe señalar que no existe constancia de que esta previsión de la quinta oferta mayorista haya sido aplicada en la práctica, sin perjuicio de que su mera inclusión en la oferta haya podido condicionar o limitar la actuación de los operadores de televisión de pago.
- (223) TELEFÓNICA alega que el incumplimiento supone una mera discrepancia interpretativa de puro matiz, absolutamente menor, por lo que no tiene entidad como para constituir una infracción muy grave de la LDC. En todo caso, entiende que el Compromiso 2.9.f) no prohíbe la redacción propuesta por TELEFÓNICA, sino simplemente la expresa de una manera menos acotada, pero absolutamente genérica en todo caso.
- (224) Este Consejo discrepa de las alegaciones de TELEFÓNICA sobre lo insustancial de los cambios de redacción realizados frente al literal del compromiso. No se trata de meros cambios estéticos o de menor entidad. Como se ha señalado, el párrafo controvertido de las condiciones tipo de la quinta oferta mayorista de canales de 2019 [párrafo (95) de los hechos acreditados], hace referencia a la coordinación entre un operador y cualquier empresa, así como a cualquier coordinación de marcas y/o acciones publicitarias. Tal y como se ha señalado en

los párrafos anteriores, dicha redacción resulta mucho más amplia y genérica que las condiciones de la cláusula 2.9.f) de los compromisos. Por una parte, no precisa que dicha coordinación se realice bien sea de manera directa o indirecta entre dos operadores o adquirentes de derechos de la oferta mayorista como exigen los compromisos y tampoco menciona que dicha coordinación de marcas o actuaciones publicitarias deba estar orientada a coordinar o complementar de forma activa frente al consumidor final su oferta minorista de televisión de pago y por tanto la explotación en dicho mercado de los contenidos adquiridos a través de la oferta mayorista, como también exige el compromiso. Es por ello que procede desestimar las alegaciones de TELEFÓNICA.

3.4.1.5.3. Sobre los compromisos 2.9.h, 2.9.i y 2.9.j párrafo primero

- (225) Como se ha detallado en el apartado de hechos [párrafos (96) a (117)], las tres ofertas mayoristas de 2017, 2018 y 2019 incluyen determinadas previsiones relativas a la calidad técnica de la señal en función de los dispositivos de recepción.
- (226) En el caso de dispositivos STB provisionados por operadores con red propia o gestionada se establecen requisitos técnicos de seguridad que deben cumplir estos dispositivos de recepción de la señal del contenido de manera que los dispositivos que cumplan los requisitos puedan acceder a los contenidos en formatos de alta calidad.
- (227) En el caso de los Dispositivos OTT no se determinan requisitos de seguridad para los dispositivos, sino que se fijan limitaciones en cuanto a la calidad atendiendo al tipo de dispositivo de recepción. En la oferta de canales de 2017 estas limitaciones eran aplicables a todos los dispositivos OTT, tanto de la categoría SD como HD, con independencia de sus características. Sin embargo, en las ofertas de canales de 2018 y 2019 se introduce un nuevo apartado que permite la emisión en calidad UHD para algunos dispositivos OTT-HD que cumplan determinados requisitos de seguridad, manteniéndose la limitación de calidad para los dispositivos OTT-SD y el resto de OTT-HD con independencia de sus características.
- (228) Por otra parte, en las ofertas mayoristas de canales de 2017 y de 2018, así como a la de 2019 (en relación con los canales que no son de fútbol) el número máximo de *streamings* simultáneos en el entorno del servicio OTT permitidos para los operadores con red propia es superior al de operadores OTT, pudiendo los operadores con red propia ampliar el número de accesos simultáneos del servicio OTT cuando se cumplan determinados requisitos para garantizar que el acceso se produce desde el hogar (vinculadas a determinados parámetros asociados al descodificador, al control de direcciones IP y otros medios).

- (229) En lo que se refiere a la explotación de servicios OTT, en la oferta de 2017 se permitía a los operadores OTT 1 acceso simultáneo pudiendo los operadores con red propia ampliarlo hasta 3. En las ofertas de 2018 y 2019 se fijaba un límite de 2 accesos simultáneos para operadores OTT pudiendo los operadores con red propia ampliarlos hasta 4. En la oferta mayorista de 2019 no existía esta diferenciación para los canales de fútbol.
- (230) No existía posibilidad de que los operadores OTT pudieran tener acceso a una oferta similar en cuanto al número de accesos simultáneos permitidos, cumpliendo los correspondientes requisitos de seguridad, equivalentes a los anteriores, que pudieran ser exigibles.
- (231) El hecho que en la oferta de referencia de 2019 se haya eliminado la diferenciación en cuanto al número máximo de *streamings* simultáneos en el entorno OTT basada en requisitos de control de uso en el hogar sin distinción de operadores pone de manifiesto la viabilidad de ofrecer condiciones iguales para operadores de televisión de pago con red propia y operadores OTT puros.
- (232) De acuerdo con lo señalado en el compromiso 2.9.h [véase párrafo (96)], no deberán introducirse limitaciones a la calidad o los dispositivos autorizados más allá de las limitaciones que hayan sido asumidas por la entidad resultante en los contratos con los proveedores de contenidos audiovisuales incluidos en el canal.
- (233) Como se ha precisado en el apartado de hechos probados, las restricciones de calidad en función de los dispositivos de recepción y las diferencias en cuanto al número máximo de *streamings* simultáneos permitidos, antes detalladas, en lo que se refiere a canales de contenido deportivo, no se encuentran motivadas por restricciones recogidas en los contratos con los proveedores de los principales contenidos audiovisuales incluidos en los canales deportivos de las ofertas mayoristas.
- (234) Tampoco se recoge en las ofertas de canales otros motivos que justifiquen dichas limitaciones por razones objetivas como por ejemplo necesidades técnicas relacionadas con medidas de protección frente al uso no autorizado de los derechos.
- (235) Todo ello implica que los operadores con Red propia o gestionada afrontan condiciones de acceso a los contenidos diferentes a las ofrecidas a los operadores OTT.
- (236) Mientras los primeros pueden acceder a contenidos de alta calidad si los dispositivos de usuario cumplen determinados requisitos de seguridad, los segundos no pueden acceder a estos contenidos en alta calidad incluso aunque

los dispositivos OTT¹²¹ cumplieran unos requisitos de seguridad equivalentes a los de los operadores con red propia.

- (237) De igual forma los operadores con red propia pueden explotar un número mayor de *streamings* simultáneos en el entorno OTT si se cumplen unos controles de acceso desde el hogar, de los que no pueden disponer los operadores OTT puros incluso si verifican tales requisitos.
- (238) Esta limitación resulta contraria a lo señalado en el compromiso 2.9.h, que prohíbe fijar limitaciones de calidad o de los dispositivos autorizados, y no está amparada por las razones señaladas en este compromiso para los canales deportivos.
- (239) Estas restricciones a los operadores OTT puros de televisión de pago resultan asimismo contrarias a lo señalado en el compromiso 2.9.i) [véase párrafo (97)] puesto que constituyen una limitación a la forma de comercializar a nivel minorista los canales adquiridos por terceros operadores. En particular se limita a los operadores OTT la comercialización de contenidos con calidad HD o UHD mediante dispositivos OTT, y se limita el máximo de *streamings* simultáneos en el entorno OTT sin una justificación objetiva.
- (240) Debe señalarse que uno de los objetivos principales del compromiso 2.9.i) es que la oferta mayorista de TELEFÓNICA no venga condicionada con su estrategia de comercialización minorista y permita por tanto a los competidores estructurar su propia oferta comercial de manera diferenciada a la de la propia TELEFÓNICA lo que resulta especialmente relevante para promover una mayor competencia en el mercado, por ejemplo, atendiendo a las preferencias de todo tipo de clientes.
- (241) Igualmente, este tratamiento diferencial de los diferentes operadores, sin una justificación objetiva, contraviene lo establecido en el compromiso 2.9.j [véase párrafo (98)] que obliga a que la oferta mayorista de canales propios *premium* se hará en condiciones equitativas, razonables, objetivas, transparentes y no discriminatorias.
- (242) TELEFÓNICA ha incumplido el compromiso 2.9.h) que prohíbe incluir en los contratos de la oferta mayorista limitaciones en cuanto a la “*calidad o modalidad de emisión, o los dispositivos autorizados*”, el compromiso 2.9.j) que exige que la oferta mayorista se realice en condiciones equitativas, razonables y objetivas, y el compromiso 2.9.i), al condicionar “*la forma de comercializar a nivel minorista en España los canales adquiridos por terceros operadores de televisión de pago*” en relación con:

¹²¹ Todos los dispositivos OTT en la oferta de 2017 y los dispositivos OTT-SD en las ofertas de 2018 y 2019.

- Las limitaciones a la calidad técnica de la señal en función de los dispositivos de recepción aplicadas a los dispositivos OTT recogidas en las tres ofertas mayoristas de 2017, 2018 y 2019 en lo que se refiere a los canales deportivos.
- Las diferencias en cuanto al número máximo de *streamings* simultáneos en el entorno OTT a los que pueden acceder los operadores con red propia y los operadores OTT puros recogidas en las ofertas mayoristas de 2017, 2018, y 2019 (excepto canales de fútbol de la oferta de 2019) en lo que se refiere a canales deportivos.

(243) En relación con la adopción por TELEFÓNICA de las limitaciones técnicas reprochadas, alega que no obedecían a un ánimo de discriminar o perjudicar a otros operadores, sino simplemente implementar medidas técnicas de protección adecuada y extenderla a los contenidos deportivos con el fin de garantizar que se cumple el régimen de *streams* (*HD +1 SD* fuera del domicilio o ubicación principal) de la OM, con la mejor experiencia posible, preservando el valor y rentabilidad de los contenidos y evitar la práctica extendida de compartición de claves¹²².

(244) Al respecto, cabe señalar que este Consejo no se opone ni cuestiona la oportunidad o necesidad de adoptar medidas o establecer requisitos para prevenir el uso ilícito o fraudulento por parte de los usuarios finales de los contenidos ofertados. No obstante dichos requisitos deben respetar en todo caso lo señalado en los compromisos y ser proporcionados al fin perseguido y no discriminatorios, con independencia de que su cumplimiento pueda resultar más o menos oneroso a cada operador en función de las características técnicas de su plataforma de distribución de los servicios de televisión de pago.

(245) Al igual que alegó TELEFÓNICA al IPV de 2 de septiembre de 2022¹²³, en relación con la justificación de impedir que se acceda a una emisión en HD en una pantalla pequeña, cabe reiterar que nada impide a TELEFÓNICA estructurar su oferta minorista atendiendo a lo que ella considere más adecuado desde el punto de vista comercial, pero precisamente uno de los objetivos principales del compromiso 2.9.i) es que la oferta mayorista de TELEFÓNICA no venga condicionada por su estrategia de comercialización minorista y permita por tanto a los competidores estructurar su propia oferta comercial de manera diferenciada a la de la propia TELEFÓNICA, lo que resulta especialmente relevante para promover una mayor competencia en el mercado, por ejemplo, atendiendo a las preferencias de todo tipo de clientes.

3.4.1.5.4. Sobre la prescripción del incumplimiento del compromiso 2.9

(246) Argumenta TELEFÓNICA que el incumplimiento de los distintos apartados del compromiso 2.9 se halla prescrito, ya que “*los supuestos incumplimientos*

¹²² Folios 3745-3750.

¹²³ Folios 2944-3074.

terminaron, como tarde, con la quinta oferta mayorista de canales de 2019, que estuvo en vigor hasta el 30 de junio de 2020". A este respecto, TELEFÓNICA alega que, para la resolución de esta cuestión, debe tenerse en cuenta tanto lo establecido en el artículo 68 de la LDC en lo referente a los 4 años de plazo de prescripción de las infracciones muy graves como lo establecido en el artículo 30.2 de la LRJSP en cuanto a que la interrupción de la prescripción requiere la iniciación de un procedimiento administrativo de naturaleza sancionadora.

- (247) Concluye su argumento citando jurisprudencia del Tribunal Supremo en la que el Alto Tribunal manifiesta que el procedimiento de vigilancia carece de carácter sancionador y, por ende, según TELEFÓNICA, al haber transcurrido más de cuatro años entre el cese de la conducta infractora, el 30 de junio de 2020, y el primer acto de la Administración con efectos interruptivos de la prescripción, esto es, la notificación de la incoación del presente expediente sancionador, el 11 de noviembre de 2024, estas conductas están prescritas.
- (248) Este Consejo ha de comenzar su contestación recordando que, según el artículo 70 de la LDC, el procedimiento para la imposición de las infracciones no referidas a los artículos 1, 2 ó 3 de la LDC, entre las cuales se encuentra el presente incumplimiento de compromisos, se rige por lo establecido en la LPACAP.
- (249) En este sentido, es importante enfatizar que únicamente serán las cuestiones procedimentales las que quedarán reguladas por la normativa general, es decir, la LPACAP y la LRJSP. Por el contrario, todas las cuestiones sustantivas, como es la institución de la prescripción, quedan reguladas por la normativa especial, en el caso objeto del presente procedimiento, la LDC.
- (250) El carácter de cuestión de fondo de la prescripción es no controvertido y ha quedado establecido repetidamente en la jurisprudencia del Tribunal Supremo¹²⁴. Este hecho es relevante dado que, en consecuencia, no quedará sujeto al mandato del art. 70 de la LDC y, por tanto, no le será de aplicación la normativa general.
- (251) Por ende, y en contra de lo alegado por TELEFÓNICA, solo será aplicable a este caso lo establecido por el art. 68 de la LDC. En concreto, cabe destacar los mandatos del apartado 1 de dicho artículo, que establece un plazo de prescripción de cuatro años para las infracciones muy graves y el inicio del cómputo de la prescripción, y del apartado 3, que establece la interrupción de la prescripción *"por cualquier acto de la Administración tendente al cumplimiento*

¹²⁴ Por ejemplo, en las SSTs de 20/05/1987 (ECLI:ES:TS:1987:3514) y de 31/10/1995 (ECLI:ES:TS:1995:5436), ambas citadas en la SAP Oviedo de 31/05/2002 (ECLI:ES:APO:2002:211A), o en la STS de 02/03/2005 (ECLI:ES:TS:2005:1278), FD 2º: *"la prescripción atañe precisamente al fondo"*.

de la ley y por los actos realizados por los interesados al objeto de asegurar, cumplimentar o ejecutar las resoluciones correspondientes”.

- (252) A este respecto, cabe señalar que si atendemos a la literalidad del artículo 68.3 de la LDC,¹²⁵ los actos realizados en el marco de un procedimiento de vigilancia se encuentran dentro de la definición de actos tendentes al cumplimiento de la Ley. En este sentido, el artículo no limita su ámbito objetivo, al estar referenciado a cualquier acto tendente al cumplimiento de la Ley como es la vigilancia de las resoluciones cuyo incumplimiento supone una infracción prevista en el artículo 62.4.c) consistentes en incumplir o contravenir lo establecido en una resolución, acuerdo o compromiso adoptado en aplicación de la presente ley, tanto en materia de conductas restrictivas como de control de concentraciones.
- (253) Por su parte, la actividad de vigilancia tiene una clara conexión con la posible infracción del artículo 62.4.c) y, por tanto, resulta una actividad tendente a exigir el cumplimiento de la LDC por parte de obligado a ello. Tan es así que, en el marco de la propia vigilancia del expediente VC/612/14 este Consejo adoptó la resolución de 29 de noviembre de 2022 que dio origen al presente procedimiento sancionador cuando se declaró “[L]a existencia de determinados incumplimientos apreciados en la vigilancia del cumplimiento de los compromisos” y se acordó *“Interesar de la Dirección de Competencia la incoación de expediente sancionador por existir indicios de la infracción prevista en el artículo 62.4 c) de la LDC, como consecuencia de los incumplimientos declarados en esta resolución”.*
- (254) Aclarado esto, del análisis de las actuaciones llevadas a cabo por la Dirección de Competencia en el contexto de la vigilancia, se evidencia que se habría interrumpido la prescripción con fecha 15 de marzo de 2021 como consecuencia de la PIPV de esa misma fecha dictada en el marco de expte VC/612/14¹²⁶, en la que se analizaron, entre otros, el estado de los compromisos relacionados con la oferta mayorista de canales lanzadas en 2017, 2018 y 2019 (tercera, cuarta y quinta ofertas mayoristas) referidas al compromiso 2.9 (excepto 2.9.j segundo y tercer párrafo; Anexo 1, apartados 3 y 4; y Anexo 2 Apartado 2.2) y, en el caso del compromiso 2.9.e) relativo a las condiciones de comercialización minorista de canales a la carta se realiza desde el 8 de julio de 2017 y hasta la finalización de la cuarta oferta mayorista.
- (255) En esa PIPV la Dirección de Competencia consideró, entre otras cosas, que durante el periodo comprendido entre el 9 de julio de 2017 y el 23 de julio de 2018 TELEFÓNICA habría incumplido el compromiso 2.9.e) dada la falta de

¹²⁵ *“La prescripción se interrumpe por cualquier acto de la Administración tendente al cumplimiento de la ley y por los actos realizados por los interesados al objeto de asegurar, cumplimentar o ejecutar las resoluciones correspondientes”.*

¹²⁶ Folios 81008-81081 del expediente de vigilancia.
Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia
C/ Alcalá, 47 – 28014 Madrid - C/ Bolivia, 56 – 08018 Barcelona
www.cnmc.es

disponibilidad para su contratación a la carta de los canales propios de la entidad resultante por los clientes finales del paquete de TV de pago básico más contratado en la plataforma de IPTV.

- (256) Respecto a los a los compromisos 2.9.h), 2.9.i) y 2.9.j) la Dirección de Competencia también observó posibles incumplimientos recogidos en las tres ofertas mayorista de 2017, 2018 y 2019 en lo que se refiere a canales *premium* de contenidos deportivos por las limitaciones de la calidad técnica de la señal en función de los dispositivos de recepción o por la imposibilidad de que operadores OTT sin red pudieran acceder a un mayor número de accesos simultáneos basados en el control de ubicación en el hogar como sí se contempla para servicios OTT de operadores con red propia.
- (257) Añadido a lo anterior, también cabe citarse como relevante el requerimiento de información de 28 de octubre de 2021 emitido a TELEFÓNICA¹²⁷ y relacionado con sus alegaciones presentadas el 22 de abril de 2021 a la mencionada PIPV del expediente de referencia, por su aptitud interruptora de la prescripción.
- (258) Por los anteriores motivos, no puede acogerse la alegación referida a la prescripción de la conducta.

3.4.1.6. Conclusión

- (259) En virtud de lo todo lo anterior debe concluirse que **TELEFÓNICA ha incumplido los compromisos 2.1.b, 2.2.a, 2.2.c, 2.3, 2.4, 2.9.e, 2.9.f, 2.9.h, 2.9.i y 2.9.j a que fue subordinada la autorización de la operación de concentración C/0612/14 TELEFÓNICA/DTS** mediante Resolución del Consejo de la CNMC de 22 de abril de 2015 (en su Resuelve PRIMERO). En concreto:
- TELEFÓNICA ha incumplido el compromiso 2.1 (“*Adquisición exclusiva de derechos de emisión en España de contenidos audiovisuales no deportivos de terceros para su emisión lineal*”) respecto de dos contenidos.
 - TELEFÓNICA ha incumplido el compromiso 2.2 (“*Adquisición de derechos de emisión en España de contenidos audiovisuales no deportivos de terceros para su emisión en SVOD*”) respecto de 17 contenidos y en relación con un contrato que incluye una cláusula que limita la explotación de contenidos por terceros.
 - TELEFÓNICA ha incumplido el compromiso 2.3 (“*Adquisición de derechos de emisión en España de contenidos audiovisuales no deportivos de terceros para su emisión en TVOD*”) en relación con diversos contratos de adquisición de contenido cinematográfico de estreno con productoras independientes “*estreno indies*”, así como en dos contenidos de la categoría “*documentales*”.

¹²⁷ Folios 92810- 92813 del expediente de vigilancia.
Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia
C/ Alcalá, 47 – 28014 Madrid - C/ Bolivia, 56 – 08018 Barcelona
www.cnmc.es

- TELEFÓNICA ha incumplido el compromiso 2.4 (“*Adquisición de derechos de emisión en España de contenidos audiovisuales deportivos de terceros*”), en relación con nueve contratos.
- TELEFÓNICA ha incumplido el compromiso 2.9.e) en relación con las condiciones generales de comercialización minorista de las ofertas de televisión de pago remitidas por TELEFÓNICA para el periodo comprendido entre el 9 de julio de 2017 y el 23 de julio de 2018, al no haber estado disponibles para su contratación a la carta los canales propios *premium* para los clientes finales del paquete de TV de pago básico más contratado en la plataforma IPTV.
- TELEFÓNICA ha incumplido el compromiso 2.9.f) por haber incluido en las condiciones tipo de la quinta oferta mayorista de canales de 2019 el requisito siguiente: “*En este sentido, la mera coordinación de marcas y/o acciones publicitarias entre un operador y cualquier empresa, obliga a ambas (el operador y la empresa) a actuar, a todos los efectos respecto de esta oferta, como un solo adquirente.*”
- TELEFÓNICA ha incumplido el compromiso 2.9.h) que prohíbe incluir en los contratos de la oferta mayorista limitaciones en cuanto a la “*calidad o modalidad de emisión, o los dispositivos autorizados*”, el compromiso 2.9.j) que exige que la oferta mayorista se realice en condiciones equitativas, razonables y objetivas, y el compromiso 2.9.i), al condicionar “*la forma de comercializar a nivel minorista en España los canales adquiridos por terceros operadores de televisión de pago*” en relación con:
 - Las limitaciones a la calidad técnica de la señal en función de los dispositivos de recepción aplicadas a los dispositivos OTT recogidas en las tres ofertas mayoristas de 2017, 2018 y 2019 en lo que se refiere a los canales deportivos
 - Las diferencias en cuanto al número máximo de *streamings* simultáneos en el entorno OTT a los que pueden acceder los operadores con red propia y los operadores OTT puros recogidas en las ofertas mayoristas de 2017, 2018, y 2019 (excepto canales de fútbol de la oferta de 2019) en lo que se refiere a canales deportivos

(260) Estas conclusiones son consistentes con lo señalado en la resolución de este Consejo de 29 de noviembre de 2022, en el marco del expediente de vigilancia VC/0612/14.

3.4.2. Responsabilidad y culpabilidad

(261) El artículo 28.1 de la LRJSP establece que sólo podrán ser sancionadas por hechos constitutivos de infracción administrativa las personas físicas y jurídicas, que resulten responsables de los mismos a título de dolo o culpa.

(262) De la infracción tipificada en el apartado de valoración jurídica, a results de lo recogido en los hechos probados, es responsable la mercantil TELEFÓNICA DE ESPAÑA S.A.U., conforme al artículo 62.4 de la LDC, que establece que “*son*

infracciones muy graves incumplir o contravenir lo establecido en una resolución, acuerdo o compromiso adoptado en aplicación de la presente Ley, tanto en materia de conductas restrictivas como de control de concentraciones”, en relación al artículo 61.1 de la LDC, que indica que serán sujetos infractores las personas físicas o jurídicas que realicen las acciones tipificadas como infracciones en la LDC.

- (263) Respecto del elemento subjetivo de la infracción, la culpabilidad, las autoridades españolas de competencia han acogido¹²⁸, naturalmente:

“La jurisprudencia del Tribunal Constitucional y Tribunal Supremo viene afirmando que los principios del Derecho Penal son de aplicación, con matizaciones, al Derecho Administrativo Sancionador.”

- (264) Asimismo, la CNMC ha asumido el sentado criterio jurisprudencial de que *“La conducta debe ser reprochable, al menos, a título de negligencia, lo que excluye que necesariamente deba concurrir como elemento subjetivo de lo injusto el dolo (en cualquiera de sus grados); sino que basta con que se presencie la falta de una debida y básica diligencia”*¹²⁹.

- (265) En este sentido, no cabe una responsabilidad objetiva por el mero hecho de una actuación ilícita, sino que es exigible el concurso de, al menos, un principio de culpa¹³⁰, aun a título de simple inobservancia (artículo 28.1 de la LRJSP).

- (266) Precisamente, el contenido del artículo 62.4 de la LDC persigue preservar la *“auctoritas”* de la administración plasmada a través de sus resoluciones de obligado cumplimiento. La protección de este bien jurídico se hace especialmente importante en el ámbito de la defensa de la competencia, donde la LDC atribuye a las resoluciones dictada por la CNMC un contenido más amplio que el generalmente previsto en el derecho administrativo.

- (267) Dentro de este tipo *“muy grave”* de incumplimiento de las resoluciones, la LDC hace una especial alusión al reproche que le merece la contravención de los compromisos que, en aplicación de aquella ley, pueden aceptarse en materia de control de concentraciones. El menoscabo a la *“auctoritas”* de la CNMC se

¹²⁸ Resolución de la CNMC de fecha 14 de marzo de 2017 Expediente SNC/ DC/0074/16 CONSENUR, Resolución de la CNMC de fecha 16 de octubre de 2015 Expediente SNC/DC/0037/15 GRIFOLS, Resolución de la CNC de fecha de 24 de octubre de 2012 Expediente SNC/0022/12 VERIFONE/ HYPERCOME; Resolución de la CNC de fecha de 10 de abril de 2012 SNC/DC/0017/11 ISOLUX, Resolución de la CNC de fecha de 30 de enero de 2012 Expediente SNC/0015/11 GESTAMP/ ESSA BONMOR, Resolución de la CNC de fecha de 22 de julio de 2011 Expediente SNC/0009/11 DORF KETAL y Resolución de la CNC de fecha 29 de julio de 2010 Expediente SNC/0006/10 BERGÉ.

¹²⁹ Así, en las resoluciones de 14 de marzo de 2017 del expediente SNC/0074/16 CONSENUR y de 16 de octubre de 2015, del expediente SNC/DC/0037/15 GRIFOLS, recordando la doctrina del Tribunal Supremo contenida en su Sentencia de 20 de diciembre de 1996.

¹³⁰ Vid., por todas, sentencia del Tribunal Constitucional 246/1991, de 19 de diciembre de 1991.

consume por el simple hecho de no ejecutar sus mandatos, sin que se requiera un dolo específico dirigido a ello, ni la existencia de efectos perjudiciales a terceros¹³¹.

- (268) TELEFÓNICA defiende la ausencia de culpabilidad de la conducta imputada. Señala que ha actuado en todo momento de buena fe, interpretando los compromisos de manera razonable y conforme a las prácticas del mercado, teniendo en cuenta el contexto regulatorio y el conjunto de resoluciones precedentes de la CNMC.
- (269) Sin embargo, este Consejo considera que una actuación mínimamente diligente de TELEFÓNICA en relación con los compromisos presentados en el marco de la concentración C/0612/14, le habría permitido asegurar que los contratos de adquisición exclusiva de derechos de emisión en España de contenidos audiovisuales tanto no deportivos como deportivos se hubieran adecuado a lo establecido en los compromisos 2.1, 2.2, 2.3 y 2.4. Asimismo, le habría permitido garantizar que la oferta mayorista de canales se hubiera adecuado a lo dispuestos en el compromiso 2.9.
- (270) Nos encontramos con un incumplimiento de los compromisos, cuyo contenido y alcance eran conocidos por TELEFÓNICA. Los aspectos analizados en el presente procedimiento se encuentran perfectamente motivados, responden a una interpretación correcta de los compromisos, incluso con referencia a la precisión del alcance de éstos recogida en el Informe Propuesta en segunda fase Expediente C/0612/14 TELEFÓNICA/DTS¹³² que TELEFÓNICA conoce ya desde el año 2015 con motivo del expediente C/612/14 en el que se analizó la concentración, y se fundamentan en consideraciones objetivas y razonables.
- (271) TELEFÓNICA es una empresa con un alto grado de sofisticación, que ha sido parte en diversos expedientes de la autoridad de competencia en los últimos años, tanto en procedimientos sancionadores como de control y vigilancia de concentraciones, que le hacen perfectamente conocedora de la normativa de competencia y de las consecuencias de su incumplimiento, motivo por el cual es innegable que, en el mejor de los casos, ha habido una actuación negligente por su parte.
- (272) En este sentido, con base en la Sentencia de la Audiencia Nacional de 16 de febrero de 2006 (recurso 564/2003), en ausencia de la debida diligencia, como ha quedado acreditado, la responsabilidad de la infracción existe tanto en el caso de que exista una acción con intención demostrada de infringir una norma como cuando, por omisión, no se observa el grado de diligencia necesario. Así lo ha señalado la Audiencia Nacional al establecer

¹³¹ Véase la STS de 14 de diciembre de 2007.

¹³² Folios 3300-3513.

"[T]anto en el ámbito del Derecho Penal como del Derecho Administrativo Sancionador es posible la exigencia de responsabilidad tanto por acciones como por omisiones, por la actividad o inactividad del sujeto, en este último caso, cuando el ordenamiento jurídico le impone una actuación positiva [...]"

- (273) TELEFÓNICA alega asimismo la existencia de una confianza legítima generada por el contexto regulatorio y por el conjunto de informes y resoluciones de la CNMC, así como por la ausencia de reacción, y mucho menos de reproche alguno, por parte de la Dirección de Competencia por hechos similares durante el período previo al investigado. Destaca la valoración realizada por el Consejo de la CNMC en la resolución de vigilancia de 22 de mayo de 2018, en la que hubo un pronunciamiento previo sobre los mismos compromisos que ahora son objeto de controversia.
- (274) En primer lugar, debe señalarse que la defensa de la confianza legítima supone entender que una conducta infractora no es punible por falta de culpabilidad o negligencia. Exige, por tanto, un elemento subjetivo en la conducta del infractor, consistente en la observancia de una debida diligencia, adaptada a las circunstancias del caso concreto. Es doctrina asentada sobre este principio que para que un operador económico pueda acogerse con éxito a la defensa de la confianza legítima se requiere que se hayan producido signos o actos externos de la administración *"lo suficientemente concluyentes para inducir razonablemente a aquél a realizar una actividad que directa o indirectamente habría de repercutir en su esfera patrimonial o sus situaciones jurídicas individualizadas"*¹³³.
- (275) Aplicando dicha doctrina al caso concreto, para poder acudir a la institución de la confianza legítima, se debería haber producido una actuación por parte de la CNMC que permitiese a TELEFÓNICA inducir razonablemente que el órgano instructor estaba llevando a cabo una interpretación de los compromisos similar a la suya, algo que, como veremos, no se ha producido.
- (276) En relación con los compromisos 2.1, 2.2 y 2.3, la propia resolución de 22 de mayo de 2018 analizó contenidos, contratos y períodos distintos a los analizados en el presente procedimiento. En todo caso, se apreció la posible existencia de incumplimientos -no desviaciones, como defiende TELEFÓNICA- de los compromisos¹³⁴. Si bien es cierto que se valoró otras posibles acciones correctoras alternativas a la incoación de un procedimiento sancionador¹³⁵, ello

¹³³ Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de marzo de 1991, FD 3º.

¹³⁴ Véase, por ejemplo, el apartado 10.2 referente a la valoración de los compromisos relacionados con el mercado de comercialización de contenidos audiovisuales individuales, donde se indica que *"TELEFÓNICA podría haber incumplido, para algunos contratos, los compromisos 2.1;2.2; 2.5; 2.6; 2.7; y las obligaciones descritas en el anexo 2, apartados 2.1 a) y c)"*. (folio 132 de la resolución).

¹³⁵ Se indicaba que *"la Dirección de Competencia considera que, de cara a valorar la posible apertura de un expediente sancionador contra TELEFÓNICA por estas cuestiones, hay que tener en cuenta las circunstancias que rodean a los posibles incumplimientos detectados."* (folio 134 de la resolución).

no puede ser interpretado por TELEFÓNICA como una actuación concluyente por parte de esta CNMC de que las interpretaciones y puesta en práctica de las acciones derivadas de los compromisos estaban siendo plenamente avaladas por la CNMC.

- (277) En lo que se refiere al compromiso 2.4., cabe destacar el pronunciamiento realizado con respecto a los contratos suscritos por DTS con anterioridad a la entrada en vigor de los compromisos (página 19 de la resolución de vigilancia de 22 de mayo de 2018). En dicho análisis, este Consejo ya dejó claro que el límite de vigencia era “*de tres años a contar desde la fecha de firma del contrato*”.
- (278) Por un lado, es preciso insistir en que los compromisos y la concreta literalidad del compromiso 2.4 fueron ofrecidos por TELEFÓNICA y aceptados por esta Comisión para subordinar la operación de concentración autorizada. Como ya hemos señalado más arriba, este concreto compromiso fue objeto de un análisis y valoración por parte de la Dirección de Competencia en el informe del paso a segunda fase.
- (279) La literalidad del compromiso no es susceptible de interpretación, con lo que difícilmente puede asumirse que TELEFÓNICA pudiera depositar su legítima confianza en otra opción diferente. Asimismo, de resultar oscura la cláusula del compromiso, esa oscuridad no podría en ningún caso beneficiar a quien la introdujo, como expresamente recuerda la reciente Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de octubre de 2024, recurso de casación nº 3655/2023, en relación con la legalidad de la prórroga de los compromisos de la concentración.
- (280) Por otro lado, del expediente de vigilancia se desprende que TELEFÓNICA no sólo optó voluntariamente por configurar así el compromiso, sino que ha sido siempre consciente de la vigencia de esa interpretación.
- (281) Como se ha mencionado anteriormente, TELEFÓNICA envió cartas a varios proveedores de derechos deportivos en las que aplicaba el criterio de los tres años desde la fecha de firma de forma directa¹³⁶.
- (282) Igualmente, y de forma más relevante, TELEFÓNICA ha manifestado a esta Comisión que era plenamente consciente de la vigencia de la interpretación literal en la negociación con los diferentes proveedores de derechos deportivos. En este sentido, conviene citar las alegaciones de TELEFÓNICA a la PIPV de 15 de marzo de 2021, antecedente de este expediente sancionador. Señalaba la interesada en sus alegaciones lo siguiente:

*1.2.4. Compromiso 2.4 relativo a la limitación máxima de tres años para la adquisición en exclusiva de contenidos audiovisuales deportivos en cualquier modalidad.
En relación al Compromiso 2.4, que obliga a limitar la duración de los contratos de adquisición en exclusiva de derechos de emisión en España de contenidos*

¹³⁶ Folios 560-604 del expediente de vigilancia.
Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia
C/ Alcalá, 47 – 28014 Madrid - C/ Bolivia, 56 – 08018 Barcelona
www.cnmc.es

*audiovisuales deportivos de terceros hasta un plazo máximo de tres (3) años a contar desde la firma del contrato, **Telefónica ha tenido en todo momento presente esta limitación y ha procurado, por tanto, que los contratos correspondientes a esta tipología de derechos respetaran la misma desde mayo de 2015 cuando los compromisos resultaron obligatorios.***

*Durante todo este tiempo, tanto en la negociación como en la redacción de los contratos de derechos audiovisuales de contenidos deportivos, Telefónica ha realizado un enorme esfuerzo **para trasladar este condicionante a los diferentes proveedores, que en muchas ocasiones no entendían ni compartían una restricción a la duración de sus contratos “desde la fecha de firma”** dado que por la propia dinámica del mercado el ofrecimiento de estos derechos por ciclos a los potenciales interesados, bien de forma directa o mediante subasta, se hace con cierta antelación al vencimiento del ciclo o temporada en curso y la duración de los derechos está referenciada a temporadas que normalmente abarcan años distintos. Todo ello ha supuesto una tarea de ajuste para cuadrar el cómputo de plazo de vigencias, temporadas y fechas de firma, que en ocasiones ha obligado incluso a renunciar a parte de una temporada deportiva, poniendo en riesgo no sólo el interés comercial de Telefónica sino, muy especialmente, la continuidad de la retransmisión de una competición completa en España¹³⁷.*

(283) Añadía también TELEFÓNICA en estas alegaciones que

Telefónica comunicó a LaLiga su limitación derivada del compromiso 2.4 y solicitó posponer un año la firma de los contratos que desarrollarían la adjudicación y licencia de estos Lotes, hasta el 30 de junio de 2019, de manera que se respetara así el plazo máximo de tres años previsto en el citado compromiso. No obstante, LaLiga rechazó esta petición, por ser contraria a los plazos publicados en las Bases. En estas circunstancias, y a la vista del compromiso asumido por Telefónica mediante la presentación de su oferta en este proceso público, esta entidad finalmente accedió a negociar los contratos de licencia de los Lotes 4 y 5 según los plazos publicados por LaLiga, que se firmaron finalmente el día 5 de julio de 2018¹³⁸.

(284) Es decir, TELEFÓNICA tenía claro que el contrato debía firmarse conforme a la literalidad de los compromisos y lo negoció en esos términos con LALIGA en la preparación del contrato principal que es objeto de sanción en este expediente. Difícilmente puede compartirse, por lo tanto, que el incumplimiento se produjese de forma no consciente o voluntaria, inducido por una suerte de confianza legítima en actuaciones previas de esta Comisión.

(285) La práctica de TELEFÓNICA en relación con estos contratos revela que el criterio de que la duración de estos debía limitarse a los 3 años posteriores a la fecha de firma siempre estuvo claro para TELEFÓNICA.

(286) En lo que se refiere al Compromiso 2.9, de nuevo, la valoración de la Dirección de Competencia recogida en la resolución de 22 de mayo de 2018 evidenció la existencia de indicios de incumplimiento respecto de la oferta mayorista de

¹³⁷ Folio 81482 (versión confidencial del expediente de vigilancia).

¹³⁸ Folio 81485 (versión confidencial del expediente de vigilancia).

canales *premium*. Basta una lectura de la resolución para ver cómo se indica textualmente que “*TELEFÓNICA habría podido incumplir el compromiso 2.9, apartados e, f, h, j, en su oferta mayorista de julio de 2015*”¹³⁹ dejando abierta la incoación del respectivo expediente sancionador “*Sin perjuicio de todo lo anterior, la Dirección de Competencia considera que, con independencia de que se inste o no a incoar expediente sancionador por estas cuestiones, el Consejo de la CNMC debería requerir a TELEFÓNICA [...]*”¹⁴⁰.

- (287) Con base en todos los precedentes señalados, no cabe acoger las alegaciones de TELEFÓNICA respecto a la existencia de una confianza legítima sobre la legalidad de sus comportamientos e interpretaciones de los compromisos analizados en la presente resolución. Por estos mismos argumentos, deben desecharse las alegaciones respecto al supuesto sesgo y/o parcialidad del análisis realizado por la Dirección de Competencia de las resoluciones de vigilancia precedentes.
- (288) TELEFÓNICA también alega que las conductas objeto del presente procedimiento se han caracterizado por extraordinarios retrasos en las labores de vigilancia, por lo que no pudo conocer los cambios de criterios sobre la interpretación de los compromisos entre las resoluciones de 22 de mayo de 2018 y 29 de noviembre de 2022.
- (289) Al respecto cabe destacar que el objeto del presente procedimiento abarca un dilatado periodo de tiempo que engloba desde el 1 de mayo de 2017 hasta el 15 de enero de 2020. Como es conocedor TELEFÓNICA, ello implica el análisis y estudio de numerosos contratos, contenidos y condiciones de gran complejidad técnica, lo que explica que las labores de vigilancia se dilatasen necesariamente en el tiempo. En todo caso, la PIPV, antecedente del presente procedimiento, le fue notificada a TELEFÓNICA el 15 de marzo de 2021¹⁴¹, y tras ello el órgano instructor elevó al Consejo diversos informes parciales de vigilancia, incluido uno sobre supresión de los compromisos de la que luego TELEFÓNICA desistió¹⁴². Toda esta ardua labor de instrucción llevada a cabo por la Dirección de Competencia habría provocado que la elevación del IPV se demorase hasta el 2 de septiembre de 2022¹⁴³, recayendo resolución al respecto el 29 de noviembre de 2022¹⁴⁴.
- (290) TELEFÓNICA también alega que la Dirección de Competencia habría realizado un análisis parcial y sesgado de las resoluciones de vigilancia precedentes, ya

¹³⁹ Folio 136 de la resolución del Consejo de la CNMC de 22 de mayo de 2018.

¹⁴⁰ Folio 137 de la resolución de la resolución del Consejo de la CNMC de 22 de mayo de 2018.

¹⁴¹ Folios 2149-2224.

¹⁴² Folios 94417-94465 del expediente de vigilancia.

¹⁴³ Folios 2944-3074.

¹⁴⁴ Folios 3075-3227.

ampliamente analizadas a lo largo de la resolución, tratando indebidamente las supuestas desviaciones puntuales como incumplimientos generalizados.

- (291) No obstante, no puede acogerse la alegación de TELEFÓNICA toda vez que, tal y como ha sido extensamente analizado en la sección 3.4.1 de la presente resolución sobre la tipificación de las conductas sancionadas, en algunos de los incumplimientos detectados la proporción de contenidos afectados es reducida, citándose los importes y los días donde se superan las mencionadas limitaciones habiéndose analizado cada incumplimiento de forma individualizada¹⁴⁵.

3.4.3. Antijuricidad

- (292) Para que una conducta típica pueda ser sancionable, debe también considerarse antijurídica. La antijuricidad de un comportamiento típico se define como la realización del tipo no amparada por causas de justificación. Esto implica que todo comportamiento típico será antijurídico a menos que esté autorizado por una causa de justificación de las contenidas en el ordenamiento sancionador.
- (293) A este respecto, TELEFÓNICA alega que de los hechos acreditados no se desprende lesión alguna al bien jurídico protegido en relación con el presunto incumplimiento de los compromisos. Defiende que los supuestos incumplimientos no habrían perjudicado la vigilancia del cumplimiento de los compromisos por parte de la CNMC y no habrían tenido efectos en el mercado, ni sobre la competencia efectiva, ni habrían causado daño a ningún competidor.
- (294) En primer lugar, debe señalarse que el presente procedimiento se refiere a una infracción tipificada en el artículo 62.4.c) de la LDC consistente en *“Incumplir o contravenir lo establecido en una resolución, acuerdo o compromiso adoptado en aplicación de la presente ley, tanto en materia de conductas restrictivas como de control de concentraciones”*.
- (295) La infracción en este caso deriva de la acreditación de una serie de incumplimientos del mandato de la resolución del Consejo de la CNMC de 22 de abril de 2015, en concreto de lo dispuesto en los apartados 2.1.b, 2.2.a, 2.2.c, 2.3, 2.4, 2.9.e, 2.9.f, 2.9.h, 2.9.i y 2.9.j de los compromisos a que fue subordinada la autorización de la operación de concentración C/612/14.
- (296) El tipo infractor exige por tanto verificar si se ha producido el incumplimiento de la resolución o de los compromisos. No es por tanto necesario para este tipo infractor acreditar la existencia de efectos en el mercado en los términos exigidos en la jurisprudencia nacional y comunitaria, como pudiera ser exigible en determinados expedientes sancionadores correspondientes a otras infracciones del artículo 62.4 de la LDC recogidas en las letras a) y b) de este precepto,

¹⁴⁵ Véase, por ejemplo, el contenido de la Tabla 4, Tabla 5, Tabla 6, Tabla 7, Tabla 8, Tabla 9 y Tabla 10.
Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia 73 de 80
C/ Alcalá, 47 – 28014 Madrid - C/ Bolivia, 56 – 08018 Barcelona
www.cnmc.es

referidas a conductas tipificadas en los artículos 1 y 2 de la LDC y en los artículos 101 y 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

- (297) En todo caso, debe recordarse que la resolución de 22 de abril de 2015 por la que se autoriza en segunda fase la concentración C/612/14 subordinada a determinados compromisos presentados por la notificante, viene fundamentada en que los compromisos presentados se estimaron adecuados y suficientes para eliminar los obstáculos a la competencia derivados de la operación de concentración. Estos obstáculos quedaron identificados en el Informe Propuesta en segunda fase de esta operación, por lo que es innegable la existencia de una presunción de efectos anticompetitivos en aquellos casos derivados de su incumplimiento.
- (298) La resolución de 22 de abril de 2015, en su fundamento de derecho Cuarto señala:
- “El Pleno del Consejo de la CNMC entiende que el conjunto de los compromisos presentados resulta adecuado y proporcionado para resolver los problemas de competencia detectados, en la medida que su diseño pretende garantizar que el mercado de televisión de pago sea contestable y que los competidores de TELEFÓNICA no se enfrenten a importantes barreras reales y estratégicas de entrada y de expansión que limiten su capacidad de competir eficazmente con la entidad resultante”.*
- (299) Dado que los compromisos son los que permitían garantizar que se resuelvan los problemas de competencia identificados, su incumplimiento conlleva en consecuencia que ese objetivo no se alcance.
- (300) A juicio de este Consejo, no se puede pretender en sede de un procedimiento sancionador incoado como consecuencia de la existencia de indicios de incumplimiento de los compromisos a que fue subordinada una determinada concentración económica, que dichos incumplimientos no son antijurídicos porque no lesionan el bien jurídico protegido por los mismos, como es la competencia efectiva en los mercados relevantes objeto de la concentración. Acoger esta alegación supondría vaciar de contenido los mismos y admitir que son innecesarios, inútiles o arbitrarios. Por ello, este Consejo presume la existencia de efectos anticompetitivos derivados de los incumplimientos acreditados en la presente resolución, mismos que no han sido desvirtuados por TELEFÓNICA en su escrito de alegaciones.

4. SANCIÓN

4.1. Criterios para la imposición de la multa

- (301) Se ha declarado la existencia de una infracción muy grave (art. 62.4.c de la LDC), debido al incumplimiento por parte de TELEFÓNICA de varios compromisos a

que fue condicionada la autorización de la operación de concentración C/0612/14, que podrá ser sancionada con una multa de hasta el 10% del volumen de negocios total de la empresa infractora en el ejercicio inmediatamente anterior al de imposición de la multa (art. 63.1.c), esto es, en 2024.

- (302) En el ordenamiento jurídico español, la determinación de las sanciones debe realizarse sobre la base de los criterios fijados en el artículo 64 de la LDC. La aplicación debe realizarse de conformidad con la doctrina jurisprudencial fijada por nuestro Tribunal Supremo¹⁴⁶.
- (303) En este proceso de fijación de las sanciones, el Consejo de la CNMC *“cumple su obligación de motivación cuando indica en su decisión los elementos de apreciación que le han permitido determinar la gravedad de la infracción, así como su duración, sin que esté obligada a indicar los datos numéricos relativos al método de cálculo de la multa”*¹⁴⁷.

4.2. Sanción impuesta a TELEFÓNICA

- (304) La conducta investigada consiste en el incumplimiento por parte de TELEFÓNICA de varios compromisos a que fue condicionada la autorización de la operación de concentración C/0612/14 (mediante Resolución del Consejo de la CNMC de 22 de abril de 2015). En concreto, ha quedado acreditado el incumplimiento de los siguientes compromisos:
- El incumplimiento del compromiso 2.1 *“Adquisición exclusiva de derechos de emisión en España de contenidos audiovisuales no deportivos de terceros para su emisión lineal”*, respecto de dos contenidos.
 - El incumplimiento del compromiso 2.2 *“Adquisición de derechos de emisión en España de contenidos audiovisuales no deportivos de terceros para su emisión en SVOD”*, respecto de 17 contenidos y en relación con un contrato que incluye una cláusula que limita la explotación de contenidos por terceros.
 - El incumplimiento del compromiso 2.3 *“Adquisición de derechos de emisión en España de contenidos audiovisuales no deportivos de terceros para su emisión en TVOD”*, en relación con diversos contratos de adquisición de contenido cinematográfico de estreno con productoras independientes (*estreno indies*), así como con dos contenidos de la categoría “documentales”.

¹⁴⁶ Especialmente, la Sentencia del TS de 29 de enero de 2015, recurso 2872/2013 (ECLI:ES:TS:2015:112).

¹⁴⁷ Sentencia del TJUE de 22 de octubre de 2015, Asunto C-194/14 P AC-Treuhand AG contra Comisión Europea, (ECLI:EU:C:2015:717), citada, entre otras muchas, por la Sentencia del TS de 7 de junio de 2021, recurso 5428/2020 (ECLI:ES:TS:2021:2439).

- El incumplimiento del compromiso 2.4 *“Adquisición de derechos de emisión en España de contenidos audiovisuales deportivos de terceros”*, en relación con nueve contratos.
 - El incumplimiento del compromiso 2.9.e) en relación con las condiciones generales de comercialización minorista de las ofertas de televisión de pago remitidas por TELEFÓNICA para el periodo comprendido entre el 9 de julio de 2017 y el 23 de julio de 2018, al no haber estado disponibles para su contratación a la carta los canales propios *premium* para los clientes finales del paquete de TV de pago básico más contratado en la plataforma IPTV.
 - El incumplimiento del compromiso 2.9.f) por haber incluido en las condiciones tipo de la quinta oferta mayorista de canales de 2019 el requisito siguiente: *“En este sentido, la mera coordinación de marcas y/o acciones publicitarias entre un operador y cualquier empresa, obliga a ambas (el operador y la empresa) a actuar, a todos los efectos respecto de esta oferta, como un solo adquirente.”*
 - El incumplimiento del compromiso 2.9.h), que prohíbe incluir en los contratos de la oferta mayorista limitaciones en cuanto a la *“calidad o modalidad de emisión, o los dispositivos autorizados”*; del compromiso 2.9.j), que exige que la oferta mayorista se realice en condiciones equitativas, razonables y objetivas; y del compromiso 2.9.i), al condicionar *“la forma de comercializar a nivel minorista en España los canales adquiridos por terceros operadores de televisión de pago”* en relación con:
 - 1) Las limitaciones a la calidad técnica de la señal en función de los dispositivos de recepción aplicadas a los dispositivos OTT recogidas en las tres ofertas mayoristas de 2017, 2018 y 2019 en lo que se refiere a los canales deportivos.
 - 2) Las diferencias en cuanto al número máximo de *streamings* simultáneos en el entorno OTT a los que pueden acceder los operadores con red propia y los operadores OTT puros recogidas en las ofertas mayoristas de 2017, 2018, y 2019 (excepto canales de fútbol de la oferta de 2019) en lo que se refiere a canales deportivos.
- (305) En lo que se refiere al volumen de negocios total de TELEFÓNICA, si bien es cierto que, como se ha mencionado, el artículo 63 de la LDC exige que la multa se calcule dentro de los umbrales porcentuales fijados por dicho precepto sobre la base del volumen de negocios total mundial de la empresa infractora en el ejercicio inmediatamente anterior al de imposición de la multa, en el presente procedimiento sobre la base del año 2024, lo cierto es que TELEFÓNICA ha señalado no estar en condiciones de facilitar al Consejo dicha información en la

fecha en la que se le requirió este dato¹⁴⁸. Por ello, siguiendo la práctica adoptada en otros precedentes¹⁴⁹ y ratificada por los tribunales¹⁵⁰ se tendrá en cuenta la cifra correspondiente al volumen de negocios del ejercicio 2023 aportada por TELEFÓNICA, que ascendió a 7.341,6 millones de euros¹⁵¹.

- (306) Se valoran a continuación los criterios de modulación previstos en el artículo 64 LDC para la determinación del importe de la sanción, teniendo en cuenta las características de la infracción.
- (307) En primer lugar, en cuanto a las características del mercado afectado (art. 64.1.a de la LDC), el principal mercado afectado es el mercado de comercialización mayorista de contenidos audiovisuales, y los mercados minoristas de servicios de televisión de pago y de servicios de comunicaciones electrónicas en paquetes que incluyen servicios de TV de pago en particular 5P (telefonía fija, banda ancha fija, telefonía móvil, banda ancha y móvil, TV de pago).
- (308) En cuanto al alcance de la infracción y mercado geográfico afectado (artículo 64.1.c de la LDC) los incumplimientos han afectado nacionalmente a diversos contenidos audiovisuales no deportivos para su emisión lineal, en SVOD y en TVOD. También a contenido audiovisual deportivo, así como a algunas de las ofertas de paquetes mayoristas y minoristas descritos anteriormente.
- (309) Ahora bien, este Consejo considera que la adecuada ponderación de la infracción exige tener presente la naturaleza esencialmente formal que tiene la infracción por el incumplimiento del compromiso 2.4. Es clara la gravedad del incumplimiento de un compromiso al que se subordinó la operación de concentración, y su afectación a la autoridad de la CNMC en sus funciones en la política de control de concentraciones. Pero su impacto en la multa debe, a juicio de este Consejo, ser objeto de una reducción sustancial para ajustarla a las circunstancias reales de la infracción.
- (310) La duración de la infracción (artículo 64.1.d de la LDC) difiere en cada uno de los incumplimientos descritos en los párrafos anteriores:
- El incumplimiento del compromiso 2.1.b se refiere a dos contenidos en los que el plazo máximo de explotación se ha superado en 122 y 27 días.
 - El incumplimiento del compromiso 2.2.a se refiere a quince casos. Seis casos en los que se ha superado el plazo fijado en el compromiso entre 675 y 943

¹⁴⁸ Véase al respecto la contestación aportada por TELEFÓNICA el 24 de enero de 2025 en el marco del expte SNC/DC/089/24 TELEFÓNICA COMPROMISO 2.4 al requerimiento de VNT de 2024 (folio 2026)

¹⁴⁹ Por todos, véase la resolución de la extinta CNC de 7 de mayo de 2010 en el expte. SNC/0007/10 EXTRACO CONSTRUCCIONES E PROXECTOS S.A.

¹⁵⁰ Véase la SAN de 14 de septiembre de 2011, recurso 389/2010. Véase asimismo la sentencia del TJUE de 25 de marzo de 2021 en el asunto C-611/16 P - *Xellia Pharmaceuticals* y *Alpharma*/Comisión (ECLI:EU:C:2021:245).

¹⁵¹ Folio 3600.

días. En los otros nueve casos la fecha de fin del periodo de explotación exclusiva ha superado entre 2 y 312 días el plazo fijado en los compromisos.

- El incumplimiento del compromiso 2.2.c. se refiere a dos contenidos en los que el plazo máximo de explotación se ha superado en 122 y 27 días.
 - El incumplimiento del compromiso 2.3. se refiere a multitud de contenidos, adquiridos y puestos a disposición de TELEFÓNICA en el período entre el 1 de mayo de 2017 y el 15 de enero de 2020. En los ejemplos de contratos de la categoría “estrenos *indies*” recogidos en el apartado de hechos acreditados, los periodos de explotación exclusiva de contenidos en modalidad TVOD han variado entre 89 y 366 días.
 - El incumplimiento del compromiso 2.4 se produce en relación con nueve contratos en los que el plazo máximo de explotación se ha superado entre 2 y 361 días.
 - El incumplimiento del compromiso 2.9.e. se ha producido en el periodo comprendido entre el 9 de julio de 2017 y el 23 de julio de 2018.
 - El incumplimiento del compromiso 2.9.f. se ha producido en relación con la oferta mayorista de 2019, que ha estado en vigor entre el 1 de julio de 2019 y el 30 de junio de 2020.
- (311) El incumplimiento de los compromisos 2.9.h), 2.9.i) y 2.9.j) se ha producido en relación con las ofertas mayoristas de 2017, 2018 y 2019, que han estado en vigor entre el 1 de julio de 2017 y el 30 de junio de 2020.
- (312) En cuanto a las circunstancias agravantes y atenuantes, este Consejo considera que no concurre ninguna circunstancia agravante, pero sí concurre la circunstancia atenuante del artículo 64.3.a de la LDC, por la realización de actuaciones que pongan fin a la infracción. En concreto, en relación con el incumplimiento del compromiso 2.2.a), al haber limitado el periodo de explotación exclusivo adquirido para ajustarse al plazo de 24 meses previsto en el compromiso respecto de uno de los contenidos. También en relación con el incumplimiento del compromiso 2.3, al haber renunciado a sus exclusividades en lo que se refiere a la explotación de contenidos en la modalidad TVOD en casos en que los derechos continuaban vigentes.

4.3. Alegaciones a la propuesta de sanción

- (313) Telefónica considera que la sanción propuesta por la Dirección de Competencia es desproporcionada y adolece de falta de motivación. Así, en las alegaciones a la Propuesta de Resolución se afirma que la sanción es desproporcionada por diversos motivos. En concreto, la empresa afirma que la sanción es desproporcionada porque (i) la infracción habría tenido un alcance limitado; (ii) la Propuesta contiene errores de cómputo en relación con la duración de los

incumplimientos; (iii) la infracción no habría tenido efectos en el mercado; (iv) no se trataría de una conducta dolosa sino de negligencia leve; (v) no se valoran correctamente las circunstancias atenuantes; y (vi) la cuantía de la multa propuesta se halla muy alejada de los precedentes comparables de la propia CNMC.

- (314) Al respecto, este Consejo considera que es adecuado el proceso general seguido por la Dirección de Competencia para la determinación de la sanción, así como su apreciación de las circunstancias necesarias para motivar su cuantificación.
- (315) Sin embargo, como ya se ha analizado, vistas las características de las infracciones analizadas, especialmente la relativa al incumplimiento del compromiso 2.4, es conveniente realizar algún ajuste para hacer la sanción más proporcional.
- (316) Debe reputarse una conducta muy grave, que puede comprometer de manera sustancial la autoridad de la CNMC en su actuación en materia de control de concentraciones. Sin embargo, la contravención de la interpretación literal del compromiso 2.4, consistente en asumir que la vigencia máxima de los contratos debía ser de tres temporadas y no de tres años, tiene una naturaleza esencialmente formal.
- (317) La comprobación de la proporcionalidad de la sanción debe necesariamente atender a esta circunstancia, con lo que la alegación de TELEFÓNICA ha de ser parcialmente estimada.

4.4. Sanción impuesta

- (318) El conjunto de factores expuestos anteriormente –gravedad de la infracción, características y dimensión del mercado afectado, duración, alcance ámbito geográfico de la conducta, así como los agravantes y atenuantes– permite a este Consejo concretar el tipo sancionador que corresponde aplicar a la entidad infractora en un 2.5% dentro del intervalo previsto en el artículo 63.1 de la LDC.
- (319) Este tipo sancionador es adecuado a la gravedad y características de la infracción que, como se ha señalado, consiste en contravenir el mandato de la CNMC contenido en sus resoluciones.
- (320) Ahora bien, la estimación parcial de la alegación de la interesada debe ser tenida en cuenta a la hora de determinar la proporcionalidad de la sanción finalmente resultante.
- (321) Por lo tanto, este Consejo concluye que la sanción proporcionada y disuasoria que corresponde imponer asciende a 3.000.000 euros.

5. RESUELVE

Primero: Declarar que TELEFÓNICA DE ESPAÑA S.A.U. ha incurrido en la comisión de una infracción administrativa de carácter muy grave prevista en el artículo 62.4.c) de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, por el incumplimiento de la Resolución de 22 de abril de 2015 del Consejo de la CNMC que autorizó la operación de concentración económica TELEFÓNICA/DTS (expediente C/0612/14 TELEFÓNICA/DTS), en particular lo dispuesto en los apartados 2.1.b, 2.2.a, 2.2.c, 2.3, 2.4, 2.9.e, 2.9.f, 2.9.h, 2.9.i y 2.9.j de los compromisos a que fue subordinada la autorización de la operación de concentración.

Segundo: Declarar responsable de dicha infracción a TELEFÓNICA DE ESPAÑA S.A.U.

Tercero: Imponer a TELEFÓNICA DE ESPAÑA S.A.U. una sanción de multa por importe de 3.000.000 euros.

Comuníquese esta resolución a la Dirección de Competencia de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia y notifíquese a la interesada haciéndole saber que contra la misma no cabe recurso alguno en vía administrativa, pudiendo interponer recurso contencioso-administrativo en la Audiencia Nacional, en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente al de su notificación.