



Roj: **SAN 1811/2021 - ECLI:ES:AN:2021:1811**

Id Cendoj: **28079230062021100168**

Órgano: **Audiencia Nacional. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Madrid**

Sección: **6**

Fecha: **19/04/2021**

Nº de Recurso: **411/2015**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Procedimiento ordinario**

Ponente: **BERTA MARIA SANTILLAN PEDROSA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA NACIONAL

Sala de lo Contencioso-Administrativo

SECCIÓN SEXTA

Núm. de Recurso: 0000411 /2015

Tipo de Recurso: PROCEDIMIENTO ORDINARIO

Núm. Registro General: 03995/2015

Demandante: MEDIAPRODUCCIÓN S.L.U.

Procurador: D. GERMAN MARINA GRIMAU

Demandado: COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y DE LA COMPETENCIA

Codemandado: LIGA NACIONAL DE FUTBOL PROFESIONAL , TELEFONICA DE CONTENIDOS S.A.U.

Abogado Del Estado

Ponente Ilma. Sra.: D^a. BERTA SANTILLAN PEDROSA

SENTENCIA N^o :

Ilma. Sra. Presidente:

D^a. BERTA SANTILLAN PEDROSA

Ilmos. Sres. Magistrados:

D. FRANCISCO DE LA PEÑA ELIAS

D. SANTOS GANDARILLAS MARTOS D. MARIA JESUS VEGAS TORRES

D. RAMÓN CASTILLO BADAL

Madrid, a diecinueve de abril de dos mil veintiuno.

VISTO el presente recurso contencioso-administrativo núm. **411/2015** promovido por el Procurador D. German Marina y Grimau, actuando en nombre y en representación de la mercantil **MEDIAPRODUCCION, S.L.U. (MEDIAPRO)**, contra la resolución dictada en fecha 22 de abril de 2015 por el Pleno del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, recaída en el expediente C/0612/14 TELEFONICA/DTS, por la que se autorizó la operación de concentración consistente en la adquisición por parte de Telefónica de Contenidos, S.A.U. del control exclusivo de DTS (Distribuidora de Televisión Digital, S.A). Ha sido parte en autos la Administración demandada, representada y defendida por el Abogado del Estado. Y como entidades codemandadas han comparecido la Procuradora Dña. Gloria Teresa Robledo Machueca, en nombre y en representación de Telefónica de Contenidos, S.A.U; así como la Procuradora Dña. Consuelo Rodríguez Chacón, en nombre y en representación de La Liga Nacional de Futbol Profesional.



ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Interpuesto el recurso y seguidos los oportunos trámites prevenidos por la Ley de la Jurisdicción, se emplazó a la parte demandante para que formalizase la demanda, lo que verificó mediante escrito en el que, tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que estimaba de aplicación, terminaba suplicando de esta Sala dicte sentencia por la que:

"(i) Anule íntegramente la Resolución, dejando sin efecto la autorización para la ejecución de la Concentración contenida en dicha Resolución.

(ii) A título subsidiario de lo anterior, anule la Resolución, ordenando a la CNMC que dicte nueva resolución en la que, o se prohíba la Concentración, o se someta a nuevos compromisos más estrictos que los adoptados y que elimine de forma completa los obstáculos a la competencia enunciados en el PCH y en el Informe Propuesta.

(iii) Así como cualquier otro pronunciamiento que en Derecho proceda derivado de lo anterior.

(iv) Todo ello, con expresa imposición de costas a la parte demandada".

SEGUNDO.- Tanto el Abogado del Estado como las defensas de las entidades que han comparecido como codemandadas han contestado a la demanda mediante escritos en los que suplican se dicte sentencia que confirme la resolución impugnada.

TERCERO.- Una vez practicadas las pruebas admitidas a trámite, se dio traslado a las partes para que presentaran los respectivos escritos de conclusiones quedando posteriormente los autos conclusos para sentencia.

CUARTO.- Y se acordó señalar para votación y fallo del presente recurso el día 27 de enero de 2021 en que tuvo lugar, siendo Ponente la Ilma. Sra. Magistrada Dña. Berta Santillán Pedrosa, quien expresa el parecer de la Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- A través de este proceso la mercantil, MEDIAPRODUCCION, S.L.U. (MEDIAPRO), impugna la resolución dictada en fecha 22 de abril de 2015 por el Pleno del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, recaída en el expediente C/0612/14 TELEFONICA/DTS.

Dicha resolución, al amparo de lo dispuesto en el artículo 58.4.b) de la LDC, autoriza la operación de concentración económica notificada a la CNMC en fecha 17 de octubre de 2014 por parte de TELEFONICA DE CONTENIDOS, S.A.U. (en adelante, Telefónica), que implicaba la adquisición por parte de TELEFONICA del control exclusivo de DISTRIBUIDORA DE TELEVISION DIGITAL, S.A. (en adelante, DTS), quedando sometida y subordinada al cumplimiento de determinados compromisos por parte de Telefónica con la finalidad de resolver los posibles obstáculos para el mantenimiento de la competencia efectiva que se habían detectado.

Concretamente dicha resolución acuerda:

"PRIMERO. De acuerdo al artículo 58.4.b) de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia , subordinar la autorización de la concentración C/0612/14 TELEFONICA/DTS al cumplimiento de los compromisos presentados por TELEFONICA DE CONTENIDOS, S.A.U. ante la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia con fecha 14 de abril de 2015 que obligarán a TELEFONICA DE CONTENIDOS. S.A.U. y cualquiera de las empresas del grupo.

SEGUNDO. Teniendo en cuenta la Comunicación de la Comisión Europea sobre las restricciones directamente vinculadas a la realización de una concentración y necesarias a tal fin (2005/ C 56/03) y la práctica de las autoridades nacionales de competencia, deberán quedar fuera de la autorización la cláusula de no utilización de la marca Canal+ (cláusula 8.5 del contrato de compraventa de 2 de junio de 2014) en lo que supere los dos años, y la cláusula de colaboración Mediaset-Telefónica (cláusula 9.3 del contrato de compraventa de 2 de junio de 2014). Ambas clausulas se consideran no accesorias a la operación de concentración notificada y sometidas, en su caso, a las normas de competencia relativas a los acuerdos entre empresas.

TERCERO. El incumplimiento de lo previsto en la presente Resolución se considera infracción muy grave de acuerdo con el artículo 62 de la LDC , lo que en su caso dará lugar a las sanciones previstas en los artículos 63 y 67 de la misma.

CUARTO. En virtud de lo previsto en el artículo 41 de la LDC , se encomienda la vigilancia de la presente Resolución a la Dirección de Competencia".

La CNMC en la resolución impugnada ha entendido que los compromisos propuestos por TELEFONICA en fecha 14 de abril de 2014, analizados en su conjunto, resultaban suficientes y proporcionados para compensar

los riesgos de obstaculización de la competencia efectiva derivados de la operación de concentración TELEFONICA/DTS que se habían detectado. Y añade que: *"La valoración de los compromisos presentados por TELEFONICA debe realizarse teniendo en cuenta una visión de conjunto, pues la efectividad de los mismos está a su vez ligada a la implementación de todos y cada uno de ellos. (...) 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 TELEFONICA 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"*.

La operación de concentración supuso la integración del principal operador y líder tradicional en España de televisión de pago, DTS, en la estructura empresarial de TELEFÓNICA, y ello tuvo implicación en los siguientes mercados de producto:

1. En el mercado de la televisión de pago, dentro del cual se deja abierta la posibilidad de segmentar la televisión móvil y el mercado de servicios de televisión en abierto.

2. En los mercados de comercialización mayorista de contenidos audiovisuales individuales dentro de los cuales se identifican los siguientes:

- Mercados de comercialización mayorista de derechos de retransmisión de películas y series de estreno, pudiendo asimismo distinguir entre las películas y series comercializadas por majors del resto, según la modalidad de emisión (lineal/SVOD y TVOD) y según un segmento específico para televisión de pago.

- Mercados de comercialización mayorista de derechos de retransmisión de películas y series de catálogo, pudiendo asimismo distinguir entre las películas y series comercializadas por majors del resto, según la modalidad de emisión (lineal y no lineal) y dentro de ésta última según sean adquiridas para emitir en SVOD o TVOD y, además, se puede también distinguir un segmento específico para televisión de pago.

- Mercado de comercialización mayorista de los derechos de retransmisión de partidos de Liga y Copa de S.M. el Rey de fútbol.

- Mercado de comercialización mayorista de derechos de retransmisión de la UEFA Champions League y de la UEFA Europa League.

- Mercado de comercialización mayorista de derechos de retransmisión de otros acontecimientos deportivos.

- Mercado de comercialización mayorista de derechos de retransmisión de otros programas de televisión (documentales, concursos, magazines, etc.).

- Mercados de comercialización mayorista de canales de televisión.

3. En los mercados de comunicaciones electrónicas, que incluye el mercado minorista de servicios de telefonía fija, el mercado minorista de servicios de comunicaciones móviles y el mercado minorista de acceso a banda ancha fija. Dentro de este mercado, la CNMC examina las ofertas convergentes de servicios empaquetados múltiple play (paquetes triples play y cuádruple play con televisión de pago).

Y los compromisos fijados en la resolución impugnada se han estructurado en tres grandes bloques relacionados con cada uno de los mercados de producto afectados:

i. Compromisos en el mercado de la televisión de pago que tratan de eliminar las ventajas competitivas que Telefónica pudiera tener en el mercado de las comunicaciones electrónicas tras la adquisición de DTS y, entre otros compromisos, se incluyen la renuncia a las permanencias, a ciertas prácticas de recuperación de clientes o la asunción de obligaciones de tramitación de bajas en un plazo máximo de 15 días.

ii. Compromisos en los mercados de comercialización de contenidos audiovisuales individuales y de edición, comercialización y distribución mayorista de canales de televisión que pretenden garantizar el acceso por parte de todos los operadores a un gran número de contenidos audiovisuales y para ello se prohíbe la adquisición de ciertos contenidos en exclusiva y se limita la explotación de otros contenidos audiovisuales a un máximo de tres años. Y, en relación con aquellos contenidos que son adquiridos en exclusiva y que son considerados premium, se impone la obligación de poner a disposición de cualquier operador que lo solicite de hasta un 50% de los canales que contengan dichos contenidos.

iii. Compromisos relativos a las condiciones de acceso a la red IP de Telefónica cuyo fin es garantizar el acceso a aquellos operadores OTT que proporcionan contenidos audiovisuales a sus clientes a través de la red de internet a terceros asegurándose que, no se produce discriminación alguna en el acceso a la red de internet de Telefónica en función de si el operador OTT compite con Telefónica en el mercado de televisión de pago.

SEGUNDO.- Con el fin de centrar adecuadamente el objeto del proceso destacamos los siguientes hechos relativos a la situación preexistente a la concentración:

1. Telefónica de Contenidos, S.A.U. es una filial al 100% de Telefónica, S.A., matriz del Grupo Telefónica, y que engloba distintas empresas que operan en los sectores de la comunicación, el audiovisual y el multimedia. Entre los servicios que ofrecen se incluyen la telefonía fija, el acceso a la banda ancha de internet y las comunicaciones móviles. Además, el Grupo Telefónica presta servicios de televisión a través de la plataforma de televisión de pago Movistar TV (antes denominada Imagenio) y que está presente en actividades conexas como la comercialización de contenidos audiovisuales y la venta de espacios publicitarios.

2. DTS es una empresa de medios de comunicación que opera en España la plataforma de pago Canal + y también está activa en la adquisición y producción de contenidos para las televisiones de pago, en la divulgación de canales y en la venta de espacios publicitarios. En el momento de producirse la concentración, DTS estaba controlada por PRISA que tenía una participación del 56% y el restante 44% era propiedad ya de Telefónica.

3. En fecha 2 de junio de 2014, PRISA y TELEFONICA suscriben el contrato de compraventa de acciones de DTS en virtud del cual Telefónica adquiere el 56% de las acciones de DTS que eran de titularidad de PRISA. Y, en virtud de esa operación, Telefónica adquiere el control exclusivo sobre DTS.

4. El 9 de julio de 2014 Telefónica notificó a la Comisión Europea su intención de adquirir el 56% del capital social de DTS y solicitó que, al amparo del artículo 4.4 del Reglamento 139/2004 del Consejo, de 20 de enero, sobre el control de concentraciones entre empresas (Reglamento CE 139/2004), la Comisión Europea acordara el reenvío de la operación de concentración a España para su análisis por parte de la CNMC.

5. En fecha 25 de agosto de 2014, la Comisión Europea acordó el reenvío de la operación a la CNMC.

6. Tras la remisión de la operación, el 17 de octubre de 2014 Telefónica notificó a la Dirección de Competencia de la CNMC la operación en base a lo dispuesto en el artículo 9, notificación que dio lugar al expediente C/0612/14 TELEFÓNICA/ DTS.

7. El Pleno del Consejo de la CNMC en fecha 12 de noviembre de 2014 acuerda conocer del expediente por su especial incidencia en el funcionamiento competitivo de los mercados sometidos a supervisión de conformidad con el artículo 12.2.c) del Real Decreto 657/2013, de 30 de agosto, por el que se aprueba el Estatuto Orgánico de la CNMC.

8. En esa misma fecha, el Consejo de la CNMC dicta resolución por la que, al amparo del artículo 57.2.d) de la LDC, acuerda iniciar la segunda fase del procedimiento de revisión de la operación de concentración por entender que podía obstaculizar el mantenimiento de la competencia efectiva en los mercados analizados.

9. La Dirección de Competencia instruyó el procedimiento en segunda fase conforme a lo previsto en los artículos 58, 59 y 37 de la LDC.

10. El Consejo de la CNMC resolvió aceptar, con fecha 4 de diciembre de 2014, la personación como interesados de ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE ANUNCIANTES (AEA); CABLEEUROPA, S.A.U. y VODAFONE ESPAÑA, S.A.U. (VODAFONE) EUSKALTEL, S.A. (EUSKALTEL); R CABLE Y TELECOMUNICACIONES GALICIA, S.A. (R CABLE); TELECABLE DE ASTURIAS, S.A.U. (TELECABLE); FCNMC MERCADOS Y LA COMISIÓN NACIONAL DE HISPASAT, S.A. (HISPASAT); JAZZ TELECOM, S.A. (JAZZTEL); ORANGE ESPAGNE, S.A.U. (ORANGE); MEDIAPRODUCCIÓN, S.L.U. (MEDIAPRO); WUAKI TV, S.L. (WUAKI TV); y LIGA NACIONAL FÚTBOL PROFESIONAL (LFP).

Posteriormente, con fecha 8 de enero de 2015 el Consejo de la CNMC acordó conceder la condición de interesados a ATRESMEDIA CORPORACION DE MEDIOS DE COMUNICACION, S.A. (ATRESMEDIA) y a FOX INTERNATONAL CHANNELS ESPAÑA, S.L.U. (FOX).

11. El 3 de diciembre de 2014 el Consejo de Consumidores y Usuarios (CCU) envió a la CNMC un informe sobre la nota sucinta que le había remitido la CNMC en el marco del expediente de referencia.

12. Con fecha 3 de febrero de 2015 la Dirección de Competencia emitió el Pliego de Concreción de Hechos (PCH) en el que se recogen los posibles obstáculos para la competencia derivados de la concentración. Este PCH fue notificado a los interesados del expediente de referencia para que en un plazo de 15 días formularan alegaciones.

13. TELEFÓNICA presentó voluntariamente en el marco de la segunda fase del presente expediente de concentración, cinco versiones de su propuesta de compromisos, con fechas 25 de febrero de 2015, 11 de marzo de 2015, 31 de marzo de 2015, 1 de abril de 2015 y 14 de abril de 2015. En la última propuesta de TELEFÓNICA, los compromisos se estructuraban en tres grandes bloques que trataban de responder a los



problemas detectados en los mercados afectados: (1) el mercado de la televisión de pago; (2) los mercados de comercialización mayorista de contenidos audiovisuales individuales y de edición, comercialización y distribución mayorista de canales de televisión; y (3) las condiciones de acceso a la red IP de TELEFÓNICA. Asimismo, TELEFÓNICA redactó adicionalmente tres anexos que recogen la información periódica que TELEFÓNICA debía remitir a la CNMC, los principios y términos que regirán la oferta mayorista de canales de TELEFÓNICA, y las condiciones a cumplir en las rutas de interconexión con la red IP de TELEFÓNICA.

14. Con fecha 15 de abril de 2015 la Dirección de Competencia elevó al Consejo Informe sobre la operación y propuesta de resolución definitiva, proponiendo subordinar la autorización de la concentración al cumplimiento de los compromisos presentados por TELEFÓNICA ante la CMNC con fecha 14 de abril de 2015. En dicho informe se consignó lo siguiente:

"a. la Operación obstaculiza de manera grave y significativa la competencia en el mercado de la televisión de pago: la entidad resultante tiene la capacidad para controlar los parámetros competitivos relevantes del mercado de televisión de pago y los incentivos para utilizar esa capacidad en perjuicio de sus competidores y en último término de los consumidores. (párrafos 870 a 939).

b. la Operación obstaculiza de manera grave y significativa la competencia en los mercados mayoristas de adquisición de contenidos y canales audiovisuales: la entidad resultante tiene capacidad para adquirir en exclusiva los contenidos audiovisuales relevantes y además tiene incentivos para hacerlo y para cerrar el acceso a los mismos a sus competidores (párrafos 804 a 834 y 835 a 869).

c. la Operación obstaculiza de manera grave y significativa la competencia en los mercados de comunicaciones electrónicas, asociado a la íntima conexión que existe con el mercado de televisión de pago a raíz de la relevancia de las ofertas de televisión de pago en el contexto de las ofertas convergentes (párrafos 940 a 989)".

15. El Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia concluyó la deliberación y fallo del presente expediente en su sesión de 22 de abril de 2014, dictando la resolución recurrida en el presente procedimiento.

TERCERO.- La mercantil recurrente, MEDIAPRO, expone en su escrito de demanda que la CNMC debió prohibir la operación de concentración TELEFÓNICA/DTS toda vez que, a su juicio, los compromisos a los que se condicionó la autorización de la citada concentración no eran suficientes para resolver los problemas de competencia que la concentración ocasionaba en el mercado de la televisión de pago; en los mercados de adquisición de contenidos audiovisuales individuales y de edición; en los mercados de edición y comercialización de canales; y en los mercados de comunicaciones electrónicas. Apoya sus argumentos en el informe pericial emitido en fecha 3 de marzo de 2016 por el economista D. Juan Delgado de la consultora Global Economics Group titulado "Análisis económico de la efectividad de los compromisos a los que se sometió la adquisición de Distribuidora de Televisión Digital, S.A. por Telefónica de Contenidos, S.A.U." que concluye que los compromisos eran insuficientes y que, en ausencia de otros compromisos diferentes, no debió autorizarse la concentración.

Según la recurrente, apoyándose en dicho informe pericial, los compromisos fijados eran insuficientes porque:

1. Ninguno de ellos incidía sobre la estructura del mercado post-concentración lo que impide, según su criterio, eliminar por completo los problemas de competencia.

2. Los compromisos se limitan a meras obligaciones de conducta que no permiten reestablecer los efectos sobre la competencia creados por la concentración.

3. Ninguno de los compromisos incide sobre la estructura de mercado por lo que transcurrido el periodo de duración de los mismos no se volverá a la situación de competencia anterior a la concentración y se consolidará una estructura de competencia en el mercado debilitada.

4. La fijación de un plazo rígido de duración impide a los compromisos restablecer la competencia en el mercado. Señala que la fijación del plazo de cinco años de vigencia de los compromisos, que se pueden prorrogar por otros tres años más, como máximo, implica la fijación de un plazo rígido de duración con independencia de que se hayan o no corregido las situaciones de limitada competencia. Y ese plazo rígido, según la recurrente, impide dotar de efectividad real a los compromisos.

5. La limitación, según la actora, a tres años de duración de los contratos de adquisición de contenidos premium no tiene ningún efecto en ausencia de otras medidas estructurales. La relevancia de la concentración supone que ningún otro operador audiovisual será capaz de replicar mínimamente la capacidad de la entidad resultante de la concentración en la adquisición de derechos audiovisuales y en su posterior comercialización para su emisión a los consumidores finales. Y ello porque Telefónica y DTS están entre los principales adquirentes de derechos de emisión de contenidos audiovisuales individuales de tal manera que, para el resto de los

operadores será muy costoso adquirir directamente los derechos audiovisuales de contenidos premium que son los que permiten configurar una oferta atractiva de televisión de pago, como son los partidos de la Liga y Copa de S.M. el Rey, de la Liga de Campeones o las películas y series de las grandes productoras norteamericanas.

6. Destaca que Telefónica es el primer operador de clientes de banda ancha y de comunicaciones electrónicas móviles y que, precisamente, en este mercado las redes de acceso a internet por banda ancha (cable y fibra) son el principal medio de transmisión de la televisión de pago. Y Telefónica, que controla las redes de distribución, actúa además como proveedor de acceso a internet para poder distribuir servicios de televisión de pago tanto de Telefónica como de otros operadores. La recurrente, además, refiere que la televisión de pago es un elemento diferenciador para configurar la oferta de comunicaciones electrónicas.

7. Entiende insuficiente la efectividad del compromiso relativo al mercado mayorista de canales de contenido premium. En este sentido señala que aunque Telefónica ofreció a la CNMC y esta aceptó que pondría a disposición de otros operadores de televisión de pago en España una oferta mayorista de canales propios premium, lo cierto es que, según la recurrente, ese compromiso es ineficaz por su formulación genérica de difícil comprobación porque solo se le obliga a ceder un 50% en condiciones "equitativas, razonables, objetivas, transparentes y no discriminatorias" pero no determina que requisitos concretos deben concurrir para que la oferta que configure unilateralmente Telefónica/DTS tenga esas condiciones. Por lo que se deja en manos de Telefónica establecer esas condiciones para la cesión de canales de contenidos premium a sus competidores.

8. Que el método propuesto en el Anexo I para la determinación de los precios carece de fundamentos económicos y no garantiza la no exclusión de competidores. Ello porque el método de cálculo del precio establecido en los compromisos no exige a Telefónica la transparencia necesaria sobre los costes tenidos en cuenta para llegar a ese precio mayorista y critica que no se haya exigido como condición previa para su validez que se proporcionen los costes correspondientes en la oferta remitida al resto de operadores pues lo que ahora sucede es que los operadores tienen que aceptar la oferta sin conocer la estructura de costes en que se basa.

9. El método propuesto para la determinación de los precios mayoristas de acceso a los canales premium da lugar a precios desproporcionados y que solo beneficia a Telefónica.

10. Los términos del compromiso tampoco garantizan la replicabilidad de la oferta de Telefónica ya que no se establece un test concreto para asegurar esa replicabilidad y garantizar que no se incurre en un estrechamiento de márgenes.

11. Asimismo la vaguedad de los términos del compromiso de prestar acceso a la red de terceros operadores también le priva de efectividad ya que no establece condiciones técnicas o económicas que garanticen la efectividad.

Por otra parte, la recurrente refiere, además, que desconoce las razones que la CNMC ha tenido en cuenta para concluir que los compromisos fijados eran suficientes para eliminar los riesgos de obstaculización de la competencia que creaba la concentración sobre todo teniendo en cuenta que TELEFÓNICA adquiriría una cuota del 85% en términos de ingresos y del 69% en términos de abonados en el mercado de televisión de pago. Y en esa situación destaca que, en los mercados de comercialización mayorista de contenidos audiovisuales, TELEFÓNICA tendría "*... la capacidad y los incentivos para acaparar y cerrar el acceso a contenidos audiovisuales a sus competidores en el mercado de televisión de pago en España*". Y, en los mercados de edición y comercialización de canales, advierte que TELEFÓNICA, tras la operación de concentración, adquiere "*... la capacidad y los incentivos para utilizar su posición como oferente de canales de televisión premium para reducir la capacidad de competir de sus rivales en el mercado de televisión de pago*", respecto del cual "*... se encontraría en una posición idónea para erosionar la posición de sus competidores tradicionales de televisión de pago mediante la configuración de ofertas de televisión de pago que difícilmente serán replicables por los mismos*" de tal forma que, TELEFÓNICA dispondría de capacidad y de los incentivos suficientes para imponer su poder de mercado, reduciendo las opciones disponibles para los consumidores e incrementando el precio de los servicios.

CUARTO.- Por el contrario, el Abogado del Estado en su escrito de contestación a la demanda no comparte la tesis de la recurrente. Destaca que la CNMC, al acordar la autorización de una concentración económica, ejerce funciones de discrecionalidad frente a la postura que mantiene la recurrente ya que lo que pretende es sustituir los criterios técnicos y económicos adoptados por la CNMC, que son imparciales, por los suyos. Y añade que el control que puede realizar el órgano judicial, en relación con las actuaciones de la CNMC en las que se ejercen funciones discrecionales, es comprobar que no ha existido un error de apreciación y que la decisión se encuentra motivada.



QUINTO.- Por otra parte, la entidad codemandada, Telefónica, señala que los compromisos a los que se condicionó la autorización de la operación de concentración implicaron importantes obligaciones para Telefónica que limitaron radicalmente su estrategia comercial y que eran suficientes para eliminar los obstáculos que la concentración creaba. Apoya sus afirmaciones en el informe pericial emitido en fecha 27 de octubre de 2016 por Dña. Graciela y Dña. Lorena de la consultora Compass Lexecon titulado "Análisis Económico del Informe Global Economics Group" que concluye que los hechos acontecidos con posterioridad a la autorización de la operación confirman la aptitud, idoneidad y suficiencia de los compromisos para compensar los supuestos problemas de competencia identificados y la existencia de una intensa competencia efectiva en el mercado tras la operación de concentración. Y destaca que los resultados de la subasta convocada por La Liga acreditan la existencia de una intensa competencia en el mercado de adquisición de contenidos en las que Mediapro ha sido la mayor beneficiaria de los derechos, tanto en televisión en abierto como en televisión de pago.

Asimismo, señala la entidad codemandada que, con posterioridad a la operación de concentración se ha producido un amplio acceso a los contenidos futbolísticos por parte de los operadores de televisión de pago entre ellos Vodafone/Ono, Orange/Jazztel y Telecable. Y añade que la entrada de nuevos e importantes operadores tras la autorización de la operación demuestran una vez más la aptitud e idoneidad de los compromisos para garantizar la existencia de una competencia efectiva en el mercado de la televisión de pago: Netflix, Amazon, HBO...

Finaliza destacando que Mediapro se centra en aspectos muy concretos de los compromisos omitiendo el necesario examen global de la resolución impugnada y del conjunto de compromisos ya que, lo que la recurrente pretende es obtener unos compromisos a la carta y a su medida. Y al igual que el Abogado del Estado insiste en que el control judicial está limitado a comprobar si los compromisos se han fijado por la CNMC de forma arbitraria, irracional o fundados en manifiesto error puesto que se han fijado por la CNMC en el ejercicio de facultades discrecionales.

Para avalar sus manifestaciones y desvirtuar el informe pericial aportado por la recurrente, aporta informe pericial elaborado por la consultora económica Compass Lexecon.

SEXTO.- Vistas las distintas alegaciones formuladas por las partes intervinientes en este proceso, resulta imprescindible determinar cuál es el alcance del control jurisdiccional sobre las operaciones de concentraciones económicas y las decisiones adoptadas por la autoridad de competencia en esta materia. No podemos obviar que, en un sistema económico, como el nuestro, basado en la libertad de empresa y en la economía de mercado, se justifica, sin embargo, la intervención de la CNMC para prohibir, para autorizar o para autorizar fijando condiciones en las autorizaciones de las operaciones de concentración económica que se notifican por las empresas. Y consideramos oportuno destacar cuales son las razones que justifican la función que tiene asignada la CNMC en este ámbito porque ello permitirá orientarnos hacia la solución en el debate planteado en este proceso. En esta línea la sentencia dictada por el Tribunal Supremo en fecha 7 de noviembre de 2005, recurso núm. 37/2003, si bien dictada respecto de la anterior Ley 16/1989, de 17 de julio, señala en su fundamento jurídico cuarto lo siguiente:

"La Exposición de Motivos de la Ley 16/89, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia señala que, "la competencia, como principio rector de la economía de mercado, representa un elemento consustancial al modelo de organización económica de nuestra sociedad y constituye, en el plano de las libertades individuales, la primera y más importante forma en que se manifiesta el ejercicio de la libertad de empresa. La defensa de la competencia, por tanto, de acuerdo con las exigencias de la economía general y, en su caso, de la planificación, ha de concebirse como un mandato a los poderes públicos que entronca directamente con el art. 38 de la Constitución ". Como señala la sentencia del Tribunal Constitucional 208/1999, de 11 de noviembre, "la LDC establece un conjunto de intervenciones de los poderes públicos para evitar aquellas prácticas y situaciones que puedan afectar o dañar seriamente a un elemento tan decisivo en la economía de mercado como es la concurrencia entre empresas, apareciendo así la defensa de la competencia como una necesaria defensa, y no como una restricción, de la libertad de empresa y de la economía de mercado, que se verían amenazadas por el juego incontrolado de las tendencias naturales de éste (STC 88/1986 , fundamento jurídico 4º). Y estas intervenciones, obvio es, inciden sobre las relaciones jurídico-privadas de los empresarios mercantiles, ya que, como se dijo tempranamente en la STC 37/1981 , fundamento jurídico 3º, toda la actividad económica y, dentro de ella, la actividad que, en el sentido más amplio, podemos designar como actividad mercantil, aparece disciplinada hoy en las sociedades que siguen el modelo de la economía de mercado, por un conjunto de normas en donde se mezclan de manera inextricable el Derecho público y el Derecho privado".

Y añade, más adelante : *"La defensa de la competencia constituye, a la vez, un presupuesto y un límite necesario de la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado, reconocida en el art. 38 CE . Como dijimos en la tan citada STC 88/1986 "el reconocimiento de la economía de mercado por la Constitución, como marco*



obligado de la libertad de empresa, y el compromiso de proteger el ejercicio de ésta -art. 38, inciso segundo - por parte de los poderes públicos supone la necesidad de una actuación específicamente encaminada a defender tales objetivos constitucionales. Y una de las actuaciones que pueden resultar necesarias es la consistente en evitar aquellas prácticas que puedan afectar o dañar seriamente a un elemento tan decisivo en la economía de mercado como es la concurrencia entre empresas, apareciendo así la defensa de la competencia como una necesaria defensa, y no como una restricción, de la libertad de empresa y de la economía de mercado, que se verían amenazadas por el juego incontrolado de las tendencias naturales de éste". Estas consideraciones permiten adelantar que el planteamiento realizado por los recurrentes debe ser matizado, pues, en supuestos como el presente, lo fundamental es discernir, en primer lugar, en qué medida una operación de concentración puede perjudicar la efectiva competencia en los mercados concernidos por ella, y, caso de que este perjuicio se produjera, determinar, en segundo lugar, si las condiciones adoptadas por el Gobierno son adecuadas o convenientes para en la medida de lo posible restablecerla o minimizarla, o, en su caso, trasladar las eficiencias de la operación a los consumidores. El punto de vista es, por tanto, diferente al de los actores, ya que lo que realmente está en juego es el derecho a la competencia como presupuesto indispensable para que un sistema de libertad de empresa sea viable en una economía de mercado, principio de libertad de empresa predicable no solo de las operadoras concentradas, sino también del resto de operadores que actúan en dichos mercados y que como consecuencia de la fusión podrían ver frustradas sus posibilidades de competir en situación de cierto equilibrio y no de absoluta desventaja, e incluso de los usuarios que como consecuencia de la libre competencia están en disposición de recibir unos servicios de calidad a unos precios proporcionados. El primordial examen es, en consecuencia, determinar si las medidas son adecuadas para restablecer la competencia, o al menos suficientes para minimizar los efectos perjudiciales que la concentración produce en ella, y, si la operación puede redundar en beneficio de los consumidores. Si este objetivo se logra a través de las condiciones, hay que declarar su validez, aunque indirectamente produzcan limitaciones en la libertad de empresa de las plataformas concentradas. De la lógica del sistema se deriva que el control de concentraciones y la subsiguiente imposición de estas limitaciones tiende a evitar los irreversibles efectos anticompetitivos que de inmediato una operación de concentración implica, por ello no tienen fundamento los argumentos de las partes recurrentes en los que se aduce que los controles "ex post" cumplen suficientemente la finalidad que las condiciones impuestas tratan de precaver, pues ello supondría desconocer la necesidad de una institución que en la lucha "anti trust" ha sido implantada en las economías avanzadas desde la Sherman Act de 1890 y de la Clayton Act de 1914, y que en el entorno europeo tienen su reflejo en los artículos 85 a 94 del TCE . Debe tenerse presente, que en mercados como los actualmente concernidos, aún no consolidados y con unos perfiles inestables y no bien definidos, en los que existen operadores dominantes, una concentración de ellos supondrá de manera inmediata una restricción de la competencia por el correlativo aumento del peso significativo de aquellos. Esto, en relación con el presente caso, se deduce unánimemente de todos los informes que precedieron al acto, tanto de las autoridades europeas como de las españolas de telecomunicaciones y de la competencia. Frente a esta situación, lógicamente el Gobierno no podía adoptar una posición pasiva de no oposición a la operación. Ello equivaldría tanto como admitir que el mercado tenía capacidad suficiente para restablecer la competencia sin interferencia alguna (competencia perfecta), en contra de la opinión generalizada de la doctrina, que reconoce la necesidad de intervención cuando se trata de mercados con fuertes barreras de entrada de índole económica -tendido de infraestructuras, adquisición de contenidos, etc.-, o en los que los operadores entrantes no se hallan en condiciones de competir en situación de igualdad con los dominantes.

De las otras dos posibilidades que le reconoce el artículo 17 de la Ley de Defensa de la Competencia , el Gobierno no adoptó la más expeditiva de declarar improcedente la concentración, pensando, como se infiere de la motivación de su acuerdo, que era posible proteger la competencia en los mercados emergentes y el desarrollo de redes basadas en tecnologías alternativas a aquellas en las que operan las empresas concentradas, pero además en que las eficiencias derivadas de la operación se transmitirían a los usuarios en forma de mejores contenidos y mejores precios por alcanzar la plataforma concentrada los umbrales propios de las economías de escala. De aquí que de conformidad con el apartado b) de dicho artículo, la subordinara "a la observancia de condiciones que aporten al progreso económico y social una contribución suficiente para compensar los efectos restrictivos sobre la competencia". En este primer plano, no puede desconocerse que el acto del Gobierno cumple las exigencias de proporcionalidad, pues descartada por razones evidentes la autorización lisa y llana, optó, entre las dos posibilidades restantes -no autorizar o autorizar con condiciones-, por la menos restrictiva".

SÉPTIMO.- En la actualidad, el procedimiento de control de concentraciones económicas se regula en el capítulo II del Título IV, artículos 55 y siguientes, de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, cuyos artículos 7 a 10 se refieren a la definición de concentración económica, a la determinación de su ámbito de aplicación, a la obligación de notificación y suspensión de la ejecución y, en cuanto ahora interesa, a los criterios de valoración sustantiva.

Señala el artículo 10, bajo la rúbrica Criterios de valoración sustantiva, lo siguiente:



"1. La Comisión Nacional de la Competencia valorará las concentraciones económicas atendiendo a la posible obstaculización del mantenimiento de una competencia efectiva en todo o en parte del mercado nacional. En concreto, la Comisión Nacional de la Competencia adoptará su decisión atendiendo, entre otros, a los siguientes elementos:

- a) la estructura de todos los mercados relevantes,
- b) la posición en los mercados de las empresas afectadas, su fortaleza económica y financiera,
- c) la competencia real o potencial de empresas situadas dentro o fuera del territorio nacional,
- d) las posibilidades de elección de proveedores y consumidores, su acceso a las fuentes de suministro o a los mercados,
- e) la existencia de barreras para el acceso a dichos mercados,
- f) la evolución de la oferta y de la demanda de los productos y servicios de que se trate,
- g) el poder de negociación de la demanda o de la oferta y su capacidad para compensar la posición en el mercado de las empresas afectadas,
- h) las eficiencias económicas derivadas de la operación de concentración y, en particular, la contribución que la concentración pueda aportar a la mejora de los sistemas de producción o comercialización, así como a la competitividad empresarial, y la medida en que dichas eficiencias sean trasladadas a los consumidores intermedios y finales, en concreto, en la forma de una mayor o mejor oferta y de menores precios.

2. En la medida en que la creación de una empresa en participación sujeta al control de concentraciones tenga por objeto o efecto coordinar el comportamiento competitivo de empresas que continúen siendo independientes, dicha coordinación se valorará en función de lo establecido en los artículos 1 y 2 de la presente Ley.

3. En su caso, en la valoración de una concentración económica podrán entenderse comprendidas determinadas restricciones a la competencia accesorias, directamente vinculadas a la operación y necesarias para su realización.

(...)"

Particular relevancia tiene a estos efectos la Comunicación 2008/C267/01, de la Comisión, relativa a las soluciones admisibles con arreglo al Reglamento (CE) nº 139/2004 del Consejo y al Reglamento (CE) nº 802/2004 de la Comisión.

En ella se dice lo siguiente:

1. El Reglamento (CEE) nº 139/2004 del Consejo, de 20 de enero de 2004, sobre el control de las concentraciones entre empresas (en lo sucesivo denominado «el Reglamento de concentraciones») dispone expresamente en sus artículos 6, apartado 2, y 8, apartado 2, que la Comisión podrá decidir declarar una concentración compatible con el mercado común una vez modificada por las partes, tanto antes como después de la incoación del procedimiento. A tal efecto, la Comisión podrá vincular a su decisión condiciones y obligaciones destinadas a asegurar que las empresas afectadas cumplan los compromisos que han contraído con la Comisión para hacer la concentración compatible con el mercado común.

2. La finalidad de la presente Comunicación es orientar sobre las modificaciones de las concentraciones, en particular los compromisos de las empresas afectadas para modificar una concentración. Dichas modificaciones se describen por lo general como «soluciones», ya que su objetivo es eliminar los problemas de competencia detectados por la Comisión. La orientación establecida en la presente Comunicación refleja la experiencia desarrollada por la Comisión con la evaluación, aceptación y aplicación de las soluciones conforme al Reglamento de concentraciones desde su entrada en vigor el 21 de septiembre de 1990 (...).

3. La presente Comunicación establece los principios generales aplicables a las soluciones aceptables para la Comisión, los principales tipos de compromisos que pueden ser aceptados por la Comisión en los casos contemplados por el Reglamento de concentraciones, los requisitos concretos que las propuestas de compromisos deben cumplir en ambas fases del procedimiento, y los principales requisitos para la aplicación de los compromisos. En cualquier caso, la Comisión tendrá debidamente en cuenta las circunstancias particulares de cada caso individual.

Se refiere en sus apartados siguientes a esos Principios generales de este modo:

"4. Con arreglo al Reglamento de concentraciones, la Comisión evaluará la compatibilidad de una concentración notificada con el mercado común sobre la base de su efecto en la estructura de competencia en la Comunidad. La evaluación de la compatibilidad con arreglo al artículo 2, apartados 2 y 3, del Reglamento de concentraciones,



tiene por fin determinar si una concentración obstaculizaría significativamente la competencia efectiva en el mercado común o en una parte sustancial de él como consecuencia, en particular, de la creación o el fortalecimiento de una posición dominante. Una concentración que impida considerablemente la competencia efectiva tal como se ha descrito anteriormente es incompatible con el mercado común y la Comisión debe prohibirla. Para la creación de una empresa en participación, la Comisión también examinará la concentración de conformidad con el artículo 2, apartado 4, del Reglamento de concentraciones. Los principios establecidos en la presente Comunicación también se aplicarán por lo general a las soluciones presentadas para eliminar los problemas de competencia detectados con arreglo al artículo 2, apartado 4.

5. En caso de que una concentración plantee problemas de competencia por cuanto podría obstaculizar considerablemente la competencia efectiva, en particular a consecuencia de la creación o consolidación de una posición dominante, las partes podrán intentar modificar la concentración para resolver los problemas de competencia y lograr así la autorización para su concentración. Dichas modificaciones podrán ejecutarse plenamente antes de una decisión de autorización. Sin embargo, es más frecuente que las partes presenten compromisos con objeto de hacer la concentración compatible con el mercado común y que dichos compromisos se ejecuten tras la autorización.

6. Con arreglo a la estructura del Reglamento de concentraciones, es responsabilidad de la Comisión demostrar que una concentración obstaculizaría considerablemente la competencia. La Comisión comunicará los problemas de competencia a las partes para que puedan formular propuestas de soluciones apropiadas y pertinentes. Corresponderá entonces a las partes en la concentración presentar compromisos; la Comisión no está en condiciones de imponer unilateralmente ninguna condición a una decisión de autorización, sino únicamente sobre la base de los compromisos de las partes. La Comisión informará a las partes sobre su evaluación preliminar de las propuestas de soluciones. Si, con todo, las partes no proponen válidamente soluciones adecuadas para eliminar los problemas de competencia, la única opción de la Comisión será adoptar una decisión de prohibición.

7. La Comisión deberá evaluar si las soluciones propuestas, una vez se hayan ejecutado, eliminarían los problemas de competencia detectados. Sólo las partes disponen de toda la información pertinente necesaria para dicha evaluación, en particular por lo que se refiere a la factibilidad de los compromisos propuestos y a la viabilidad y competitividad de los activos que se proponen ceder. Es, pues, responsabilidad de las partes proporcionar toda la información disponible que sea necesaria para la evaluación por la Comisión de la propuesta de soluciones. Con este fin, el Reglamento de aplicación obliga a las partes notificantes a suministrar, junto con los compromisos, información detallada sobre el contenido de los compromisos ofrecidos y las condiciones para su aplicación, y a demostrar que son adecuados para suprimir cualquier obstáculo significativo que impida la competencia efectiva, tal como se establece en el anexo del Reglamento de aplicación (el «formulario RM»). En cuanto a los compromisos que consisten en la cesión de una actividad empresarial, las partes deberán describir pormenorizadamente, en particular, cómo funciona actualmente la actividad empresarial que vaya a ser cedida. Esta información permitirá a la Comisión evaluar la viabilidad, competitividad y comerciabilidad de la actividad empresarial, comparando su funcionamiento actual con el alcance propuesto con arreglo a los compromisos. La Comisión podrá adaptar los requisitos exactos a la información necesaria en el caso individual de que se trate y estará disponible para discutir con las partes el alcance de la información requerida antes de la presentación del formulario RM.

8. Considerando que las partes deben proponer compromisos suficientes para suprimir los problemas de competencia y presentar la información necesaria para evaluarlos, corresponderá a la Comisión determinar si una concentración, modificada por los compromisos válidamente presentados, debe declararse efectivamente incompatible con el mercado común debido a que suponga, pese a los compromisos, un importante obstáculo para la competencia efectiva. La carga de la prueba para la prohibición o autorización de una concentración modificada por los compromisos está, pues, sujeta a los mismos criterios que una concentración sin modificar".

No puede dudarse de la importancia de estos principios pues constituyen la base sobre la cual ha de realizarse el análisis de la concentración desde el punto de vista de su impacto en la competencia y la eficacia que, para paliar o conjurar tal impacto, ha de atribuirse a las soluciones o compromisos.

Precisamente a las condiciones básicas que han de reunir los compromisos que la Comunicación denomina aceptables dedica sus apartados siguientes, 9 a 14, y a la conveniencia de los diferentes tipos de soluciones, los apartados 15 a 17, donde distingue entre las cesiones, otras soluciones estructurales, tales como la concesión de acceso a infraestructura clave o a compromisos con carácter no discriminatorio, y los compromisos relativos al comportamiento futuro de la entidad procedente de la concentración, para concluir que "Los compromisos de cesión son la mejor manera de eliminar los problemas de competencia que resultan de solapamientos horizontales, y pueden también ser el mejor medio para resolver los problemas de orden vertical o derivados de un conglomerado. Otros compromisos estructurales pueden ser adecuados para resolver todo



tipos de problemas si dichas soluciones son equivalentes a cesiones en sus efectos, tal como se explica más pormenorizadamente en el apartado 61 y ss. Los compromisos relativos al comportamiento futuro de la entidad procedente de la concentración pueden ser aceptables sólo excepcionalmente en circunstancias muy concretas. En particular, los compromisos que consisten en no subir los precios, no reducir las gamas de productos o suprimir marcas, etc., no eliminarán por lo general los problemas de competencia derivados de solapamientos horizontales. En cualquier caso, esos tipos de soluciones sólo podrán aceptarse excepcionalmente si se garantiza plenamente su factibilidad mediante una aplicación y una supervisión efectivas con arreglo a las consideraciones establecidas en los apartados 13-14, 66 y 69, y si no existe el riesgo de que produzcan efectos distorsionadores en la competencia".

OCTAVO.- De lo expuesto hasta ahora nos detenemos especialmente en el párrafo primero del artículo 10 de la LDC cuando expone que: "La Comisión Nacional de la Competencia valorará las concentraciones económicas atendiendo a la posible obstaculización del mantenimiento de una competencia efectiva en todo o en parte del mercado nacional". Y la interpretación que demos a esa función de la CNMC orientará la solución que esta Sala realice en esta sentencia. La referencia al mantenimiento de una competencia efectiva no debe equipararse con la existencia de una competencia perfecta, sino con la existencia de una competencia real, y no meramente testimonial, que impedirá a la entidad resultante de la operación ejercer poder de mercado en detrimento de sus competidores y de los consumidores por la desaparición de una presión competitiva relevante en el mercado. Y acudimos de nuevo a la doctrina fijada en la sentencia del Tribunal Supremo dictada en fecha 7 de noviembre de 2005, antes citada, en la que se destaca que la autoridad de competencia ejerce funciones discrecionales cuando analiza si una operación de concentración supone una obstaculización en el mantenimiento de una competencia efectiva y como el ejercicio de esas funciones por parte de la CNMC afecta al alcance del control jurisdiccional. En este sentido expresa:

" El indicado precepto -se refería al artículo 17 de la LDC- reconoce implícitamente la dificultad de que una intervención del Gobierno pueda restablecer la competencia en el mercado de tal forma que quede en similar situación a la existente antes de la concentración, y ello por la propia dinámica del mercado que va a quedar reducido desde el lado de la oferta, al ser la elasticidad mínima por la insustituibilidad de los servicios que demandan los usuarios -contenidos premium-. Por ello, se trata de establecer unas medidas que "compensen los efectos restrictivos" y a la vez garantizar que la operación aporte algo al progreso económico y social.

Es decisiva en este punto, la valoración de las circunstancias concurrentes que, a la vista de los informes emitidos a lo largo del expediente, realice el Gobierno. Se mueve en este campo con criterios de discrecionalidad, pudiendo elegir entre diversas soluciones aquella que considere más adecuada a la consecución de los objetivos propuestos. Se trata, pues, de una apreciación subjetiva en que su criterio prevalece sobre las particulares opiniones de las partes, en la que los Tribunales no pueden intervenir, si no es a través de los mecanismos que el ordenamiento jurídico establece para el control de la discrecionalidad y, en cualquier caso, sin que puedan sustituir ese contenido discrecional del acto, por así disponerlo el artículo 71.2 de la Ley Jurisdiccional. Ello no significa que la discrecionalidad sea tan absoluta que permita la arbitrariedad, pues como señala la sentencia de esta Sala de 2 de abril de 2002 (caso Prosegur/Blindados del Norte), "La validez, en principio, de esta modalidad de Acuerdos condicionados no excluye, como es lógico, el análisis de cada una de las condiciones impuestas, a fin de examinar la conformidad a derecho de su contenido (ya nos hemos referido, además, a la obligatoriedad de su motivación). En la medida en que las condiciones no respondan a la finalidad que la Ley 16/1989 les asigna, o restrinjan indebidamente, más allá de lo necesario, las facultades de las empresas para decidir su política empresarial en un marco de libre competencia, dichas condiciones no serán válidas".

Por otra parte, el Tribunal de Primera Instancia de la Unión Europea en la sentencia dictada en fecha 3 de abril de 2003, asunto T342/00 (Petrolessence SA, Société de gestión de restauration routi re SA), declara también que,

"101. Según reiterada jurisprudencia, las normas materiales del Reglamento n  4064/89 y, en particular, su artículo 2, relativo a la apreciación de las operaciones de concentración, confieren a la Comisión cierta facultad de apreciación, especialmente por lo que respecta a las apreciaciones de orden económico. Por consiguiente, el control por parte del juez comunitario del ejercicio de dicha facultad, que es esencial a la hora de aplicar las normas en materia de concentraciones, debe efectuarse teniendo en cuenta el margen de apreciación inherente a las normas de carácter económico que forman parte del régimen de las concentraciones (véanse las sentencias antes citadas Francia y otros/Comisión, apartados 223 y 224, y Gencor/Comisión, apartados 164 y 165, y la sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 6 de junio de 2002, Airtours/Comisión, T-342/99, Rec. p. II-2585, apartado 64). De ello se desprende que el control ejercido por el juez comunitario sobre las apreciaciones complejas de orden económico realizadas por la Comisión en el ejercicio de la amplia facultad de apreciación que le otorga el Reglamento n  4064/89 debe limitarse a comprobar el respeto de las normas de procedimiento y de motivación, la exactitud material de los hechos, la falta de error manifiesto de apreciación o de desviación de



poder. En particular, no corresponde al Tribunal de Primera Instancia sustituir la apreciación de orden económico de la Comisión mediante la suya propia".

De todo ello conviene destacar un principio que ha de inspirar la decisión que adoptemos ahora, y es que corresponde al órgano de competencia determinar si los compromisos o soluciones propuestos tienen alcance bastante para compensar las restricciones a la competencia que derivan del acuerdo de concentración, y que la facultad que ejerce en esos casos implica el ejercicio de una potestad discrecional sujeta a las técnicas de control jurisdiccional que operan sobre esta clase de potestades y, en particular, a la exigencia de una motivación suficiente y a la valoración con arreglo al principio de proporcionalidad y de no arbitrariedad.

NOVENO.- En relación con el control judicial a través de la motivación, el Tribunal Supremo en la sentencia antes referida de 7 de noviembre de 2005 refiere que:

"SEXTO.- Sobre el segundo motivo de impugnación: el alcance del deber de motivación

El segundo motivo de impugnación se fundamenta por las partes recurrentes en la infracción del artículo 54.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, al considerar que la motivación de las condiciones impugnadas impuestas por el Acuerdo del Consejo de Ministros, y en particular la condición cuarta, párrafo segundo, transcrita con anterioridad, resulta manifiestamente insuficiente en razón de la "genérica, vaga e incluso incongruente fundamentación" que ofrece la exposición de motivos del referido Acuerdo, según se aduce.

La motivación -se argumenta- resulta parcialmente inexistente al no justificarse la determinación del límite temporal de tres años impuesto a la duración de los nuevos contratos que puedan formalizarse entre la empresa concentrada SOGECABLE y los "grandes estudios" relativos a los derechos de emisión televisiva de largometrajes cinematográficos, y canales temáticos por ellos producidos, que restringe la libertad de empresa y la libertad contractual, y no distinguirse las características singulares de dichos productos y servicios afectados por los derechos de cesión y de distribución, al requerirse que sea explícita, al haberse dictado por el Gobierno al margen del Informe del Tribunal de Defensa de la Competencia, en el ejercicio de una potestad discrecional.

Debe señalarse, que conforme es doctrina de esta Sala, expresada en la sentencia de 2 de abril de 2002 (R 1585/2000), se intensifica el deber de motivación de este género de acuerdos del Consejo de Ministros, cuya incidencia en la vida económica de las empresas, y de los mercados en general, resulta obvia, porque revisten «unas características singulares que afectan tanto a su génesis (el Consejo de Ministros no interviene sino por la iniciativa de otro órgano administrativo que actúa a modo de primer filtro, previa la notificación que de sus operaciones de concentración hagan los afectados) como a su procedimiento formal de adopción y a su contenido, todo ello en garantía de su legalidad y de su acierto, de modo que, precisamente a estos efectos, el Tribunal de Defensa de la Competencia ha de emitir, en el curso del procedimiento, un dictamen preceptivo que eleva al Consejo de Ministros para que éste, a la vista de su contenido, resuelva lo que proceda, implica que el acuerdo final, deba incluir necesariamente la motivación que lo sustente, tanto más cuanto se aparte del dictamen a partir del cual se adopta.

La regla general de que han de ser motivados los actos administrativos que se separen del dictamen de órganos consultivos (artículo 54.1.c de la Ley 30/1992) reviste una especial importancia en materia de concentraciones de empresas, dada la singular función que el legislador ha atribuido, en primer lugar al Servicio de Defensa de la Competencia y, más tarde y sobre todo, al Tribunal de Defensa de la Competencia, en cuanto organismo administrativo específicamente habilitado para calibrar los efectos nocivos de operaciones de esta naturaleza. Si el Consejo de Ministros, a la vista del dictamen emitido por aquel órgano, quiere separarse de él, ha de explicar concretamente por qué adopta esa decisión, de modo que la motivación exigible no es sólo la general relativa al acto sino la específica relativa a la discrepancia con el órgano consultivo».

(...)

Y, a este respecto, debe referirse que el deber de motivación de las decisiones adoptadas en materia de autorizaciones de operaciones de concentraciones económicas, que tiene por objeto permitir al juez contencioso-administrativo ejercer su control de legalidad y que el interesado pueda conocer la justificación de las medidas y condiciones compensatorias adoptadas para poder defender sus derechos y verificar si dicha decisión se encuentra fundada, según se desprende de la doctrina del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (Sentencia de 30 de septiembre de 2003 Asunto Cableuropa y otros contra Comisión), se ha salvaguardado adecuadamente en la Decisión del Consejo de Ministros impugnada, al haberse dado respuesta precisa a las cuestiones fácticas y jurídicas que fueron suscitadas en el procedimiento administrativo por los interesados y por los órganos de defensa de la competencia".



Igualmente, en la sentencia que estamos destacando se analiza el principio de proporcionalidad y de no arbitrariedad en la actuación de la CNMC a la hora de autorizar una operación de concentración. Y en este sentido refiere:

"SÉPTIMO.- Sobre el tercer motivo de impugnación: El principio de interdicción de la arbitrariedad y el principio de proporcionalidad.

El tercer motivo de impugnación formulado por las partes demandantes se sustenta en la infracción del artículo 9.3 de la Constitución, que garantiza el principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos, que se concreta, sustancialmente, en la denuncia de que el Acuerdo del Consejo de Ministros, tanto en el sentido formal como en el sentido material, carece de motivación y es irrazonable, siendo contrario a los principios de proporcionalidad y de no discriminación.

Según se alega, en particular en lo que concierne a la condición cuarta impuesta, la limitación temporal por su amplitud, se revela inadecuada a los fines que persigue la normativa en materia de competencia, entre otros motivos, porque no produce el efecto de restringir las actividades de la plataforma fusionada, con violación del artículo 53.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y es claramente innecesaria ya que "no se produce ningún efecto de cierre en el mercado de televisión de pago en España", debido a que los largometrajes y los canales temáticos no son en sí mismos contenidos esenciales y a que las empresas identificadas en el grupo de los "grandes estudios" compiten entre ellos y con los productores y distribuidores europeos y españoles.

Se subraya, además, en la fundamentación de la vulneración del principio de proporcionalidad, que la condición cuarta, por su carácter absoluto, no es la medida menos lesiva para los intereses de las Compañías demandantes ni se prevé una cláusula de revisión o de supresión para el supuesto de modificación de la estructura del mercado relevante de la televisión de pago, debiendo considerarse suficiente la limitación temporal referente a la emisión en exclusiva de la segunda ventana que impone la condición séptima.

La condición cuarta -se expone- es asimismo desproporcionada por carecer de justificación económica, porque los periodos de recuperación de las inversiones en películas cinematográficas que hacen los grandes estudios promueven que los contratos que se formalizan sobre los derechos de emisión en las distintas modalidades con los operadores de televisión sean de larga duración y favorecen la posición negociadora de la entidad fusionada. Debe rechazarse que las condiciones cuarta (párrafo segundo), quinta y sexta adoptadas en el Acuerdo del Consejo de Ministros de 29 de noviembre de 2002, sean arbitrarias al justificarse la decisión gubernamental no sólo desde la perspectiva formal como se ha razonado en el precedente fundamento jurídico, sino en sus aspectos materiales, al perseguir la actuación administrativa fines de interés general vinculados a garantizar la competencia, que constituye el principio rector de la economía de mercado, que garantiza el artículo 38 de la Constitución, y a compensar suficientemente los posibles efectos nocivos de la competencia que la fusión provoca al reforzar la posición de dominio de una de las plataformas de televisión de pago preexistentes, y contribuir al progreso técnico, económico y social, según autoriza el artículo 17 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, al promover la operación de concentración la expansión de la difusión de la televisión de pago vía satélite, que incluye una pluralidad de contenidos de ocio, educativos e informativos, que benefician el desarrollo de la «sociedad del conocimiento».

No se aprecia que el Consejo de Ministros haya ejercido exorbitadamente las facultades de carácter discrecional que le confía el artículo 17 b) de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, porque expresamente la condición cuarta, párrafo segundo, se justifica en que la afectación al mercado relevante de adquisición de los derechos de emisión de películas cinematográficas premium y de comercialización de canales temáticos requiere limitar los poderes de negociación de la empresa concentrada con los "grandes estudios", a los efectos de evitar un control duradero del mercado afectado y de permitir la entrada en este mercado en condiciones equitativas de otros operadores.

Esta condición cuarta, que promueve que no se creen obstáculos significativos a la competencia, se revela acorde con la práctica administrativa del Tribunal de Defensa de la Competencia, que constata la incidencia negativa de la fusión, al provocar que existan serias limitaciones estructurales a la intensificación de la competencia en estos mercados afectados, que requiere imponer condiciones que faciliten la eliminación de barreras de entrada a otros competidores, y es, asimismo, acorde con las condiciones aceptadas por la Comisión Europea en el procedimiento de control de operaciones de concentración de empresas que desarrollan su actividad en los servicios de televisión de pago, con el objeto de solventar los problemas de competencia, favoreciendo el aumento de disponibilidad de contratación de las películas de estreno, en beneficio de las nuevas empresas que deseen introducirse en este mercado, sin perjudicar a las compañías suministradoras, ya que estas cláusulas se consideran adecuadas al modelo empresarial de comercialización que rige la política comercial de las grandes productoras de Hollywood (Decisión de 2 de abril de 2003. Asunto Newscorp/Telepiu).



Debe significarse que el principio de interdicción de la arbitrariedad supone la necesidad de que el contenido del acto administrativo no aparezca carente de fundamentación objetiva y no resulte incongruente o contradictorio con la finalidad de la norma que habilita la actuación de los poderes públicos administrativos.

Según se afirma en la sentencia de esta Sala de 28 de junio de 2005 (R 150/2003), el concepto de arbitrariedad se vincula así en su esencia última al concepto de motivación y a la necesidad de justificación.

Esta Sala del Tribunal Supremo no comparte la afirmación de que el Acuerdo del Consejo de Ministros de 29 de noviembre de 2002, en la incorporación de las condiciones impugnadas, infringe el artículo 53.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, que establece que el contenido de los actos [...] será determinado y adecuado a los fines de aquéllos, porque estas obligaciones a que se supedita la autorización gubernamental se revelan apropiadas en relación con la aplicación de la regla de razonabilidad y del principio de proporcionalidad.

La condición cuarta (párrafo segundo) impuesta no se revela innecesaria, inadecuada o irrazonable al fin perseguido por la normativa en materia de competencia, como la califican las propias recurrentes, porque su finalidad esencial es atemperar los efectos nocivos sobre la competencia ya que la duración de los futuros acuerdos entre la empresa concentrada y las grandes productoras de Hollywood se limitan a un máximo razonable de tres años con el objeto de reducir perceptiblemente la restricción en el mercado de los derechos de películas, lo que beneficia a las nuevas empresas que deseen introducirse en el mercado de la televisión de pago, y facilita que los compradores potenciales de estos productos y servicios puedan presentar ofertas a cada estudio de forma regular y periódica, ya que no se puede ignorar la importancia crucial de las películas de estreno que, junto a las retransmisiones deportivas, constituyen el principal atractivo para conseguir abonados, de modo que si se permitiera a la empresa fusionada renovar los acuerdos con los "grandes estudios" a largo plazo se destruirían las perspectivas de entrada en el mercado de la televisión de pago de otros operadores y se eliminaría, por tanto, la potencial competencia.

Y debe señalarse que el poder de mercado que ostenta la empresa resultante de la fusión, que no varía significativamente la situación preexistente a la concentración, desaparecería inmediatamente en el momento en que los "grandes estudios" decidieran modificar sus políticas comerciales y promovieran que las películas de estreno sean ofrecidas al mismo tiempo en las televisiones gratuitas y en las televisiones de pago, eliminando la distinción entre «visión en televisión gratuita o en abierto» y «visión en televisión de pago».

No puede caracterizarse la limitación temporal de tres años de la duración de los contratos de desproporcionadamente gravosa, al deber significarse que se han ponderado de forma equilibrada los intereses públicos y privados afectados, concernientes a tutelar el Derecho de la Competencia, que se vería lesionado si se suprimiera esta condición, dejando en plena libertad a la Sociedad Sogecable y a los "grandes estudios" para que pudieran contratar sin límite alguno, la adquisición de los derechos de emisión de las películas cinematográficas de estreno y de difusión de los canales temáticos, o se impusiera una duración temporal superior a dicho periodo, que cerraría, de forma absoluta, durante un plazo significativo, el mercado de derechos a los operadores de televisión de pago existentes y a los operadores potenciales, reforzando de forma abusiva la posición estructural de dominio de la empresa concentrada, sin que de la prueba practicada se haya acreditado que de esta decisión se deriven perjuicios económicos irrazonables a las productoras que se identifican como "grandes estudios".

La imposición gubernamental de las cláusulas quinta y sexta, que restringen la libertad de acción de Sogecable en la adquisición de derechos de largometrajes cinematográficos producidos por los "grandes estudios", se revela razonable, objetivamente necesaria y proporcionada, al tener como objeto paliar que el reforzamiento de la posición de dominio de la empresa fusionada en el mercado de la televisión de pago y en el mercado de adquisición y comercialización de contenidos cinematográficos que produce la operación de concentración se proyecte a otras modalidades de explotación que distorsione el funcionamiento de mercados afines afectados, como el mercado de difusión de los derechos cinematográficos en televisión de pago por visión o el mercado de servicios de telecomunicaciones, donde la Compañía Telefónica ostenta una posición dominante, creando obstáculos complementarios al desarrollo competitivo de estos mercados.

Cabe concluir que el principio de proporcionalidad, principio general del derecho que se encuentra reconocido en el artículo 103 de la Constitución, en la cláusula de "servir con objetividad los intereses generales", y que vincula a la Administración a ejercer las potestades discrecionales sujeta a cánones de racionalidad en la relación existente entre los medios empleados y la finalidad de la norma, y que constituye en su vertiente aplicativa un importante mecanismo de control de la actuación administrativa, no ha sido vulnerado por el Acuerdo autorizador del Consejo de Ministros".

DÉCIMO.- Atendiendo a la regulación normativa expuesta y a la doctrina jurisprudencial destacada, corresponde a esta Sala examinar si están motivados y justificados los compromisos fijados por la CNMC en la resolución impugnada cuando autoriza la operación de concentración analizada y, además, si cumplen



con la finalidad de la proporcionalidad en el debate entre la libertad de empresa, que implica una operación de concentración, y las restricciones que puede ocasionar a sus competidores. Y ello porque la CNMC ha entendido que la aprobación de la operación de concentración con condiciones es menos restrictiva con la libertad de empresa que el rechazo total de la operación que debe acordarse únicamente cuando, a través de las condiciones, sea imposible compensar los efectos restrictivos de la competencia.

Y es en ese margen de motivación y de razonabilidad en la fijación de los compromisos donde debe moverse esta Sala a la vista de la jurisprudencia antes expuesta. Es decir, el control que corresponde a este órgano judicial queda restringido a comprobar el respeto de las normas de procedimiento y de motivación, la exactitud material de los hechos, la falta de error manifiesto de apreciación o de desviación de poder y, en ningún caso, le corresponde sustituir las apreciaciones de orden económico realizadas por el órgano de competencia mediante la suya propia.

Y esta Sala en ese análisis concluye que el recurso contencioso administrativo interpuesto debe desestimarse porque entiende que los compromisos fijados por la CNMC en la operación de concentración analizada cumplen los requisitos de motivación y de proporcionalidad, sin que, por otra parte, apreciemos arbitrariedad en la fijación de los mismos por cuanto son desde un punto de vista racional adecuados para restablecer la competencia o, al menos, suficientes para minimizar los efectos perjudiciales que la operación produce en ella.

Por otra parte, en este análisis no se puede obviar que, la fijación de los compromisos persiguen minimizar los riesgos de obstaculización de la competencia efectiva en los mercados afectados por la concentración, y ello implica que los compromisos deban analizarse de forma global y conjunta y no de una forma aislada, como así hace la recurrente cuando entiende que algunos de los compromisos son insuficientes pero sin examinar como esa insuficiencia, en su caso, determina la incorrección del resto de los compromisos en la finalidad global que se persigue. Porque en una operación de concentración cuando se fijan compromisos ello supone limitaciones y restricciones que afectan, por una parte, al ente que surge con la operación de concentración, en este caso Telefónica, y por otra parte a los competidores que ven modificadas sus pretensiones y posiciones en el mercado. Y esa situación es lo que lleva a entender que los compromisos solo pueden analizarse de forma conjunta, porque únicamente en su análisis global es donde puede apreciarse que son suficientes o no para minimizar los riesgos de obstaculización de la competencia. Por el contrario, si analizáramos solo algunos de los compromisos que la recurrente entiende que le son perjudiciales, pero sin atender en qué medida tienen influencia en el resto de los compromisos que quizás le sean más beneficiosos, ello implicaría entonces establecer unos compromisos "a la carta" en cuanto que solo serían favorables a uno de los competidores, en este caso la recurrente, sin tener en cuenta que la operación de concentración y la entidad resultante es admisible y válida en la ponderación entre la libertad de empresa y la economía de mercado y la competencia efectiva en el mercado. Y por este motivo la insuficiencia que alega la recurrente respecto de algunos compromisos desde el momento en que se analizan de forma aislada impide apreciar en qué medida son desproporcionados para los competidores y consumidores o se han fijado incurriendo en un error manifiesto, arbitrariedad o desviación de poder en el marco del análisis prospectivo de los efectos de la operación de concentración.

Por ello, concluimos que los compromisos deben analizarse y, en su caso, discutirse, teniendo en cuenta una visión de conjunto, pues la efectividad de los mismos está a su vez ligada a la implementación de todos y cada uno de ellos para asegurar que se salvaguarda la dinámica competitiva preexistente. Y en esta línea, la CNMC en la resolución impugnada ha declarado que *"que el conjunto de los compromisos propuestos por TELEFÓNICA el 14 de abril de 2014 resulta suficiente y proporcionado para compensar los riesgos de obstaculización de la competencia efectiva, derivados de la operación de concentración TELEFÓNICA/DTS que se habían detectado y quedaron recogidos en el PCH"*. Compromisos que, como luego desarrollaremos, afectan a cada uno de los mercados en los que a juicio de la recurrente queda reforzada la posición de la entidad resultante de la concentración.

Por otra parte, a diferencia de la postura que mantiene la recurrente cuando entiende que son insuficientes los compromisos adoptados por la CNMC, esta Sala considera que los compromisos que se fijan no pueden ir más allá de los problemas ocasionados por la operación de concentración pues con la fijación de compromisos no se trata de redefinir la estructura de las empresas o de los mercados, sino de asegurar que se salvaguarda la dinámica competitiva preexistente puesto que el fin último de los compromisos no es proteger a los competidores sino asegurar el mantenimiento de la dinámica competitiva preexistente en beneficio de los consumidores.

UNDÉCIMO.- Como hemos expuesto anteriormente, la mercantil recurrente sostiene que la concentración autorizada afecta gravemente a la competencia creando obstáculos importantes en la medida en que la entidad resultante de la misma ostenta un dominio absoluto en el conjunto de los mercados que componen el sector audiovisual español puesto que ningún otro operador audiovisual será capaz de replicar mínimamente

la capacidad de la entidad resultante de la concentración en la adquisición de derechos audiovisuales y en su posterior comercialización para su emisión a los consumidores finales. Y ello porque, según dice la recurrente, Telefónica y DTS disponen de un sistema que permite la emisión con calidad así como de un catálogo atractivo de contenidos lo cual reforzará la posición de Telefónica en el mercado de televisión de pago y afectará a los (i) mercados mayoristas de comercialización de contenidos audiovisuales donde se refuerza la posición competitiva de Telefónica en la adquisición de esos contenidos para su emisión en España al tener una posición negociadora privilegiada dada su fortaleza financiera, sus economías de escala, sus economías de alcance, y su presencia en los mercados minoristas de comunicaciones electrónicas fijas y móviles; (ii) Telefónica adquiere también la capacidad e incentivos para utilizar su posición como oferente de canales de televisión de pago premium lo que reduce la capacidad de competir de sus rivales; (iii) se refuerza la posición de Telefónica en el mercado de comunicaciones electrónicas al poder ofertar conjuntamente la televisión de pago con otros servicios de comunicaciones electrónicas (ofertas empaquetadas). Y, sin embargo, a pesar de esos obstáculos, según la recurrente, la CNMC ha incurrido en error de apreciación al considerar que los compromisos eran suficientes y adecuados para solventar los problemas de competencia y a su juicio la resolución de la CNMC vulnera los artículos 10, 58 y 59 de la Ley de Defensa de la Competencia por cuanto es inmotivada y arbitraria.

Como venimos diciendo, la CNMC con los compromisos recogidos en la resolución impugnada ha impuesto a Telefónica varias y diversas limitaciones en su actuación que implican compromisos de conducta y ciertas prácticas comerciales en relación con los distintos mercados afectados por la concentración para con ello minimizar los riesgos de obstaculización del mantenimiento de la competencia efectiva. Y corresponde a la recurrente demostrar que en su conjunto esas conductas y limitaciones son insuficientes para en su caso frenar la capacidad e incentivos de la entidad resultante para utilizarlos en detrimento de los competidores. Sin embargo, la recurrente se ha limitado a mostrar su desacuerdo con algunos de los compromisos establecidos y a plantear soluciones alternativas que, a su juicio, serían más eficaces, pero sin un apoyo global como hemos dicho.

Así, la CNMC en relación con los mercados de adquisición y comercialización mayorista de contenidos audiovisuales individuales y de canales de televisión en España ha fijado diversos compromisos y limitaciones a la entidad resultante de la concentración indicando que:

1. Limita a la entidad resultante la adquisición en exclusiva de derechos audiovisuales no deportivos de terceros para su emisión lineal al plazo de tres años.
2. Limita a la entidad resultante la adquisición en exclusiva de contenidos audiovisuales no deportivos de terceros para su emisión en SVOD a los contenidos de estreno durante el plazo de tres años.
3. Se prohíbe a la entidad resultante de la adquisición en exclusiva de contenidos audiovisuales no deportivos de terceros para su emisión en TVOD.
4. Se limita a la entidad resultante la adquisición y explotación de derechos audiovisuales de contenido deportivo de terceros al plazo de tres años.
5. Se limita a la entidad resultante la adquisición de derechos de contenidos audiovisuales en España de terceros sobre ventana o modelos de emisión (líneas, SVOD, TVOD) que no vaya a explotar en España.
6. Se prohíbe a la entidad resultante la suscripción de contratos de adquisición de derechos con cláusulas de renovación tácita, derechos de tanteo y retracto, prórroga o adquisición preferente.

Asimismo, la CNMC en relación a la oferta mayorista de canales de televisión propios de la entidad resultante señala los siguientes límites y compromisos de cesión a Telefónica al especificar:

1. 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:
 - i. La oferta será en régimen de no exclusividad y podrá ser distribuida a nivel minoristas tanto en el segmento residencial como no residencial.
 - ii. El plazo máximo para atender a las solicitudes específicas de acceso a cada canal es de 1 mes desde la solicitud formal.
 - iii. Cada uno de los canales premium de la entidad resultante estará disponible para su contratación a la carta por parte de los clientes finales en su plataforma IPTV de televisión de pago (movistar +).
 - iv. Cada grupo empresarial de operadores de televisión de pago podrá adquirir un número de canales equivalente como máximo al 50% del número total de canales que integran esa oferta mayorista de canales propios con contenidos premium.



- v. La entidad resultante deberá modificar los precios de la oferta mayorista respecto de canales propios para permitir su replicabilidad efectiva por terceros y no incurrir en estrechamiento de márgenes.
- vi. El cálculo del precio de la oferta mayorista que se desarrolla en el anexo I de los compromisos tendrá lugar de la siguiente forma: en relación con canales relativos a fútbol, fórmula 1 y moto GP mediante el reparto del coste fijo de adquisición y producción de los canales a través de una parte fija (coste mínimo garantizado o CMG) y un precio variable por abonado final (coste por abonado o CPA); y en relación con canales con otros contenidos premium solo un precio variable por abonado final.
- vii. Asimismo, para Telefónica se establece la obligación de replicabilidad y la posibilidad de la CNMC de revisar a posteriori esa replicabilidad.

Y la CNMC también fija compromisos y limitaciones a Telefónica relacionados con el acceso a la red de internet de Telefónica que se compromete a ofrecer capacidad y garantía de calidad suficiente para la prestación de servicios OTT de televisión de pago por parte de terceros operadores a los clientes de banda ancha fija y móvil de Telefónica en condiciones de calidad equiparables a las que disfrutaban los clientes del servicio de OTT de la entidad resultante.

Finalmente, la CNMC fija un periodo de duración de los compromisos fijados que es el plazo de cinco años prorrogable por otros tres.

DUODÉCIMO.- La recurrente como ya hemos expuesto critica algunos de los compromisos fijados sin que en ningún caso conste por su parte un análisis global de los compromisos ni tampoco su influencia, en su caso, sobre el resto de los compromisos, motivo este ya suficiente para la desestimación del recurso contencioso administrativo. Sin embargo, esta Sala en el examen de cada uno de los compromisos impugnados concluye que la CNMC sí ha motivado y sí ha justificado porque es necesario su establecimiento y, por el contrario, la recurrente no ha demostrado que los compromisos se han fijado de forma arbitraria ni desproporcionada más allá de su lógica discrepancia respecto de algunos de ellos.

Así, la recurrente entiende que son insuficientes los compromisos relacionados con el mercado de edición y comercialización mayorista de canales deportivos Premium y, más específicamente, los relacionados con el "Modelo Económico" que define las condiciones de la venta mayorista de estos canales. Sin embargo, en el Informe Propuesta de la Dirección de la Competencia al que se remite la resolución recurrida y que, por tanto, integra la motivación de ésta, se consigna que:

"(1101) La oferta mayorista de canales propios premium se hará en condiciones equitativas, razonables, objetivas, transparentes, y no discriminatorias. A tal efecto, la entidad resultante deberá elaborar unas condiciones tipo atendiendo a los criterios de determinación del precio y replicabilidad que se indican a continuación, que serán aprobadas por la CNMC y publicadas en la web de la entidad resultante (Anexo 1).

(1102) El cálculo de los precios de la oferta mayorista difiere según el tipo de contenido de que se trate, en la medida en que los costes de adquisición y el riesgo asumido por la entidad resultante difieren.

(1103) Así, para los canales cuyos contenidos tienen un coste fijo de adquisición muy elevado (fútbol y motor) se establecerá un coste mínimo garantizado, que obedece al objetivo de compartir el mayor coste y riesgo que asume la entidad resultante en la adquisición de estos derechos, cuyos precios incrementales minoristas en principio no permiten la recuperación de sus costes fijos, dada la penetración que tienen estos canales.

(1104) El reparto de este coste fijo (costes de adquisición de contenidos y de producción) se hará en función de tres variables con un peso diferente para cada una de ellas: (i) cuota de abonados a la televisión de pago (75%); (ii) cuota de accesos de banda ancha fija apta para servicios de televisión de pago (20%); y (iii) cuota de accesos de televisión de pago potenciales (5%). De esta forma, se trata de establecer un equilibrio entre la necesidad justificada de compartir los riesgos de edición de determinados canales muy caros, a la vez que no se excluye de facto a los operadores de televisión de menor tamaño.

(...)

(1111) Para los operadores que hayan superado el mínimo garantizado habrá un precio variable (coste por abonado) que en el segmento residencial se calculará mensualmente, orientado a costes y aplicando una tasa de retorno.

Este precio variable se aplicará también a los canales ofertados al segmento residencial que no están sujetos a mínimos garantizados.

(1112) En el caso del segmento no residencial, el coste por abonado (CPA) se calculará conforme al criterio "retail minus" sobre el precio minorista aplicado por TELEFÓNICA al canal correspondiente, en la medida que cualquier otro sistema podría impedir la discriminación de precios minorista entre ambos tipos de clientes, algo necesario



cuando el canal no residencial suele desincentivar la contratación del canal en el segmento residencial, pues un elevado número de potenciales clientes en lugar de abonarse a una televisión de pago, recurren a ver los acontecimientos deportivos, especialmente el fútbol, en establecimientos públicos.

(1113) De cara a garantizar la efectividad del compromiso, TELEFÓNICA está obligada a hacer un análisis de replicabilidad. Este análisis pretende garantizar que, mediante las condiciones de comercialización de la oferta mayorista a sus competidores en el mercado de televisión de pago, especialmente en un contexto de ofertas convergentes, TELEFÓNICA no limite la capacidad de estos de competir eficazmente en precio con sus propias ofertas minoristas".

Y añade que: "Para el resto de los contenidos no se impondrán mínimos garantizados, ya que el esfuerzo inversor de TELEFÓNICA es mucho más limitado y hay menos incertidumbre en la amortización de la inversión". (Apartado 1110)

Asimismo, en el Anexo I de la Resolución se recogen los principios y términos de la oferta de servicio mayorista de canales de televisión y modalidad SVOD, consignando de forma literal, lo que sigue:

"1) Determinación preliminar de los precios de cada canal

El precio a pagar por cada canal premium incluido en la oferta mayorista de canales de televisión y modalidad SVOD se calculará conforme a los modelos que se recogen a continuación, sin perjuicio de que estos precios puedan tener que ser modificados para asegurar la replicabilidad de la oferta minorista de Telefónica y para prevenir situaciones de estrechamiento de márgenes.

Por las diferencias existentes en cuanto a riesgo Incurrido y proporción de costes fijos, existirán dos modelos distintos según tipo de contenido. En primer lugar, un modelo aplicable a Fútbol, Fórmula 1 y Moto GP, en el que el precio tendrá un Coste Mínimo Garantizado y un precio variable por abonado final. En segundo lugar, un modelo aplicable al resto de contenidos, en el que únicamente existirá un precio variable por abonado final.

1.1. Modelo aplicable a Fútbol. Fórmula 1 y Moto GP

a) Coste Mínimo Garantizado

Con el fin de compartir el riesgo que asume la entidad resultante en la adquisición de derechos de emisión exclusiva en España de contenidos audiovisuales de terceros de Fútbol, Fórmula 1 o Moto GP del canal ofertado a nivel mayorista, y a la vez evitar generar una exclusión de facto en el acceso al canal por parte de los operadores de televisión de pago más pequeños o nuevos entrantes, la parte fija (independiente del número de abonados finales que contraten el canal) del coste de adquisición de derechos de emisión exclusiva en España de los contenidos audiovisuales de terceros de Fútbol, Fórmula 1 o Moto GP que se incluyen en el canal ofertado, como los costes de producción comunes a la oferta mayorista y minorista que se devenguen en cada temporada de los eventos deportivos incluidos en dicho canal, se repercutirá a los operadores de televisión de pago que adquieran dicho canal.

Este coste fijo se repartirá entre Telefónica y los operadores de televisión de pago que adquieran dicho canal en función de los siguientes criterios:

· Cuota de abonados recurrentes de televisión de pago: El 75% de este coste fijo se repartirá en base al porcentaje de abonados de televisión de pago que dicho operador de televisión de pago tenga en el primer día del último mes de la temporada anterior al comienzo de la temporada de los eventos deportivos incluidos en dicho canal, en relación con el conjunto de abonados de televisión de pago que Telefónica y que los operadores de televisión de pago que adquieran el canal tengan en ese mismo día.

· Cuota de accesos de banda ancha fija comercializados aptos para servicios de televisión de pago: El 20% de este coste fijo se repartirá en base al porcentaje de accesos de banda ancha fija que dicho operador de televisión de pago tenga en servicio y sean aptos para ofrecer servicios de televisión de pago (velocidad mínima garantizada de seis (6) Mbps) en el primer día del último mes de la temporada anterior al comienzo de la temporada de los eventos deportivos incluidos en dicho canal, en relación con el conjunto de accesos de banda ancha fija que Telefónica y que los operadores de televisión de pago que adquieran el canal tengan en servicio y sean aptos para ofrecer servicios de televisión de pago (velocidad mínima garantizada de seis (6) Mbps) ese mismo día.

· Cuota de accesos de televisión de pago potenciales: El 5% de este coste fijo se repartirá en base al mercado potencialmente accesible en España que dicho operador de televisión de pago pueda disfrutar en función de la modalidad tecnológica de prestación de servicios de televisión de pago por la que haya optado en relación con el total de hogares de España.

Para Telefónica, para cualquier operador por satélite y para cualquier operador que explote el canal a través de la Televisión Digital Terrestre, se considerará el total de hogares de España, conforme a la última información

publicada por el Instituto Nacional de Estadística en el primer día del último mes de la temporada anterior al comienzo de la temporada de los eventos deportivos incluidos en dicho canal.

Para el resto de los operadores, se considerará el número total de accesos de banda ancha fija residenciales en servicio en España aptos para ofrecer servicios de televisión de pago (velocidad mínima garantizada de seis (6) Mbps) en el primer día del último mes de la temporada anterior al comienzo de la temporada de los eventos deportivos incluidos en dicho canal.

En 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.

- 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.

Si el canal se contrata por algún operador de televisión de pago una vez comenzada la temporada de los eventos deportivos incluidos en dicho canal, el Coste Mínimo Garantizado a pagar por ese operador se reducirá proporcionalmente para adaptarlo a los eventos deportivos restantes de dicha temporada para los que el operador de televisión de pago va a disponer efectivamente del canal. Asimismo, el Coste Mínimo Garantizado a pagar por el resto de los operadores de televisión de pago se ajustará para tener en cuenta la existencia de un nuevo adquirente al que se repercute parte del coste fijo a repartir.

El Coste Mínimo Garantizado deberá abonarse conforme al calendario de pagos que se recoja en las Condiciones Tipo. En la determinación del calendario de pago se tendrán en cuenta las condiciones de pago establecidas en los contratos en virtud de los cuales a los derechos adquiridos por la entidad resultante adquiere los derechos correspondientes.

b) Número máximo de cuotas de abono mensuales por cliente residencial del canal del operador de televisión de pago.

El Coste Mínimo Garantizado se corresponderá con un número máximo de cuotas de abono mensuales por cliente residencial del canal del operador de servicios de televisión de pago.

Para calcular dicho número de cuotas de abono mensuales, se calculará un Coste por Abonado (CPA).

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

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

Para el cálculo de dicho coste medio, el reparto de los costes directamente atribuibles a la edición del canal mayorista se realizará teniendo en cuenta los siguientes criterios:

Aquellos costes comunes al canal mayorista y minorista se repartirán entre todos los clientes que visualizan el contenido.

Aquellos costes directamente atribuibles al canal mayorista se repartirán entre los clientes que visualizan el canal mayorista.

En ningún caso la entidad resultante podrá Imputar costes específicos del canal minorista (I.e. producción propia) exclusivos del canal minorista.

A este coste medio por abonado se le añadirá una tasa de retorno razonable, que se corresponderá con el último Coste de Capital Medio Ponderado (WACC) de Telefónica de España, S.A.U. que la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia haya aprobado.

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



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

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

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

c) Precio aplicable una vez completado el número máximo de cuotas por cliente incluidas en el Coste Mínimo Garantizado.

El precio variable aplicable una vez completado el número máximo de cuotas por cliente residencial incluidas en el Coste Mínimo Garantizado se determinará mes a mes y será el coste por abonado (CPA) multiplicado por el total de abonados del operador de televisión de pago que tengan contratado el acceso al canal en cada mes, excediendo el número máximo de cuotas por cliente residencial incluidas en el Coste Mínimo Garantizado atribuibles a dicho mes.

d) Costes ajenos a los contenidos y a la producción del canal

Los costes ajenos a los propios contenidos y a la producción del canal objeto de oferta mayorista, y que sean necesarios para garantizar la puesta a disposición de los canales de la oferta mayorista para los distintos operadores (puntos de entrega del servicio, conectividad, etc.) no se entenderán incluidos en los anteriores componentes de precio. Estos servicios de conectividad serán objeto de una oferta específica por parte de Telefónica.

1.2. Modelo de precios aplicable a otros canales con contenidos audiovisuales premium.

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

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

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

Para el cálculo de dicho coste medio, el reparto de los costes directamente atribuibles a la edición del canal mayorista se realizará teniendo en cuenta los siguientes criterios:

Aquellos costes comunes al canal mayorista y minorista se repartirán entre todos los clientes que visualizan el contenido,

Aquellos costes directamente atribuibles al canal mayorista se repartirán entre los clientes que visualizan el canal mayorista.

En ningún caso la entidad resultante podrá imputar costes específicos del canal minorista (i. e. producción propia) exclusivos del canal minorista.

A este coste medio por abonado se le añadirá una tasa de retorno razonable que se corresponderá con el último Coste de Capital Medio Ponderado (WACC) de Telefónica de España, S.A. U. que la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia haya aprobado.

Esta cantidad se dividirá por 12 para obtener el CPA mensual máximo del canal.

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

Los costes ajenos a los propios contenidos y a la producción del canal objeto de oferta mayorista, y que sean necesarios para garantizar la puesta a disposición de los canales de la oferta mayorista para los distintos operadores (puntos de entrega del servicio, conectividad, etc.) no se entenderán incluidos en los anteriores



componentes de precio. Estos servicios de conectividad serán objeto de una oferta específica por parte de Telefónica.

2) Análisis de replicabilidad.

Telefónica tendrá la obligación de realizar tres análisis de replicabilidad para cada canal y para cada una de las plataformas de televisión de pago de la entidad resultante.

El primero de estos análisis de replicabilidad se realizará a partir de los precios mayoristas establecidos para cada canal, las políticas comerciales minoristas de Telefónica en relación con los paquetes de servicios que contienen dicho canal, los costes de comercialización minorista de los paquetes de servicios que contienen dicho canal de Telefónica y los costes de provisión del resto de servicios con los que Telefónica empaqueta el canal.

En el segundo de los análisis de replicabilidad, Telefónica deberá verificar que el precio mayorista del canal permite la replicabilidad del precio minorista incremental efectivo establecido en la comercialización a la carta de dicho canal.

El tercer análisis de replicabilidad verificará en los casos de empaquetamiento mixto del canal que el precio mayorista del canal permite la replicabilidad del precio minorista incremental implícito efectivo.

En estos casos, el precio minorista implícito efectivo de un canal propio Premium sometido a oferta mayorista se calculará mediante una media ponderada de (i) el precio incremental del canal ofertado a la carta y (ii) el precio implícito del canal en el paquete minorista más contratado por los clientes finales de la entidad resultante en la plataforma de televisión de pago analizada que incluya dicho canal.

Para obtener el precio del canal mediante el criterio (ii), se efectuarán ajustes en el precio del paquete minorista que se toma como referencia, teniendo en cuenta la contribución a los costes de otros canales o servicios incluidos en el paquete.

La ponderación de los precios de ambos criterios se realizará teniendo en cuenta los abonados efectivos (o, en su defecto, los previsibles) en cada uno de los casos.

Los precios minoristas utilizados como referencia serán precios efectivos, incluyendo los descuentos.

De existir un Coste Mínimo Garantizado, el análisis se realizará siempre sobre los CPA aplicados conforme a lo señalado en el apartado 1.11) de este Anexo, y no sobre los precios medios efectivos resultantes de dividir el Coste Mínimo Garantizado entre los abonados mensuales medios efectivos del canal a lo largo de un año de contratación.

La metodología y los cálculos detallados de Telefónica para realizar estos análisis de replicabilidad se trasladarán a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia junto con la propuesta de condiciones tipo de cada canal y sus sucesivas modificaciones, con una periodicidad mínima anual.

La Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia podrá realizar todos los cambios en los análisis de replicabilidad de Telefónica que estime pertinentes, teniendo en cuenta los precedentes en el análisis de estrechamiento de márgenes de las autoridades de competencia nacionales y comunitarias.

La valoración de replicabilidad realizada por la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia podría dar lugar a cambios en los precios de la oferta mayorista de canales de televisión y modalidad SVOD de la entidad resultante, que se reflejarían en las Condiciones Tipo".

Asimismo, la Dirección de Competencia, en la Propuesta-Informe justifica la elección de este sistema y esta Sala entiende que son razonables los motivos que al respecto se dan como es que el sistema de reparto de estos riesgos debe incentivar a los competidores de Telefónica a crecer en número de abonados a estos canales y no al mantenimiento de las estrategias defensivas de comercialización de los canales que incluyen estos tipos de contenidos que hacen que, en la actualidad, la penetración en la base de abonados de terceros operadores de los canales que incluyen fútbol nacional sea muy reducida, no llegando al 15% de la base de abonados de cada operador (apartado 1106). Y se añade en ese informe propuesta que no es razonable prohibir a Telefónica conocer el número de abonados de otros operadores al canal, porque es una variable necesaria para calcular el coste imputado a cada operador, el precio variable y efectuar los análisis de replicabilidad. Por otra parte, en ese Informe Propuesta se rechazan las propuestas de algunos operadores personados en el expediente de concentración que defendían que el análisis de replicabilidad debería realizarse ex ante y que fuera la CNMC quien diera luz verde a cada oferta minorista. A estos efectos, el citado informe propuesta considera que esta medida sería desproporcionada para el presente caso, en la medida en que el número de ofertas minoristas afectadas pudiera ser muy elevado y la carga administrativa sería excesiva, tanto para TELEFÓNICA como para la CNMC, siendo suficiente, para asegurar la efectividad de estos compromisos, la obligación implícita de TELEFÓNICA de autoevaluarse para evitar incumplir los



compromisos de replicabilidad asumido, sin perjuicio de la capacidad de intervención de la CNMC con los instrumentos que dan los compromisos y la LDC para poner fin a un posible incumplimiento en cuanto se detecte bien de oficio o bien a raíz de una denuncia (Apartados 1114 a 1116).

Por el contrario, la recurrente con apoyo en el informe pericial aportado y respecto del modelo económico recogido en los compromisos, cuestiona que (i) el Coste por Abonado (CPA) no se calcule en función del número real total de abonados al canal sino de una estimación que debe realizar Telefónica antes del inicio de la temporada; (ii) el "Triple Test de Replicabilidad" se describe de forma muy superficial sobre un precio mayorista ficticio que los operadores alternativos seguramente no pagarán y que, en todo caso, será inferior a los precios mayoristas reales medios pagados por los operadores alternativos; (iii) cuestiona la estimación del número total de abonados para canales deportivos Premium utilizada para calcular los CPAs; (iv) el Modelo Económico distribuye asimétricamente y de manera desproporcionada y discriminatoria el riesgo entre Telefónica y los operadores alternativos y que, en particular, repercute a los operadores alternativos el riesgo de que haya una baja demanda, sin permitirles apropiarse de todos los beneficios de la captación de más abonados (en particular, los que pudiera quitarle a Telefónica), lo que se traduce en unos precios mayoristas excesivos que permiten a Telefónica generar unos beneficios extraordinarios y que sobrepasan significativamente los que implícitamente afrontaría la filial de Telefónica, así como los precios en el mercado minorista, lo que implica que los operadores alternativos deben incurrir en fuertes pérdidas no sostenibles en el tiempo si desean comercializar estos canales; (v) la estructura de precios mayoristas depende de parámetros que no son los adecuados al no reflejar el mercado real (sino un mercado potencial, discriminatorio en perjuicio de los operadores alternativos) de consumo de contenidos deportivos Premium que son el objeto de la comercialización y que, como consecuencia de esto, los precios a los que los operadores alternativos han tenido que hacer frente para adquirir los contenidos en 2015 son significativamente superiores a los de los años anteriores. Y concluye el informe pericial que el Modelo Económico propuesto en los compromisos no elimina los obstáculos para la competencia efectiva identificados por la CNMC y que, por el contrario, conduce a una situación competitiva peor que la anterior al introducir restricciones adicionales que impiden que operadores alternativos puedan competir con Telefónica de manera efectiva en la oferta de canales deportivos Premium. Añade que lo expuesto es particularmente preocupante si se tiene en cuenta que se trata de contenidos esenciales para poder ser competitivo en el mercado de televisión de pago y, por extensión, en los mercados de las comunicaciones electrónicas, -en los que Telefónica goza ya de ventajas competitivas significativas-, a través de ofertas convergentes. Por todo lo expuesto concluye que el Modelo Económico propuesto en los compromisos tendrá un efecto contrario al esperado y que desincentiva el crecimiento de operadores alternativos, así como la entrada de nuevos competidores potenciales, como consecuencia de la creación de barreras a la expansión de operadores alternativos y de la expulsión de operadores existentes del mercado de consumo de contenidos deportivos Premium.

Recordemos que, en relación con la valoración de la prueba pericial practicada en estas actuaciones, el artículo 348 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, tras la reforma operada por la Ley 1/2000, que coincide en lo esencial con el antiguo artículo 348 de la Ley de Enjuiciamiento Civil establece que *"el Tribunal valorará los dictámenes periciales según las reglas de la sana crítica"*, lo que significa que la prueba pericial no es una prueba tasada sino de libre apreciación por el Tribunal según las reglas de la sana crítica. El Juez es libre a la hora de valorar los dictámenes periciales, estando limitado únicamente, a tenor del citado artículo 348 de la Ley procesal civil, por las reglas de la sana crítica, que no están recogidas en precepto alguno pero que, en definitiva, están constituidas por las exigencias de la lógica, los conocimientos científicos, las máximas de la experiencia y, en último término, el sentido común, y que le imponen la necesidad de tomar en consideración, entre otros extremos los siguientes: la dificultad de la materia sobre la que verse el dictamen, la preparación técnica de los peritos, su especialización, el origen de la elección del perito, su buena fe, las características técnicas del dictamen, la firmeza de los principios y leyes científicas aplicados.

Pues bien, el informe pericial aportado por la recurrente analiza la insuficiencia y desproporción de algunos compromisos, pero sin realizar ninguna consideración global en el sentido que antes hemos indicado que no solo es necesario sino imprescindible. Además, su crítica respecto de algunos compromisos está fundamentada en criterios económicos que pueden ser también válidos, pero no podemos olvidar que la CNMC ejerce en esta materia funciones discrecionales lo que, entre otras cuestiones, implica que la elección de un criterio económico respecto de otro por parte de la CNMC solo puede dejarse sin efecto si se apreciara arbitrariedad en su elección. Conclusiones estas que en ningún caso se recogen en el citado informe pericial mas allá de mostrar su discrepancia técnica respecto de algunos de los compromisos, pero sin incidir en que medida cada uno de ellos analizados en su conjunto impiden alcanzar lo que se persigue con su fijación como es evitar que se ponga en riesgo la competencia en los mercados afectados por la operación de concentración. Por otra parte, con arreglo a los criterios de valoración de un informe pericial que corresponde a esta Sala, tampoco compartimos que en la estimación del número total de abonados para canales deportivos Premium



utilizada para calcular los CPAs, como dice el informe pericial, Telefónica tenga incentivos para realizarla de manera incorrecta, tanto al alza (para disminuir el valor del CPA teórico) como a la baja (para incrementar el precio mayorista a los operadores alternativos). Ese compromiso tal como está definido no es arbitrario o indeterminado sin perjuicio de que la actuación de Telefónica en la valoración de esos términos pueda, si esto se produjese, quedar sometida a un control "ex post" expresamente establecido en la Resolución recurrida, lo que evidenciaría tal proceder con las consecuencias inherentes si se demuestra que se dirigía a soslayar el cumplimiento de lo establecido en los compromisos. Además debemos recordar que el propio Anexo 1 de la Resolución recurrida recoge de forma expresa que la metodología y los cálculos detallados de Telefónica para realizar los análisis de replicabilidad se trasladarán a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia junto con la propuesta de condiciones tipo de cada canal y sus sucesivas modificaciones, con una periodicidad mínima anual y por ello la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia podrá realizar todos los cambios en los análisis de replicabilidad de Telefónica que estime pertinentes, teniendo en cuenta los precedentes en el análisis de estrechamiento de márgenes de las autoridades de competencia nacionales y comunitarias y que la valoración de replicabilidad realizada por la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia podría dar lugar a cambios en los precios de la oferta mayorista de canales de televisión y modalidad SVOD de la entidad resultante, que se reflejarían en las Condiciones Tipo. En este mismo sentido, en el Apartado (1121) de la Propuesta-Informe tantas veces citada se consigna que el hecho de que la CNMC pueda modificar las condiciones tipo y realizar los cambios en el análisis de replicabilidad que estime convenientes, pudiendo dar lugar a modificaciones en los precios de la oferta mayorista, asegura que la elaboración de estos análisis se realiza bajo un estricto cumplimiento de los principios que debe regir dicha oferta mayorista.

Por otra parte, no es cierta la falta de concreción que la recurrente con apoyo en su informe pericial denuncia en la medida en que los elementos de la oferta mayorista (fijación de precios, duración contratos, alcance de la comercialización minoristas...) están detallados en los compromisos y, además, en las condiciones se establecen mecanismos para que la CNMC de oficio o a instancia de cualquier operador pueda introducir modificaciones en las condiciones tipo para garantizar el cumplimiento de los principios de equidad, razonabilidad, objetividad y transparencia y no discriminación. Por otra parte, no se puede desconocer que estamos ante un mercado muy dinámico por lo que las condiciones de adquisición mayoristas de los contenidos también evolucionan y la fijación de una concreción exhaustiva hubiera provocado riesgos de fosilización frente a la flexibilidad para adaptarse a las circunstancias de cada canal y a la evolución del mercado.

Por lo demás, el sistema de fijación de precios de la oferta mayorista de canales de Telefónica establecido en los compromisos se basa en el principio de orientación a costes que es el sistema que se establece tradicionalmente en la regulación "ex ante" de los mercados de comunicaciones electrónicas para salvaguardar la competencia efectiva en los mismos. Frente a ese sistema la actora, a través de su informe pericial, propone otros sistemas, el retail-minus que entre otras cuestiones implica que se obtenga una autorización previa lo que en un mercado dinámico sería complicado y supondría la paralización de las políticas comerciales mayoristas lo que sería contraproducente para la competencia efectiva frente al sistema de control "ex post".

En consecuencia, la Sala considera que el informe pericial no ha evidenciado que la Resolución impugnada haya incurrido en un error manifiesto, arbitrariedad o desviación de poder en el marco del análisis prospectivo de los efectos de la operación de concentración, en concreto, respecto del "Modelo Económico" que define las condiciones de la venta mayorista de canales deportivos Premium, limitándose a cuestionar los criterios adoptados y a plantear soluciones alternativas (como que el Coste por Abonado (CPA) se calcule en función del número real total de abonados al canal y que el "Triple Test de Replicabilidad" se realice sobre los precios mayoristas reales medios pagados por los operadores alternativos) que, a su juicio, serían más eficaces pero que han sido rechazadas por la Administración en el ejercicio de su potestad discrecional. Condiciones que, frente al criterio de la recurrente, han de ser temporales, como así ha indicado la CNMC en la resolución impugnada, ya que en caso contrario la fijación de condiciones sin límite temporal supondría la fijación de medidas regulatorias indefinidas que no pueden fijarse por la CNMC a través del mecanismo del control de concentraciones.

Concluimos, que no apreciamos ni falta de motivación ni de justificación en la elección de los compromisos fijados por la CNMC frente a otras propuestas alternativas como la que realiza el recurrente puesto que no puede obviarse que los compromisos que se fijan no tratan de mantener el statu quo existente en el momento de la operación sino fijar medidas para que los competidores puedan adaptarse a la nueva estructura del mercado y en ese contexto se entienden motivados, proporcionados y justificados los compromisos fijados.

DECIMOTERCERO .- De conformidad con lo dispuesto en el artículo 139 de la LJCA procede imponer las costas a la mercantil recurrente dada la desestimación del recurso.



Vistos los preceptos citados por las partes y demás de pertinente y general aplicación,

FALLAMOS

DESESTIMAR el recurso contencioso administrativo nº **411/2015** promovido por el Procurador D. Germán Marina y Grimau, actuando en nombre y en representación de la mercantil **MEDIAPRODUCCION, S.L.U. (MEDIAPRO)**, contra la resolución dictada en fecha 22 de abril de 2015 por el Pleno del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, recaída en el expediente C/0612/14 TELEFONICA/DTS por la que se autoriza la operación de concentración consistente en la adquisición por parte de Telefónica de Contenidos, S.A.U. del control exclusivo de DTS (Distribuidora de Televisión Digital, S.A). Resolución que confirmamos por entender que se ajusta al ordenamiento jurídico.

Con expresa imposición de costas a la entidad recurrente.

La presente sentencia, que se notificará en la forma prevenida por el art. 248 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, es susceptible de recurso de casación, que habrá de prepararse ante esta Sala en el plazo de 30 días contados desde el siguiente al de su notificación; en el escrito de preparación del recurso deberá acreditarse el cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 89.2 de la Ley de la Jurisdicción justificando el interés casacional objetivo que presenta.

Lo que pronunciamos, mandamos y firmamos.

FONDO DOCUMENTAL C/0612/14