



Roj: **SAN 5826/2024 - ECLI:ES:AN:2024:5826**

Id Cendoj: **28079230062024100719**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **6**

Fecha: **06/11/2024**

Nº de Recurso: **1488/2019**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Procedimiento ordinario**

Ponente: **RAMON CASTILLO BADAL**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA NACIONAL

Sala de lo Contencioso-Administrativo

SECCIÓN SEXTA

Núm. de Recurso: 0001488/2019

Tipo de Recurso:

PROCEDIMIENTO ORDINARIO

Núm. Registro General:

10765/2019

Demandante:

ORANGE SPAGNE S.A.U.

Procurador:

D. ROBERTO ALONSO VERDÚ

Demandado:

COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y LA COMPETENCIA

Abogado Del Estado

Ponente Ilmo. Sr.:

D. RAMÓN CASTILLO BADAL

SENTENCIA Nº:

Ilma. Sra. Presidente:

Dª. BERTA SANTILLAN PEDROSA

Ilmos. Sres. Magistrados:

D. FRANCISCO DE LA PEÑA ELIAS

D. SANTOS GANDARILLAS MARTOS

D^a. MARIA JESUS VEGAS TORRES

D. **RAMÓN CASTILLO BADAL**

Madrid, a seis de noviembre de dos mil veinticuatro.

VISTO el presente recurso contencioso-administrativo núm. **1488/2019** promovido por el Procurador D. Roberto Alonso Verdú, en nombre y representación de **ORANGE SPAGNE S.A.U.**, contra la resolución de 11 de junio de 2019, dictada por la Sala de Competencia de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia, de vigilancia parcial del cumplimiento de la resolución del Pleno del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia, de 22 de abril de 2015, recaída en el expediente C/0612/14, TELEFONICA/DTS que autorizó la operación de concentración económica.

Habiendo sido parte en autos la Administración demandada, representada y defendida por el Abogado del Estado.

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 ésta Sala, se dicte sentencia por la que:

"(i) Se acuerde la anulación de los apartados 2.1 y 2.2 del Fundamento de Derecho Quinto de la Resolución impugnada y, en su lugar, se proceda al recálculo por parte de la CNMC del 20% del CMG relativo al canal "Partidazo" que se reparte en base al porcentaje de accesos de banda ancha fija aptos para ofrecer servicios de televisión de pago, todo ello en los términos expuestos en los Fundamentos de Derecho Primero a Tercero.

(ii) Se acuerde la anulación de la Resolución impugnada por lo que respecta al rechazo a valorar la conducta anticompetitiva de Telefónica en relación con la determinación del CPA relativo al canal "Partidazo", y se retrotraigan las actuaciones, de modo que valoren debidamente y, en su virtud, acuerde las medidas oportunas para su inmediato cese y dilucide las oportunas responsabilidades en que haya podido incurrir dicho operador, todo ello de acuerdo con lo señalado en el Fundamento de Derecho Cuarto.

(iii) Si a resultas del recálculo del CMG o la reformulación del expediente se pusiese de manifiesto que Orange ha abonado alguna partida en exceso, se reconozca su derecho a recuperarla, con los correspondientes intereses de demora generados desde el momento en que se abonó dicho exceso, hasta el momento en que se recupere."

SEGUNDO.-El Abogado del Estado contestó a la demanda mediante escrito en el que suplicaba se dictase sentencia por la que se confirmase el acto recurrido en todos sus extremos.

TERCERO.-Mediante auto de 9 de octubre de 2020, se tuvo por contestada la demanda por el Abogado del Estado y por fijada la cuantía del recurso como indeterminada, se tuvieron por reproducidos los documentos obrantes en el expediente administrativo y se concedió plazo a las partes para que presentaran sus respectivos escritos de conclusiones.

CUARTO.-Una vez presentados los respectivos escritos de conclusiones por las partes quedaron los autos conclusos para sentencia.

Seguidamente, mediante providencia de 21 de octubre de 2024, se acordó señalar para votación y fallo del recurso el día 23 de octubre de 2024.

Siendo Ponente el Magistrado Ilmo. Sr. D. **Ramón Castillo Badal**, quien expresa el parecer de la Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.-En el presente recurso contencioso administrativo impugna ORANGE, la resolución de 11 de junio de 2019, dictada por la Sala de Competencia de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia, de vigilancia parcial del cumplimiento de la resolución del Pleno del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia, de 22 de abril de 2015, recaída en el expediente C/0612/14, TELEFONICA/DTS que autorizó la operación de concentración económica.

La resolución recurrida acuerda introducir los ajustes señalados por la Dirección de Competencia en su informe parcial de vigilancia de 18 de marzo de 2019, en relación con la determinación del coste mínimo garantizado asignado a cada operador que adquirió canales de fútbol o motor de la segunda oferta mayorista



de TELEFÓNICA, con el objeto de que dichos cálculos sean compatibles con los compromisos presentados el 14 de abril de 2015,

La parte dispositiva de dicha resolución, recaída en el expediente "VC/0612/14 TELEFONICA/DTS" era del siguiente tenor literal:

"PRIMERO.- Declarar que se deben introducir los ajustes señalados por la Dirección de Competencia en su informe parcial de vigilancia de 18 de marzo de 2019 en relación con la determinación del coste mínimo garantizado asignado a cada operador que adquirió canales de fútbol o motor de la segunda oferta mayorista de TELEFÓNICA en los términos señalados en los fundamentos de derecho quinto y sexto de la presente resolución, con el objeto de que dichos cálculos sean compatibles con los compromisos presentados el 14 de abril de 2015, recogidos en la Resolución del Pleno del Consejo de la CNMC de 22 de abril de 2015 recaída en el expediente C/0612/14 TELEFONICA/DTS.

Tales ajustes deberán ser tenidos en cuenta por TELEFÓNICA para el cálculo de futuros costes mínimos garantizados conforme a los compromisos de 14 de abril de 2015.

SEGUNDO. - Declarar la existencia de indicios de incumplimiento del Anexo 1, apartado 1.1.a) de los compromisos por parte de TELEFÓNICA y, en consecuencia, interesar de la Dirección de Competencia la incoación de expediente sancionador por incumplimiento de la Resolución del Pleno del Consejo de la CNMC de 22 de abril de 2015 recaída en el expediente C/0612/14 TELEFONICA/DTS".

SEGUNDO.-Conviene precisar que la resolución recurrida acepta los ajustes propuestos por la Dirección de Competencia y considera que para calcular el 20% del Coste Mínimo Garantizado que se reparte en base al porcentaje de accesos de banda ancha fija que cada operador de televisión de pago tenga en servicio y sean aptos para ofrecer servicios de televisión de pago y ello en relación con el canal "Partidazo" debe distinguirse entre accesos residenciales / no residenciales y computar únicamente los residenciales.

Y ello porque:

"La Dirección de Competencia entiende, sin embargo, que el número de accesos de banda ancha fija aptos para la televisión de pago que ha de ser tenido en cuenta, debe igualmente ser coherente con el ámbito de los derechos de emisión del canal ya que, en este caso, el criterio del 20% (como el criterio del 75%) trata de medir la potencialidad de comercialización del canal entre el conjunto de accesos capaces de soportar servicios dirigidos al segmento residencial de clientes, sin incluir otros accesos sobre los que no es comercialmente posible emitir el canal Partidazo."

TERCERO.-En su demanda, la parte recurrente denuncia que la resolución de 11 de junio de 2019 ha vulnerado los artículos 41.1 de la LDC y 71.1 del RDC, al alterar *de facto* sin seguir el procedimiento para ello, los compromisos asumidos por Telefónica mediante la resolución de 22 de abril de 2015.

A su juicio, ni los compromisos asumidos por Telefónica como consecuencia de su fusión con DTS ni la propia oferta mayorista de canales publicada a resultas de dichos compromisos permiten distinguir entre accesos residenciales/ no residenciales para calcular el 20% del Coste Mínimo Garantizado.

Reconoce que la CNMC puede alterar los compromisos de Telefónica, tal y como indica la propia Resolución de 22 de abril de 2015:

"La entidad resultante podrá solicitar motivadamente a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia la modificación del contenido o duración de estos compromisos en el caso de que se produzca una modificación relevante en la estructura o regulación de los mercados considerados. La Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia sólo estimará total o parcialmente esta solicitud si considera que esta modificación relevante en la estructura o regulación de los mercados considerados se ha producido efectivamente y hace innecesario el mantenimiento total o parcial de los compromisos para resolver los problemas de competencia derivados de la operación de concentración."

Igualmente puede hacerlo la CNMC, de oficio o a instancia de parte, de acuerdo con lo que dispone el artículo 53.3 de la LDC:

"El Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia podrá proceder, a propuesta de la Dirección de Investigación, que actuará de oficio o a instancia de parte, a la revisión de las condiciones y de las obligaciones impuestas en sus resoluciones cuando se acredite una modificación sustancial y permanente de las circunstancias tenidas en cuenta al dictarlas".

Sin embargo, en este caso no ha habido petición de ninguna de las partes ni procedimiento incoado de oficio por la CNMC, solo una modificación *de facto* de los compromisos que no está amparada por los artículos 41.1 de la LDC y 71.1 del RDC.



Cita la sentencia del Tribunal Supremo de 15 de diciembre de 2014, rec. 2038/2012), en la que rechaza de plano la posibilidad de introducir modificaciones de facto en los compromisos durante la tramitación de un expediente de vigilancia.

Denuncia, además, la falta de motivación de la alteración de *facto* de los compromisos de Telefónica, apartándose del propio precedente de la CNMC y, por ello, de forma arbitraria, lo que determina que la resolución impugnada haya vulnerado igualmente el artículo 35.1 de la Ley 39/2015 y el artículo 9.3 de la Constitución.

Entiende que la decisión de la CNMC de distinguir entre accesos residenciales / no residenciales a los efectos del criterio del 20%, constituye una decisión inmotivada y arbitraria como se deduce de las siguientes circunstancias:

- (a) La claridad de la redacción de los compromisos, que no incluyen la distinción residencial / no residencial.
- (b) Los compromisos de Telefónica no proporcionan ningún criterio para poder distinguir de forma objetiva entre qué se considera acceso residencial y no residencial. Ello prueba que la intención de los compromisos era que no se llevase a cabo dicha distinción.
- (c) La falta de criterios ha llevado a que los operadores hayan hecho la distinción de forma no homogénea, lo que pone en cuestión la precisión del reparto del CMG.
- (d) La distinción entre accesos residenciales / no residenciales constituye un cambio de criterio en relación con lo acordado por la CNMC en su Resolución de 4 de mayo de 2017. Esto es, la decisión de la CNMC se ha apartado de su propio precedente.
- (e) Todos los operadores comunicaron en un primer momento a la CNMC sus datos agregados (residentes + no residentes), ya que entendían que esa era la forma de proceder. Únicamente aportaron datos desagregados cuando la CNMC les requirió expresamente.
- (f) Orange se opuso al cambio de criterio en vía administrativa pero la CNMC impuso su modificación (apartado 2.2 del Fundamento de Derecho Quinto de la Resolución impugnada).

Entiende por ello que la CNMC debe proceder a recalcular el 20% del CMG que se reparte en base al porcentaje de accesos de banda ancha fija aptos para ofrecer servicios de televisión de pago, relativo al canal "Partidazo", sin distinguir entre accesos residenciales/no residenciales.

En segundo lugar, denuncia que la resolución impugnada ha optado por un número de pares aptos estimado a la hora de aplicar el criterio del 20% al Canal "Partidazo", en lugar de por la cifra real facilitada por Orange.

A la hora de calcular el 20% del CMG que depende del 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, la CNMC consideró aptos el 69,15% de los pares con tecnología ADSL.

Dicha cifra fue la que facilitó Telefónica en relación con la aptitud del total de su planta de cobre a 30 de abril de 2015.

Sin embargo, frente a una cifra que ni siquiera ha confirmado la propia Telefónica, ORANGE manifestó ante la CNMC que resultaba mucho más preciso y adecuado, calcular el porcentaje de pares aptos sobre la base del dato de velocidad mínima garantizada que Telefónica oferta para cada par. Su propuesta, basada en datos reales y objetivos, es más razonable y precisa que la opción tomada por la CNMC, que se basa en una estimación que parte de un dato agregado que le facilitó Telefónica en 2015 y que se aplica indiscriminadamente a todos los operadores, sin atender a las características de los pares que utiliza cada uno de ellos.

Califica por ello la decisión de la resolución recurrida como inmotivada y arbitraria y que la CNMC debe proceder a recalcular el 20% del CMG que se reparte en base al porcentaje de accesos de banda ancha fija aptos para ofrecer servicios de televisión de pago, relativo al canal "Partidazo", tomando la cifra de accesos porcentaje de pares aptos ADSL que se deriva del dato de velocidad mínima garantizada que Telefónica oferta para cada par, lo que para Orange sería el 54,8%.

Finalmente, denuncia que la resolución impugnada ha vulnerado lo dispuesto en el artículo 41 de la LDC, el artículo 71 del RDC y el artículo 2 de la LDC, al permitir una estrategia de estrechamiento de márgenes a Telefónica, por la vía de la fijación de un CPA artificialmente bajo para el canal "Partidazo".

Expone que de acuerdo con el apartado 2.9.j) de las obligaciones se dice expresamente que "Telefónica tiene la obligación respecto a la oferta mayorista de cada uno de los canales propios premium de no incurrir en

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

Y que esta misma condición se incluye en el apartado 1 del Anexo 1:

"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."

A su juicio, se trataba de cuestiones que claramente se encontraban dentro del ámbito de la función de vigilancia de la CNMC, ex artículo 41 de la LDC, por lo que debe anularse la resolución impugnada, para que la CNMC reformule el expediente de vigilancia tomando en consideración la estrategia de Telefónica que ha sido identificada en el expediente como potencialmente contraria a la resolución de 22 de abril de 2015 y a la prohibición del abuso de posición dominante y se acuerde las medidas oportunas para su inmediato cese y dilucide las oportunas responsabilidades en que haya podido incurrir dicho operador.

CUARTO.-Conviene recordar que en la sentencia de esta Sala de 12 de septiembre de 2022, rec.631/2017 enjuiciamos el recurso interpuesto por ORANGE contra la resolución 4 de mayo de 2017, dictada por el Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia, Sala de Competencia, en el procedimiento de vigilancia VC/0612/14 Telefónica-DTS, que acordó realizar determinados ajustes en relación con la determinación del coste mínimo garantizado asignado por Telefónica a cada operador que había adquirido canales mayoristas de la oferta de Telefónica con la finalidad de que los cálculos fueran compatibles con la Resolución de 22 de abril de 2015 recaída en el expediente C/0612/14 por la que se autorizaba la operación de concentración entre Telefónica-DTS sujeta al cumplimiento por parte de Telefónica de los compromisos presentados en fecha 14 de abril de 2015.

Revisamos ahora la resolución de 11 de junio de 2019, de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, relativa a la vigilancia parcial del cumplimiento de ciertos compromisos asumidos por Telefónica de España, S.A.U. a resultas igualmente de la autorización condicionada de su fusión con DTS, Distribuidora de Televisión Digital, S.A, que le fue concedida por Resolución, de 22 de abril de 2015.

En particular, la resolución recurrida verifica si la determinación y atribución del Coste Mínimo Garantizado correspondiente a los canales premium "Movistar Partidazo" (temporada 2016/2017), "Movistar Fórmula 1" y "Movistar Moto GP" (temporada 2017), que Telefónica había llevado a cabo, se ajustaba a lo dispuesto en la Resolución de 22 de abril de 2015 y, en concreto, a lo dispuesto en el compromiso 2.9.j), asumido por Telefónica por virtud de la referida Resolución de 22 de abril de 2015

De acuerdo con dicho compromiso, Telefónica está obligada a poner a disposición de los otros operadores de televisión de pago en España una oferta mayorista de canales propios premium.

En el Anexo 1 de la resolución dictada por la CNMC en fecha 22 de abril de 2015 que autorizaba la operación de concentración de TELEFONICA y DTS se recogían los compromisos que debía cumplir Telefónica y, entre ellos, se indicaba que los operadores que quisieran acceder a los canales de la oferta mayorista de Telefónica debían contribuir a pagar el llamado Coste Mínimo Garantizado que se determinará de manera específica para cada operador teniendo en cuenta los criterios fijados en los compromisos de 14 de abril de 2015 asumidos por Telefónica.

El Coste Mínimo Garantizado es, por tanto, un coste fijo que se repercute entre Telefónica y los operadores adquirentes de esos canales de acuerdo con una serie de reglas.

En este sentido, en el Anexo 1 citado se dice que *"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".*

Por ello, el Coste Mínimo Garantizado se calculará para cada operador que adquiriera el canal premium de que se trate en función de una serie de criterios.

Concretamente, en la determinación del coste mínimo garantizado Telefónica tuvo que tener en cuenta los siguientes parámetros:

(i) número de abonados a la televisión de pago -criterio del 75%-; (ii) número de accesos de banda ancha fija comercializados aptos para servicios de televisión de pago (velocidad mínima garantizada de 6Mbps) -criterio del 20%-; y (iii) número de accesos potenciales a la televisión de pago -criterio del 5%-.

Para la concreción de esos parámetros, Telefónica requirió su aportación a cada uno de los operadores potencialmente interesados a la fecha de 1 de mayo de 2015 porque, según los compromisos asumidos, debía atenderse al primer día del último mes de la temporada anterior al comienzo de la temporada de los eventos deportivos incluidos en dicho canal de oferta mayorista. Y Telefónica, atendiendo a los datos aportados por cada operador, determinó para cada uno de los operadores el coste mínimo garantizado de acuerdo con los parámetros antes referidos que se han revisado por la CNMC en el ejercicio de sus funciones de vigilancia.

En la resolución de vigilancia de 4 de mayo de 2017, la CNMC se pronunció sobre la distribución del CMG de los dos primeros canales de fútbol de la primera oferta mayorista de TELEFONICA (de julio de 2015).

La resolución de vigilancia que ahora revisamos, de 11 de junio de 2019, se pronuncia sobre la fijación y distribución por TELEFONICA del Coste Mínimo Garantizado aplicable al canal de fútbol y a los canales de motor de su segunda oferta mayorista (publicada en julio de 2016) entre los operadores adquirentes de estos canales).

Conviene recordar que para los dos canales de fútbol de la primera oferta mayorista de TELEFONICA en la temporada 2015/2016, TELEFONICA dispuso de todos los derechos de emisión tanto para el segmento residencial como para el segmento no residencial mientras que para el canal Partidazo de la segunda oferta mayorista, TELEFONICA solo dispuso de los derechos para el segmento residencial.

La actora discute que, en relación al Coste Mínimo Garantizado del 20%, el que se fija en función del número de accesos de banda ancha fija comercializados aptos para servicios de televisión de pago (velocidad mínima garantizada de 6Mbps) se distinga por la CNMC entre accesos residenciales / no residenciales excluyendo a estos últimos del cómputo, y ello en relación con el canal "Partidazo".

La motivación de la resolución recurrida para computar por el criterio del 20% solo los accesos residenciales excluyendo los clientes no residenciales es la siguiente:

"Al igual que para el número de abonados a la televisión de pago (criterio del 75%), en el caso del número de accesos de banda ancha fija aptos para televisión de pago, el Anexo 1 (apartado 1.1.a) de los compromisos tampoco hace referencia explícita a que los segmentos de accesos aptos a tener en cuenta (para aplicar el criterio del 20% de reparto del coste fijo) deberán estar en coherencia con el ámbito cubierto por los derechos de emisión del canal que, en el caso del canal Partidazo, se limitan a los abonados residenciales.

[...] La Dirección Competencia entiende, sin embargo, que el número de accesos de banda ancha fija aptos para la televisión de pago que ha de ser tenido en cuenta, debe igualmente ser coherente con el ámbito de los derechos de emisión del canal ya que, en este caso, el criterio del 20% (como el criterio del 75%) trata de medir la potencialidad de comercialización del canal entre el conjunto de accesos capaces de soportar servicios dirigidos al segmento residencial de clientes, sin incluir otros accesos sobre los que no es comercialmente posible emitir el canal Partidazo.

[...] En el caso de Orange, la Dirección de Competencia ha procedido a considerar exclusivamente los accesos de banda ancha fija del segmento residencial a 1 de mayo de 2016".

Es decir, la resolución recurrida reconoce que el criterio que va a aplicar no está recogido explícitamente en los compromisos pero entiende que se deduce de la relación que debe existir entre el ámbito de cobertura por los derechos de emisión y los accesos aptos a la televisión de pago de los abonados que deben ser computados bajo el criterio del 20% porque los accesos aptos a tener en cuenta son únicamente aquellos que poseen capacidad de acceder a la oferta comercial residencial dado que los clientes de acceso en el segmento no residencial no podían acceder al canal Partidazo al no disponer Telefónica de los derechos para ese colectivo.

La resolución recurrida explica que *"A diferencia del canal Abono Fútbol 1 (Canal+ Partidazo) de la primera oferta mayorista de canales de Telefónica para la temporada 2015/2016, para la segunda oferta mayorista Telefónica sólo adquirió a la Liga Nacional de Fútbol Profesional los derechos exclusivos del canal Partidazo para su emisión a clientes "residenciales", no disponiendo por tanto en la temporada 2016/2017 para este canal de los derechos para su emisión en plataformas de pago a clientes no-residenciales. "*

Es decir, Telefónica no dispone, para la segunda oferta mayorista en el caso del canal Movistar Partidazo, de los derechos de emisión a abonados Horecas y otros abonados no-residenciales.

La vinculación o como dice la resolución recurrida, "coherencia" entre el ámbito de cobertura por los derechos de emisión y los accesos aptos a la TV de pago de los abonados que deben ser computados bajo el criterio

del 20% se comprueba por la modificación introducida por Telefónica en las condiciones tipo de la siguiente oferta mayorista de canales (tercera oferta, de julio de 2017).

Efectivamente, en la segunda oferta (de julio 2016) Telefónica no hizo explícita esta diferencia, pero sí lo hace a partir de la tercera oferta mayorista en la que precisa:

"El número total de accesos a servicios de banda ancha fija aptos para ofrecer una velocidad mínima garantizada de seis (6) Mbps, en el primer día del último mes de la temporada inmediatamente anterior al comienzo de la temporada de los eventos deportivos incluidos en el canal. A estos efectos se considerarán accesos a servicios de banda ancha fija aptos para ofrecer una velocidad mínima garantizada de seis (6) Mbps la totalidad de los accesos de cable, fibra óptica y el 69,15% de los accesos xDSL (estimación de los accesos aptos para una velocidad mínima de 6 Mbps), *"teniendo en cuenta la totalidad de los accesos registrados del operador, o los residenciales en el caso de que el ámbito de la explotación del canal así lo contemple."*

QUINTO.-ORANGE, para poner de manifiesto que carece de fundamento la distinción que hace la CNMC entre segmento residencial/no residencial, menciona la ausencia de criterios para que los operadores puedan distinguir entre accesos correspondientes a abonados residenciales y no residenciales.

Sin embargo, la resolución recurrida destaca que TELEFONICA, en su respuesta de 26 de mayo de 2017, asumió que los operadores le habían reportado únicamente los datos correspondientes a los abonados residenciales con los que contaban a fecha de 1 de mayo de 2016.

En el requerimiento de información de 31 de mayo de 2017 realizado a los operadores contratantes de canales de la segunda oferta mayorista, entre ellos ORANGE, se especifica claramente el ámbito de los accesos aptos que deberá ser tenido en cuenta:

"(i) número de accesos de banda ancha fija para el segmento residencial, referidos a 1 de mayo de 2016, diferenciados por las tecnologías ADSL, VDSL, HFC, FTTH, otras. Se hace notar que deberán aportarse todos los accesos de banda ancha fija, y no solo los accesos considerados aptos para la televisión de pago.

(ii) número de accesos de banda ancha fija para el segmento residencial referidos a 1 de mayo de 2016 y reportados a Telefónica para el CMG (criterio del 20%)."

En las respuestas dadas por los operadores a la CNMC en los requerimientos específicos de 31 de mayo de 2017, los operadores, incluido Orange, aportaron las cifras específicas requeridas y no todos los operadores reportaron las cifras agregadas de los segmentos residencial y no-residencial para el criterio del 20% a Telefónica en julio de 2016, pues Telecable reportó solamente los abonados residenciales (Obwan no tenía ningún acceso de banda ancha fija al ser un operador OTT).

Telefónica, para sus cálculos de julio de 2016, asumió que los operadores le habían proporcionado para el criterio del 20% los accesos aptos de abonados del segmento residencial, según indica en su respuesta de 26 de mayo de 2017:

"Igualmente, teniendo en cuenta que los datos de los otros operadores proceden de las declaraciones efectuadas por los mismos, Telefónica asume que los datos reportados por estos únicamente recogen los correspondientes a los abonados segmentados como "residenciales, en tanto que la información fue solicitada de conformidad a lo dispuesto en las condiciones Generales de la Oferta Mayorista y dado que TELEFONICA no había adquirido los derechos para emitir los contenidos de este canal en el segmento HORECAS".

Coincide por ello la Sala con la resolución recurrida que es cada operador quien puede establecer la diferencia entre ambos segmentos pues es cada operador el que conoce qué abonados y desde qué accesos pueden acceder a la oferta para el ámbito residencial de los derechos del canal Partidazo. Además, la condición 24 de las condiciones tipo de la oferta de TELEFONICA exigen una certificación adicional de estos datos por una firma auditora independiente para cada operador.

A esta conclusión no se opone la cita que hace ORANGE de la sentencia del Tribunal Supremo de 15 de diciembre de 2014, rec. 2038/2012 que censura un cambio inmotivado de los compromisos que, entendemos, se refiere a un supuesto de hecho diferente al aquí enjuiciado.

La citada sentencia expone que "en el marco del expediente de vigilancia VC7230/Telecinco/Cuatro los compromisos se aceptaron con sujeción a la presentación ante la CNC de "un plan de actuaciones para la instrumentación de los Compromisos en ella contenidos" y la autorización de concentración se subordinaba, "al cumplimiento de los compromisos propuestos" y sin que se autorizase- por la vía de modificar el plan de actuaciones que resultase alterado el contenido de los compromisos ya aprobados por el Consejo.

La resolución del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia no aprobó de una manera condicionada los compromisos presentados por Telecinco, pues la resolución los aceptó sin reservas, hasta el punto de

que subordinaba la autorización de la concentración, precisamente, "al cumplimiento de los compromisos propuestos"; por esa razón, explica el Tribunal Supremo, que el compromiso que limita temporalmente la explotación de contenidos en exclusiva tome como referencia para el cómputo una u otra fecha -la de la firma del contrato o la del momento en que el contenido quede efectivamente a disposición de Telecinco- es cuestión de indudable trascendencia.

La diferencia entre uno y otro modo de computar el alcance temporal del compromiso es sustantiva y relevante, pues la recurrente ha explicado con claridad -en el proceso de instancia y en casación- que la forma en que habitualmente se lleva a cabo la contratación de contenidos audiovisuales supone que el momento en que tales contenidos quedan efectivamente a disposición del adquirente no suele coincidir con la fecha en que se firma el contrato, pues normalmente se trata de contratos que operan a futuro y que tienen por objeto contenidos audiovisuales que con frecuencia ni siquiera existen cuando se firma el contrato."

En el presente caso, es cierto que el compromiso no distingue entre segmento residencial y no residencial pero a diferencia de la primera oferta, para la segunda oferta mayorista, Telefónica sólo adquirió a la Liga Nacional de Fútbol Profesional los derechos exclusivos del canal Partidazo para su emisión a clientes "residenciales", no disponiendo por tanto en la temporada 2016/2017 para este canal de los derechos para su emisión en plataformas de pago a clientes no-residenciales y el criterio fijado pretende que haya una correlación entre el ámbito de los derechos de emisión del canal Partidazo con el conjunto de abonados que pueden acceder al mismo, solo los residenciales con exclusión de los no residenciales que no pueden ser objeto de la comercialización de dicho canal.

SEXTO.-Es necesario hacer referencia a la sentencia de esta Sala de 12 de septiembre de 2022, rec.631/2017, en la que enjuiciamos el recurso interpuesto por ORANGE contra la resolución 4 de mayo de 2017, dictada por la Sala de Competencia de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia, Sala de Competencia, en el procedimiento de vigilancia VC/0612/14 Telefónica- DTS.

En ese recurso, ORANGE cuestionaba lo contrario que plantea aquí, es decir, que se computase tanto al segmento residencial como no residencial para el cálculo del Coste Mínimo Garantizado en el 20% que resolvimos del siguiente modo:

"ORANGE discrepa de la actuación de la CNMC impugnada en cuanto que en el cálculo del Coste Mínimo Garantizado ha incluido tanto a los abonados residenciales como a los abonados no residenciales o de negocios y por ello entiende que se ha incrementado de forma injustificada el importe que debe abonar al Coste Mínimo Garantizado. Concretamente, señala que la CNMC ha incluido en el cómputo 2.900 clientes XDSL más aptos de Orange Catalunya Xarxes de Telecomunicacions, S.A. cuando, según refiere, en ningún momento no va a prestar servicios de televisión de pago a sus clientes porque es una empresa que solo provee servicios al segmento de Grandes Cuentas de clientes empresariales y no recoge el producto de televisión de pago en su portfolio.

Esta Sala no comparte la alegación de la recurrente. Como ya hemos referido anteriormente el Coste Mínimo Garantizado pretende graduar la potencialidad que tiene cada operador para comercializar los canales de la oferta mayorista a clientes finales y para ello debe atenderse con carácter general al número de accesos de banda ancha fija comercializados aptos para servicios de televisión de pago (velocidad mínima garantizada de 6 Mbps) sin necesidad de diferenciar entre abonados de tipo residencial y abonados de tipo no residencial o de negocios porque estos últimos son también potenciales demandantes de los canales de fútbol.

De hecho, en el Anexo 1, apartado 1.1(a), de los compromisos de 14 de abril de 2015 no se precisa que deban aportarse exclusivamente los pares aptos correspondientes a clientes residenciales, o que el operador pueda decidir excluir a determinados segmentos o tipos de clientes en función del servicio que les está prestando. Por ello, en el requerimiento de información realizado por Telefónica a todos los operadores, incluido a Orange, se solicitaron los datos del número de accesos aptos para televisión de pago a fecha 1 de mayo de 2015, tanto del segmento residencial como del no-residencial, así como el número de abonados reportado a Telefónica en julio de 2015. Y de la respuesta de Orange, como de las del resto de operadores, se desprendía que todos interpretaron que los accesos aptos a considerar debían incluir, agregados, tanto los del segmento residencial como los del segmento no-residencial."

Es decir, una cosa es que "Orange Catalunya Xarxes de Telecomunicacions, S.A. no vaya a prestar servicios de televisión de pago a sus clientes porque "es una empresa que solo provee servicios al segmento de Grandes Cuentas de clientes empresariales y no recoge el producto de televisión de pago en su portfolio" y otra cosa es que no pueda hacerlo.

En este caso, TELEFÓNICA, para la segunda oferta mayorista no había adquirido los derechos televisivos del Canal partidazo para el segmento no residencial, por lo tanto, no podía comercializarlos, de ahí la necesidad de excluir este segmento del cómputo.



El criterio así fijado responde a los principios de equidad, razonabilidad, objetividad y no discriminación previstos en los compromisos de 14 de abril de 2015.

Por esa razón, a juicio de la Sala, la resolución recurrida en este aspecto está motivada y no resulta arbitraria.

SÉPTIMO.-La recurrente discrepa de la CNMC en la interpretación del criterio del 20% relativo a la determinación del porcentaje del número de accesos de banda ancha fija aptos para servicios de televisión de pago que garantizan una velocidad superior a 6 Mbps aplicable a ORANGE.

La CNMC en este aspecto mantiene el cálculo efectuado por Telefónica que fija un porcentaje común para todos los operadores del 69,15%. Porcentaje este que la recurrente no comparte y entiende que para ella debió ser del 55,55% lo que reduciría su aportación al coste mínimo garantizado.

La recurrente para justificar la aplicación de ese porcentaje utiliza el criterio de la aptitud para determinar si los pares de cobre garantizan la velocidad de descarga de 6 Mbps y que, por lo tanto, son aptos para prestar servicios de televisión de pago. En este sentido entiende que no todos los pares garantizan una velocidad de bajada superior a 6 Mbps por lo que, atendiendo a registros estadísticos, aplica el porcentaje del 55,55% porque considera que ese porcentaje de pares es el realmente apto para garantizar velocidades superiores a 6 Mbps.

La argumentación de la recurrente reproduce la interpretación mantenida en relación al primer expediente de vigilancia por lo que nos remitimos a lo razonado al respecto en la sentencia de esta Sala de 12 de septiembre de 2022, rec.631/2017, en la que dijimos que:

"Esta Sala confirma el criterio de la CNMC porque entiende que la decisión de no acoger el porcentaje propuesto por la recurrente no es ni arbitrario ni inmotivado cuando, entre otras razones, la CNMC rechaza el cálculo realizado por la recurrente porque se utilizaron datos incompletos ya que tuvo en cuenta 1,9 millones de pares de cobre desagregados de Orange, pero no incluyó los más de 1,3 millones de pares de cobre desagregados de Jazztel. Y esa incorrección ya es suficiente para poner en duda la realidad del porcentaje que quiere que se le aplique.

Pero es que, además, la CNMC sobre la aplicación del citado porcentaje dice que: "Por ello, a juicio de la Dirección de Competencia, los perfiles de la base de datos de pares de cobre no representan una adecuada aproximación para realizar este cálculo, pues son perfiles excesivamente agregados que no recogen las velocidades reales que soporta cada par de cobre, sino que simplemente son un instrumento a través del cual se puede instar a Telefónica a reparar o sustituir pares de cobre defectuosos. Al contrario, la Dirección de Competencia considera que la aproximación más adecuada sería utilizar las mediciones reales de las velocidades de pico que tiene cada par de cobre activo desagregado por Orange. Como prestador del servicio de acceso de banda ancha fija sobre estos pares de cobre, Orange tiene capacidad de disponer de esta información que le permitirá saber si, teniendo en cuenta la realidad de la prestación del servicio en el pasado, ese par de cobre soporta en la práctica y de forma sostenida velocidades mínimas de 6Mbps y, por lo tanto, si comercialmente se puede ofrecer al cliente final televisión de pago con una calidad HD".

Y, por ello, la CNMC "considera que la aproximación más adecuada sería utilizar las mediciones reales de las velocidades pico que tiene cada par de cobre activo desagregado por Orange". Y continúa diciendo que: "La Dirección de Competencia estima que la materialización de la propuesta de Orange arrojaría datos muy inestables en el tiempo y de difícil comprobación, lo que haría imprescindible hacer una auditoría sobre los resultados de cada operador en cada momento, algo que a todas luces sería desproporcionado en términos de coste/beneficio. Por consiguiente, por motivos de simplicidad, estabilidad y transparencia, el órgano de vigilancia e instrucción considera que se debe tomar como referencia para todos los operadores la planta de cobre de TELEFÓNICA y que se debe dar por bueno el valor aportado por TELEFÓNICA de [65-75] % como porcentaje de pares aptos para soportar servicios de televisión de pago (6Mbps) para su aplicación de forma uniforme a las plantas de cobre de todos y cada uno de los operadores afectados, teniendo en cuenta la información de que dispone esta CNMC. Dado que los datos requeridos a los distintos operadores sobre accesos en servicio xDSL están disponibles para esta Comisión como consecuencia de los reportes periódicos de los operadores, la Dirección de Competencia opta por tomar los valores de este tipo de accesos sobre par de cobre correspondientes al mes de abril de 2015 (a 30 de abril de 2015), cuyo dato es asimilable al existente a 1 de mayo de 2015, fecha que ha sido tomada como referencia".

La Sala comparte ese criterio pues la aplicación de un único porcentaje de referencia del 69,15% para cuantificar el número de accesos aptos a la televisión de pago soportados por pares de cobre con tecnología ADSL, es un criterio transparente y no discriminatorio.

OCTAVO.-Finalmente, ORANGE denuncia la infracción de lo dispuesto en el artículo 41 de la LDC, el artículo 71 del RDC y el artículo 2 de la LDC, porque entiende que el incumplimiento de la CNMC de sus deberes de



vigilancia permitía una estrategia de estrechamiento de márgenes a Telefónica, por la vía de la fijación de un CPA artificialmente bajo para el canal "Partidazo".

Recuerda que la CNMC ignoró en su escrito de 26 de febrero de 2018 que Telefónica había establecido un CPA artificialmente bajo para la temporada 2016/2017 del canal "Partidazo" como estrategia que, en combinación con la fórmula de cálculo del CMG, permitía a Telefónica realizar ofertas minoristas irreplicables sin que los test de replicabilidad aprobados por la Resolución de 22 de abril de 2015 resultasen efectivos.

Para Orange, los CPA artificialmente bajos dan a Telefónica una franquicia de abonados muy alta que le asegura capacidad suficiente para crecer, duplicando su base de clientes, mediante precios minoristas anormalmente bajos que ningún operador va a poder replicar.

La resolución de 11 de junio de 2019 precisa cual ha sido el objeto del expediente de vigilancia "analizar si la fijación y distribución del CMG del canal de fútbol y de los canales de motor de la segunda oferta mayorista de Telefónica (para la temporada 2016/2017 en el caso del canal de fútbol Movistar Partidazo, y durante el año 2017 en el caso de los canales de motor Movistar Fórmula 1 y Movistar Moto GP), se ha realizado en condiciones equitativas, razonables, objetivas, transparentes y no discriminatorias, así como sobre si las modificaciones que propone la Dirección de Competencia en base a estos criterios de fijación y distribución del CMG de los tres canales son consistentes con la salvaguarda del cumplimiento de los compromisos de Telefónica de 14 de abril de 2015.

Recordemos que el art. 41.1 de la LDC precisa que *"La vigilancia se llevará a cabo en los términos que se establezcan reglamentariamente y en la propia resolución de la Comisión Nacional de la Competencia o acuerdo de Consejo de Ministros que ponga fin al procedimiento"*

El precepto deja un margen de apreciación a la CNMC a la hora de determinar el ámbito de la vigilancia y, en este caso, la resolución deja fuera otras cuestiones relacionadas con la oferta mayorista de canales de Telefónica o con el resto de compromisos de 14 de abril de 2015, cuya vigilancia, dice, ha sido y será objeto de otros informes parciales de vigilancia. La propia resolución recurrida dice que su objeto es la vigilancia parcial del cumplimiento de la resolución del Pleno del Consejo de la CNMC de 22 de abril de 2015, recaída en el expediente C/0612/14 TELEFONICA/DTS.

Por lo tanto, la resolución recurrida no elude definitivamente su función de vigilancia, pero no puede la Sala revisar esa apreciación de oportunidad que la ley otorga a la CNMC ni, en consecuencia, analizar una cuestión, una supuesta estrategia de estrechamiento de márgenes por Telefónica, por la vía de la fijación de un CPA artificialmente bajo para el canal "Partidazo", que no ha sido abordada por la resolución impugnada.

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

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

FALLAMOS

DESESTIMAR el recurso interpuesto por el Procurador D. Roberto Alonso Verdú, en nombre y representación de **ORANGE SPAGNE S.A.U.**, contra la resolución de 11 de junio de 2019, dictada por la Sala de Competencia de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia, cuyo objeto es la vigilancia parcial del cumplimiento de la resolución del Pleno del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia, recaída en el expediente C/0612/14, TELEFONICA/DTS, resolución que en cuanto a los motivos del presente recurso declaramos conforme a derecho.

Con imposición de costas a la parte 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.