



Roj: **STSJ M 13752/2016** - ECLI: **ES:TSJM:2016:13752**

Id Cendoj: **28079310012016100099**

Órgano: **Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Civil y Penal**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **20/12/2016**

Nº de Recurso: **69/2016**

Nº de Resolución: **77/2016**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **JESUS MARIA SANTOS VIJANDE**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

### **Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid**

Domicilio: C/ General Castaños, 1 - 28004

Teléfono: 914934850,914934750

31001590

NIG: 28.079.00.2-2016/0145714

**Procedimiento** Nulidad laudo arbitral **69/2016**

**Materia:** Arbitraje

**Demandante::** TELEFONICA DE ESPAÑA S.A.U.

PROCURADOR D. /Dña. MARIA DEL CARMEN ORTIZ CORNAGO

**Demandado::** ORANGE ESPAÑA S.A.U.

PROCURADOR D. /Dña. **ROBERTO ALONSO VERDU**

**SENTENCIA N° 77/2016**

**Excmo. Sr. Presidente:**

**D. Francisco Javier Vieira Morante**

**Ilmos. Sres. Magistrados:**

**Ilma. Sra. Magistrada Doña Susana Polo García**

**Ilmo. Sr. Magistrado D. Jesús María Santos Vijande**

En Madrid, a 20 de diciembre del dos mil dieciséis.

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO** .- El 1 de septiembre de 2016 tuvo entrada en este Tribunal Superior de Justicia la demanda formulada por la Procuradora de los Tribunales D<sup>a</sup>. Carmen Ortiz Cornago, en nombre y representación de TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U. (en adelante, TELEFÓNICA), ejercitando contra ORANGE ESPAGNE, S.A.U. (en adelante, ORANGE), acción de anulación del Laudo de 21 de junio de 2016, que dicta la *Sala de Competencia de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia* en el procedimiento arbitral 3/2015.

**SEGUNDO** .- Subsanaos por la actora los defectos advertidos en DIOR de 07-09-2016 -comunicación completa del domicilio de la demandada y aportación del Modelo de Autoliquidación de Tasa Judicial 696 debidamente cumplimentado, validado y firmado-, se admite a trámite la demanda por Decreto del día 20 de septiembre de 2016 y, realizado el emplazamiento de la demandada, ésta, representada por el Procurador de los Tribunales D. **Roberto Alonso Verdú**, contesta mediante escrito datado el 25 de octubre de 2016, presentado el siguiente



día 26 en este Tribunal Superior de Justicia, en que suplica la desestimación de la demanda con imposición de costas a la actora.

**TERCERO** .- Dado traslado en Diligencia de Ordenación de 28 de octubre de 2016 a la demandante para presentar documentos adicionales o proponer prueba ex art. 42.1.b) LA, la representación de TELEFÓNICA presentó escrito el 21 de noviembre de 2016 en que, por una parte, reitera su solicitud de que se tenga por reproducida la documental acompañada a su demanda y, por otra, a la vista de las alegaciones efectuadas de contrario en la contestación, suplica la admisión de la MÁS DOCUMENTAL que acompaña como Anexo I, esto es, " *que se tenga por aportado el burofax de fecha 18 de septiembre de 2015 enviado por Orange a Telefónica* ".

**CUARTO** .- Por Diligencia de Ordenación de 24 de noviembre de 2016 se acordó dar cuenta al Magistrado Ponente -lo que tiene lugar el siguiente día 29- al objeto de analizar los medios de prueba solicitados y proponer a la Sala la resolución correspondiente.

**QUINTO** .- Por Auto de fecha 5 de diciembre de 2016, la Sala acordó:

1º. Haber lugar al recibimiento del pleito a prueba.

2º. Admitir y tener por aportada la documental acompañada a los escritos de demanda, contestación y solicitud de prueba adicional.

3º No admitir la restante prueba propuesta.

4º No haber lugar a la celebración de vista pública.

5º Señalar para el inicio de la deliberación y fallo de la presente causa el día **20 de diciembre de 2016** .

Es ponente el Ilmo. Sr. D. Jesús María Santos Vijande (DIOR de 07/09/2016), quien expresa el parecer unánime del Tribunal.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO** .- El Laudo impugnado acuerda:

1º.- Estimar parcialmente las pretensiones formuladas por ORANGE en los términos siguientes:

Uno. TELEFÓNICA no puede imponer a ORANGE la obligación consistente en que los dispositivos OTT-HD con los que se accede a los canales de televisión adquiridos a TELEFÓNICA en el marco de su oferta mayorista, se encuentren vinculados al hogar del cliente.

Dos. TELEFÓNICA debe entregar la señal de los canales adquiridos por ORANGE en el marco de la oferta mayorista, libre de toda publicidad relativa a los productos de la marca TELEFÓNICA, incluyendo las autopromociones directas o indirectas. En el caso de que TELEFÓNICA entregue a ORANGE una señal diferenciada respecto de la que entrega a sus clientes minoristas, tal y como sucede con los canales Abono Fútbol y Abono Fútbol 1, la eliminación de la publicidad y autopromociones de TELEFÓNICA no debe suponer un coste adicional para ORANGE.

Tres. En relación con los canales cuya retribución se fija por medio de un Coste Mínimo Garantizado, en la medida en que ORANGE no haya superado el número máximo de cuotas de abono mensuales por cliente residencial incluido en el Coste Mínimo Garantizado del ( *sic* ), ORANGE está sólo obligada, además de a comunicar mensualmente la no superación de dicho umbral de número máximo de cuotas, a remitir información sobre el número de abonados con una periodicidad trimestral.

Cuatro. ORANGE no está obligada a remitir a TELEFÓNICA una comunicación sobre las promociones y anuncios comerciales con carácter previo a su difusión al público, a fin de obtener su aprobación.

2º.- Desestimar el resto de las pretensiones formuladas por ORANGE ESPAGNE, S.A.U. que no hayan sido incluidas en el apartado 1º anterior. En particular, la desestimación incluye la pretensión consistente en obligar a TELEFÓNICA a negociar con ORANGE la denominación de los canales de fútbol y la selección de comentaristas de los canales adquiridos en el marco de la oferta mayorista.

3º.- No se realiza pronunciamiento alguno en cuanto a la imposición de las costas del presente arbitraje.

**SEGUNDO** .- TELEFÓNICA interesa la anulación del Laudo, en primer lugar, al amparo del art. 41.1.d) LA, porque el procedimiento arbitral no se habría ajustado al acuerdo entre las partes, cuya intención nunca habría sido atribuir a la CNMC facultades decisorias del conflicto arbitral -facultades que tampoco prevé el art. 46.3 de su Estatuto Orgánico-, debiendo haberse limitado dicho Organismo a la administración del arbitraje y a la designación de árbitros.



En este primer motivo incluye la actora un alegato de nulidad que, pese a su ubicación sistemática, goza de total autonomía -como lo revela el hecho de que invoque el art. 41.1.f) LA-, a saber: la quiebra del principio de imparcialidad que debe regir el procedimiento arbitral, con la consiguiente infracción del orden público, que traería causa, en síntesis, del hecho de que " *la función arbitral se desempeña por el Consejo de la CNMC respecto de un conflicto que surge de un previo acto administrativo dictado por dicho órgano administrativo* " - Resolución de 22 de abril de 2015 -. Entiende TELEFÓNICA que existe una colusión de intereses, comprometedora de la debida neutralidad para resolver el arbitraje, entre la actividad de Derecho Público del Consejo CNMC (como organismo regulador dotado de *imperium* en su función de ordenación del mercado) y su quehacer de Derecho Privado (administrar el arbitraje), si éste se concibe como la facultad de dirimir el conflicto, " *dada la constante e intensa relación extraprocesal que mantiene con la partes* " y, en particular, en el caso concreto, dado que el Consejo de la CNMC es el autor del acto administrativo del que derivan las obligaciones que están en el origen de la controversia arbitral. Por ello, concluye TELEFÓNICA que " *es evidente que cuando el Legislador decidió investir a la CNMC de funciones de arbitraje las únicas que se podían desarrollar con pleno respeto a la Ley de Arbitraje eran las relativas al arbitraje institucional como oportunamente se incluyó en su Ley de creación y en su Estatuto Orgánico* ".

Al amparo de los apartados b) y d) del art. 41 LA se pretende la anulación del Laudo por un doble concepto: que la CNMC " *no contó con acuerdo alguno de las partes para designar a los posibles árbitros, y que, en cualquier caso, tampoco procedió debidamente a notificar la identidad de los árbitros que posteriormente iban a dictar el laudo* ", con la consiguiente indefensión de la parte que no pudo tan siquiera optar a su recusación: cita en tal sentido las Sentencias de esta Sala de 12.11.2014, 21.07.2015, 17.09.2015 y 23.09.2014, con invocación de la quiebra del principio de igualdad en la designación de árbitros y en la sustanciación misma del entero procedimiento arbitral. Dentro de este mismo motivo, y con carácter subsidiario, TELEFÓNICA aduce la falta de independencia de los árbitros: apela a los arts. 12 a 16 LA para alegar que el árbitro no puede ser una persona jurídica -como es la CNMC o su Sala de Competencia-, que la CNMC no ha velado por el cumplimiento de las condiciones de capacidad de los árbitros y por la transparencia en su designación, dándose la circunstancia de que no han comunicado su aceptación a quien los designó...

Como tercer motivo de anulación, con cobijo en el art. 41.1.d) LA, de nuevo aduce TELEFÓNICA que el procedimiento arbitral no se ha ajustado a lo acordado entre las partes: de un lado, se habría vulnerado el requisito de la negociación previa por un periodo de al menos dos meses para poder someter a arbitraje las controversias que pudieran surgir; de otro lado -y en este mismo motivo-, alega la actora " *la vulneración del principio de igualdad en lo concerniente a la inadmisión de determinados medios de prueba propuestos por esta parte, y a la admisión de otros extemporáneamente propuestos por ORANGE, en ambos casos de manera no ajustada a Derecho* ".

Finalmente -motivo 4º- propugna la demandante que los árbitros han resuelto sobre cuestiones no sometidas a su decisión -y cita el art. 41.1.c) LA-, pero no ya por no haber sido suscitadas -que lo fueron-, sino por no resultar subsumibles dichas pretensiones en el ámbito objetivo del convenio arbitral, circunscrito, conforme al art. 5 de la Resolución CNMC de 22.04.2015, " *a la solución de los conflictos de carácter contractual o extracontractual que pudieran plantearse por terceros en relación con la aplicación de lo previsto en los compromisos 2.6, 2.9, 2.10, 2.11 y 3*. En este sentido, con mención del principio de congruencia, TELEFÓNICA postula que solo una de las pretensiones de ORANGE guarda relación con las controversias a que se refiere el convenio: " *la consistente en que se obligue a TELEFÓNICA a eliminar sin coste para ORANGE cualquier publicidad o marca comercial de la misma de los canales mayoristas adquiridos* ", que juzga incluible en el compromiso 2.9.f).

Por lo expuesto, TELEFÓNICA solicita la íntegra anulación del Laudo con expresa condena en costas de la parte demandada.

**TERCERO .- Sobre la atribución o no a la CNMC de facultades decisoras en el convenio arbitral y la alegada infracción del art. 41.1.d) LA .**

No se discute que, con fecha 22 de abril de 2015, el Pleno del Consejo de la CNMC resolvió autorizar la operación de concentración económica consistente en la adquisición por TELEFÓNICA DE CONTENIDOS, S.A.U., del control exclusivo de DTS, DISTRIBUIDORA DE TELEVISIÓN DIGITAL, S.A. (DTS), subordinada al cumplimiento de determinados compromisos presentados por TELEFÓNICA DE CONTENIDOS ante la CNMC el 14 de abril de 2015. Esta Resolución devino firme en vía administrativa el 30 de abril de 2015, una vez que el Ministro de Economía y Competitividad resolvió no elevar al Consejo de Ministros la decisión de la CNMC.

Es incontrovertido que el punto 5 de los compromisos de TELEFÓNICA contenidos en la Resolución de 22 de abril, bajo la rúbrica *Resolución de conflictos*, incorpora un convenio de sumisión a arbitraje en los siguientes términos:



"Para la solución de los conflictos, de carácter contractual o extracontractual, que puedan plantearse por terceros en relación con la aplicación de lo previsto en los compromisos 2.6, 2.9, 2.10, 2.11 y 3, la entidad resultante deberá ofrecer el sometimiento de tales controversias a un mecanismo de arbitraje .

Ejercerá como órgano arbitral la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia.

Dicho arbitraje podrá ser solicitado por cualquier tercero afectado, tras un periodo de negociaciones previas de dos (2) meses, debiendo la entidad resultante comprometerse a someterse voluntariamente a los arbitrajes que insten los terceros afectados. La entidad resultante deberá suministrar a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia toda la información necesaria para el correcto desempeño de su función, preservándose en todo caso la confidencialidad de aquella que contenga secretos comerciales".

El Laudo del Consejo de la CNMC, actuando en Sala de la Competencia -art. 16.1 LCNMC-, desestima la argumentación de TELEFÓNICA de que sus atribuciones se limitan a la administración del arbitraje, excluyendo sus facultades decisoras, con apoyo en el tenor literal del art. 5.1.b) LCNMC, que atribuye a la Comisión la función arbitral en los términos siguientes:

1. Para garantizar, preservar y promover el correcto funcionamiento, la transparencia y la existencia de una competencia efectiva en todos los mercados y sectores productivos, en beneficio de los consumidores y usuarios, la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia realizará las siguientes funciones:

b) **Realizar las funciones de arbitraje , tanto de derecho como de equidad, que le sean sometidas por los operadores económicos en aplicación de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje, así como aquellas que le encomienden las leyes, sin perjuicio de las competencias que correspondan a los órganos competentes de las Comunidades Autónomas en sus ámbitos respectivos .**

**El ejercicio de esta función arbitral no tendrá carácter público .** El procedimiento arbitral se regulará mediante Real Decreto y se ajustará a los principios esenciales de audiencia, libertad de prueba, contradicción e igualdad.

Asimismo, invoca el Laudo el art. 46 del Estatuto Orgánico de la CNMC, aprobado mediante Real Decreto 657/2013, de 30 de agosto , que, bajo la rúbrica *Función arbitral* , dice:

1. La Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia podrá desempeñar las funciones de arbitraje institucional, tanto de derecho como de equidad, que le encomienden las leyes y las que le sean sometidas voluntariamente por los operadores económicos en aplicación de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje.

2. El procedimiento arbitral se ajustará a los principios de audiencia, prueba, contradicción e igualdad y se someterá a las reglas de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil o, en su caso, las que determine el Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia. También podrá preverse la existencia de un procedimiento abreviado atendiendo al nivel de complejidad de la reclamación y su menor cuantía.

3. Corresponde al Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia la administración del arbitraje, pudiendo cada una de las Salas, en atención a la materia objeto de la reclamación, designar árbitros y determinar los honorarios según los aranceles aprobados por el Consejo.

Apela el Laudo, acto seguido, a que de un modo expreso y terminante los arts. 14 y 20 LCNMC y el art. 8 de su Estatuto Orgánico afirman la competencia decisoria del Consejo relativa al arbitraje, atribuyéndole la competencia para actuar como " *órgano colegiado de decisión* " en relación con las funciones de arbitraje.

En este contexto normativo, tras recordar la primacía del principio de la autonomía de la voluntad de las partes en el sometimiento a arbitraje, el Laudo repara en que " *en el presente caso es el propio compromiso arbitral contenido en la cláusula 5 de los compromisos de TELEFÓNICA el que define el alcance de la misión que se atribuye a la CNMC, al disponer que ' ejercerá como órgano arbitral la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia' . El uso de la anterior expresión hace recaer en la CNMC la función decisoria como 'órgano arbitral', y no la de mera institución administradora del arbitraje*".

La Sala coincide plenamente con estos argumentos para desestimar el motivo de anulación ahora examinado.

No existe la menor duda de que la normativa expuesta reconoce a la CNMC el desempeño de una función arbitral propiamente dicha, esto es, la tarea de dirimir como árbitro, de derecho o de equidad, las controversias que se le sometan. Ningún sentido tendría circunscribir ese cometido legal a la mera administración del arbitraje cuando se predica la función de la Comisión en referencia a la actividad de enjuiciamiento propiamente dicha, "en Derecho o en equidad", que sería del todo innecesaria para aludir a un mero cometido de administración del arbitraje. A lo que se ha de añadir que, como queda dicho, los arts. 14 y 20 LCNMC y el art. 8 de su Estatuto Orgánico abiertamente afirman la competencia del Consejo como " *órgano colegiado*



de decisión " en relación con las funciones de arbitraje. Y ello sin perjuicio de que la propia CNMC esté específicamente habilitada, como tal entidad, para gestionar los arbitrajes que se le encomienden -art. 46.3 EO-, estando atribuida a la Asesoría Jurídica la tramitación de los procedimientos arbitrales [art. 11.2.c) EO].

En segundo término, la interpretación literal del convenio que efectúa la CNMC es perfectamente razonable: ejercer como "órgano arbitral", sin más aditamentos y restricciones, no tiene por qué ser entendido -y máxime en el contexto normativo expresado- como la mera encomienda de la gestión del arbitraje.

Pero es más -a mayor abundamiento lo decimos-: aunque únicamente se hubiese encomendado la administración del arbitraje, nada impediría -ni contravendría el convenio-, vistas las funciones que legalmente ostenta el Consejo de la CNMC, que éste, en el cometido que le asiste como institución también llamada a administrar los arbitrajes que se le confieren, nombrase como árbitros a los integrantes de su Sala de Competencia. Y es que, en el fondo, el motivo, tal y como se construye, ignora la virtualidad y trascendencia de una sumisión a arbitraje institucional.

En efecto, en relación con la sumisión a arbitraje institucional no está de más traer a colación -como criterio de exégesis útil en el presente caso- lo que esta Sala ha dicho en repetidas ocasiones -v.gr., recientemente, en la **S. 55/2016, de 19 de julio**, roj STSJ M 8911/2016, FJ 6; y en la **S. de 2 de noviembre de 2016** (FJ 6), recaída en autos de anulación nº 35/2016- invocando los arts. 4 y 34 LA, así como su Exposición de Motivos:

" De la "limitación" que a la autonomía de la voluntad supone la sumisión a un arbitraje institucional da cuenta el art. 4.a) LA al señalar que, cuando una disposición de la LA deje a las partes la facultad de decidir libremente sobre un asunto, las está facultando, a su vez, para que, sobre ese asunto -excepto en el caso de lo previsto en el art. 34 LA-, pueda resolver, en lugar de las partes y en virtud de su decisión, una institución arbitral. Y más claro es aún el art. 4.b) LA cuando, expresa y terminantemente, proclama como integradas en el convenio arbitral las disposiciones del Reglamento de Arbitraje al que las partes se hayan sometido. La Exposición de Motivos de la LA es del mayor interés a la hora de efectuar una exégesis auténtica de este art. 4. Destacamos las siguientes afirmaciones:

*'Esta Ley parte en la mayoría de sus reglas de que debe primar la autonomía de la voluntad de las partes. Mas esa voluntad se entiende integrada por las decisiones que pueda adoptar, en su caso, la institución administradora del arbitraje, en virtud de sus normas, o las que puedan adoptar los árbitros, en virtud del Reglamento arbitral al que las partes se hayan sometido . Se produce, por tanto, una suerte de integración del contenido del contrato de arbitraje o convenio arbitral que, por mor de esta disposición, pasa a ser en tales casos un contrato normativo. De este modo, la autonomía privada en materia de arbitraje se puede manifestar tanto directamente, a través de declaraciones de voluntad de las partes, como indirectamente, mediante la declaración de voluntad de que el arbitraje sea administrado por una institución arbitral o se rija por un reglamento arbitral'.*

*En otras palabras: las decisiones de la institución que administra el arbitraje se integran o, si se quiere, son expresión misma de la voluntad de todas las partes que suscriben el convenio arbitral -por delegación de éstas " .*

*No cabe la menor duda de que, cuando las partes se someten a arbitraje institucional, trasladan a la institución la capacidad de "tomar decisiones en su lugar" e incluso de "integrar su voluntad insuficientemente manifestada" sobre extremos de la máxima importancia: esto, claro es, no consiente la arbitrariedad, el puro voluntarismo, la inobservancia por la Corte de sus propios Reglamentos o de la Ley de Arbitraje misma; pero sí consagra , como hemos visto, un amplio margen de apreciación en la interpretación razonable o posible del Convenio ... " .*

Finalmente, cumple recordar que este Tribunal ha conferido especial trascendencia a la congruencia que la pretensión de anulación guarde con los propios actos del recurrente, lo cual a su vez también es expresión del principio general de buena fe, del que es concreción la máxima *ne venire contra factum proprium* (v.gr., S 13.2.2013 , ROJ STSJ M 8205/2013; *mutatis mutandis* , S. 22.7.2013 , ROJ STSJ M 8247/2013; y, recientemente, SSTSJ Madrid de 16 de diciembre de 2014 , 13 de enero , 17 de febrero y 3 de marzo de 2015 , y 16 de febrero de 2016 - en recursos de anulación 36/2014 , 45/2014 , 26/2014 , 95/2014 y 71/2015 , respectivamente). Pues bien, la más elemental congruencia de TELEFÓNICA con sus propios actos fuerza a concluir que el convenio arbitral debe ser entendido en el sentido de que atribuye facultades decisoras a la CNMC. Y es que TELEFÓNICA, aunque limitadamente -en referencia a una sola de las pretensiones de ORANGE-, ha aceptado a lo largo del procedimiento arbitral la intervención como árbitro de quien estaba actuando como tal.

Son inequívocos, en este sentido dos de los escritos de TELEFÓNICA: de un lado, su contestación a la solicitud de arbitraje de ORANGE, de fecha 30 de octubre de 2015 -doc. 14 de la demandada-, donde afirma que " accedería a someterse al arbitraje en Derecho y gratuito siempre que se salvaguarde que el procedimiento que se siga cumpla con todas las garantías establecidas en el RD 657/2013... y que... se permitan acuerdos transaccionales entre las partes como forma de poner fin a la controversia objeto del mismo, sin ulterior intervención del árbitro o del Consejo de la CNMC "; en este mismo escrito TELEFÓNICA termina suplicando



" que se tenga por aceptado el sometimiento al procedimiento arbitral para la resolución de las controversias planteadas por ORANGE -si bien condicionando dicha aceptación a lo expresado en estas alegaciones en relación a la existencia de un procedimiento con las debidas garantías, con la necesidad de agotar los tiempos previstos para negociación y respecto del cumplimiento en la formulación de sus pretensiones por parte de ORANGE de lo establecido en el compromiso 5 contenido en la Resolución de la CNMC de 22 de abril de 2015, recaída en el expediente C/0612/14 TELEFÓNICA/DTS ". Más clara resulta aún, si cabe, la contestación a la demanda de TELEFÓNICA en el procedimiento arbitral -doc. 16 de Orange- donde suplica " que se proceda a emitir un Laudo arbitral en derecho, y de carácter confidencial, que ponga fin al presente procedimiento arbitral desestimando todas las pretensiones deducidas por Orange " .

Por lo expuesto, el motivo es desestimado.

**CUARTO .- Sobre la falta de imparcialidad como árbitro de la CNMC por colusión de intereses con el desempeño de su función pública en tanto que organismo regulador y supervisor del mercado [art. 41.1.f) LA] .**

Como hemos reseñado *supra* -y reiteramos ahora a modo de recordatorio-, incardinado en el motivo primero de anulación se halla un alegato que cuestiona la quiebra del principio de imparcialidad que debe regir el procedimiento arbitral, con la consiguiente infracción del orden público. Esa parcialidad traería causa, en síntesis, del hecho de que " la función arbitral se desempeña por el Consejo de la CNMC respecto de un conflicto que surge de un previo acto administrativo dictado por dicho órgano administrativo " - Resolución de 22 de abril de 2015 . Entiende TELEFÓNICA que existe una colusión de intereses, comprometedora de la debida neutralidad para resolver el arbitraje, entre la actividad de Derecho Público del Consejo CNMC (como organismo regulador dotado de *imperium* en su función de ordenación del mercado) y su quehacer de Derecho Privado (administrar el arbitraje), si éste se concibe como la facultad de dirimir el conflicto, " dada la constante e intensa relación extraprocesal que mantiene con la partes " y, en particular, en el caso concreto, dado que el Consejo de la CNMC es el autor del acto administrativo del que derivan las obligaciones que están en el origen de la controversia arbitral.

En definitiva: TELEFÓNICA plantea una suerte de quiebra de la imparcialidad objetiva del órgano arbitral -" causa de inhabilidad " en términos empleados por una parte de la doctrina- por su contacto previo con el *thema decidendi* . No de otra forma cabe interpretar, si se le quiere dar un mínimo fundamento, la referencia " a la constante e intensa relación extraprocesal habida con las partes ", pues resulta evidente -no consta ni se invoca dato alguno en tal sentido- que la expresada relación ni ha sido ni era, pendiente el arbitraje, " personal, profesional o comercial ", como prohíbe el art. 17.1 LA, a todas luces inaplicable en el presente caso.

Sin embargo, este alegato, que afirma la incompatibilidad *in casu* del ejercicio por la CNMC de dos funciones que la Ley le atribuye inequívocamente como no excluyentes, dado su carácter diferenciado, debería ir, precisamente por ello, acompañado de una justificación que en absoluto se da. El argumento de TELEFÓNICA es, de una parte, genérico -págs. 17 y ss. de su demanda: reitera que " el Consejo de la CNMC no reúne los requisitos de imparcialidad en los términos exigidos por la LA para erigirse como árbitro, pues, en su actividad administrativa -tanto general de control de la actividad de mi representada, como específica en materia de la adopción de la Resolución de Compromisos y la vigilancia de su cumplimiento- ostenta un especial y cualificado interés ontológico en que el Laudo en materia de interpretación de los Compromisos deba adoptar un sentido u otro ". La CNMC, también cuando actúa como árbitro, tiene la finalidad de que se observe el Derecho y de que, en materias de libre disposición, no se incurra en prácticas restrictivas de la competencia; es indudable que, en ese fin genérico de observancia del Derecho y del Derecho de la competencia en particular, el Laudo, más que un fin u otro, persigue un único propósito... Pero, dicho esto, la Sala no aprecia ni un solo argumento mínimamente convincente por parte de TELEFÓNICA que justifique la incompatibilidad funcional que afirma -sobre este punto de inmediato volveremos.

De otro lado, la tesis de TELEFÓNICA es, de nuevo, incongruente con sus propios actos: así se sigue, a todas luces, de sus " Alegaciones al test de mercado de posibles condiciones de 8 de abril de 2015 " -acompañado como doc. nº 8 de la contestación-, donde, en referencia específica al compromiso nº 5, finalmente aprobado -el convenio arbitral *supra* transcrito-, expresamente dice -pág. 61:

"En opinión de Telefónica, la presente condición permitirá una solución rápida de cualquier diferencia de interpretación de las condiciones cuyo cumplimiento efectivo depende del acuerdo con un tercero , previniendo así cualquier dificultad en la aplicación práctica de las condiciones. Además, el hecho de que el órgano arbitral sea la propia CNMC asegura una aplicación coherente con el derecho de competencia nacional y la correcta ponderación del interés público, al ser la misma autoridad que ha analizado la suficiencia y adecuación de las presente condiciones quien deberá resolver las disputas relativas a la aplicación práctica de los mismos " ( sic).

(...)



*"Las condiciones restantes, en la medida que exigen un comportamiento unilateral por parte de la entidad resultante, serán controlados (sic) a través del procedimiento de vigilancia ordinario previsto en el art. 41 LDC".*

De la disparidad de funciones de la CNMC como organismo regulador y como árbitro da cuenta la jurisprudencia de la Sala Tercera, que ha diferenciado ambos cometidos en términos que, por su claridad, cumple ahora recordar -como hicimos en nuestra Sentencia 56/2015, de 13 de julio, roj STSJ M 8881/2015, FJ 3º.C.1-. Así, el FJ 6, SSTS, 3ª, Sec. 3ª, ambas de 16 de enero de 2008, recaídas en los recursos de casación núms. 2942/2006 y 5743/2006 (Roj: STS 13/2008 y 12/2008, respectivamente), proclama:

Sexto.- El artículo 48.3 de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones (a semejanza de lo establecido en otras regulaciones sectoriales, como la disposición adicional undécima de Ley 34/1998, del Sector de Hidrocarburos por la que se crea la Comisión Nacional de la Energía, o el artículo 24,f) de la reciente Ley 15/2007, de Defensa de la Competencia) prevé como función específica de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones el arbitraje respecto de los operadores sometidos a su actividad de supervisión cuando éstos voluntariamente lo soliciten.

A tenor de aquel artículo la citada Comisión está facultada para "arbitrar en los conflictos que puedan surgir entre los operadores del sector de las comunicaciones electrónicas, así como en aquellos otros casos que puedan establecerse por vía reglamentaria, cuando los interesados lo acuerden." Añade el precepto que "el ejercicio de esta función arbitral no tendrá carácter público".

La función arbitral "privada" que pueden asumir los denominados "organismos reguladores" debe distinguirse -y no siempre se hace con la suficiente claridad- de la que compete a esos mismos organismos para determinar, en caso de conflicto entre los operadores (por falta de acuerdo sobre problemas de compartición de redes, de interconexión o similares), medidas ejecutivas con fijación de las condiciones correspondientes que suplan aquel acuerdo. No se trata, en estos últimos supuestos, de un arbitraje voluntario sujeto a la Ley 60/2003, de Arbitraje, sino de una función pública determinada por la necesidad de preservar los intereses generales subyacentes en la regulación de cada sector, cuyo ejercicio se traduce en una decisión estrictamente administrativa, con fuerza de obligar, impugnabile ante la jurisdicción contencioso-administrativa.

Por el contrario, cuando las leyes hacen referencia al arbitraje "privado" (más propiamente, excluyen el carácter público de la función arbitral) que determinados organismos reguladores pueden llevar a cabo, se limitan a ofrecer cobertura suficiente para el desempeño por estos nuevos organismos de una función arbitral "clásica" enmarcada en la Ley 60/2003. La actuación arbitral, que culminará normalmente en el laudo dictado en el ejercicio de dicha función, sigue en estos casos el mismo régimen jurídico que la llevada a cabo por cualquier árbitro y los laudos que emitan dichos organismos están sujetos al mismo régimen de impugnación que todos los demás (ante la jurisdicción civil).

Aun cuando no coincidente del todo con el denominado "arbitraje institucional" al que se refiere el artículo 14.1 de la Ley 60/2003 (pues en él se prevé que las partes encomienden a determinadas instituciones la "administración" del arbitraje y la "designación de árbitros", mientras que en las figuras como la de autos es la propia corporación quien asume el papel de árbitro), esta modalidad de arbitraje, al que las leyes han querido expresamente negar su carácter público, se somete enteramente al régimen privado y, en concreto, a las disposiciones de la Ley 60/2003. El artículo 1.3 de dicha Ley dispone que su contenido será de aplicación supletoria a los arbitrajes previstos en otras leyes.

En definitiva: esta Sala no ve motivo alguno para cuestionar en las circunstancias del caso la compatibilidad entre la actuación como árbitro de la Sala de Competencia del Consejo de la CNMC y la precedente adopción por el Pleno del Consejo de su Resolución de 22 de abril de 2015: el perjuicio que parece querer esgrimir TELEFÓNICA como motivo de parcialidad -una suerte de inhabilidad objetiva por el previo desempeño de su función pública como regulador- solo tendría virtualidad si la CNMC hubiese resuelto el arbitraje invadiendo sus atribuciones como organismo supervisor, de lo que no existe el menor indicio en el presente caso: como habremos de reiterar, TELEFÓNICA discute la inclusión en el ámbito del compromiso arbitral de algunas de las pretensiones formuladas por ORANGE porque no las entiende subsumibles en los específicos compromisos a los que el Convenio se refiere, pero no porque estime que tales pretensiones articulan una controversia no susceptible de ser sometida a arbitraje ex art. 2 LA.

El Laudo afirma expresamente, sin refutación de parte y siguiendo el *Acuerdo de la Sala de Competencia de 26 de noviembre de 2015*, " que las materias sometidas a arbitraje por ORANGE son de libre disposición para las partes ", lo que resulta particularmente perceptible cuando enuncia dichas materias, a saber: denominación de canales de fútbol y selección de comentaristas; inclusión en los canales comercializados a nivel mayorista de autopromociones y campañas publicitarias de TELEFÓNICA, implicando la exclusión un coste adicional para ORANGE; vinculación de los dispositivos OTT al hogar del cliente en relación con los canales de la oferta mayorista; y remisión periódica de información sobre la evolución del negocio de ORANGE y sus campañas



publicitarias relacionada con los canales objeto de la oferta mayorista. Ello no obsta, claro está, a que en su cometido como árbitro -donde también ha de preservar la libre competencia- la CNMC tenga que impedir, a modo de ejemplo lo decimos, que respecto de esas materias de libre disposición TELEFÓNICA -que goza de una posición preeminente en el mercado- pueda imponer exigencias discriminatorias, v.gr., por contrarias a las aplicadas para sus propios abonados minoristas. Pero ni tal circunstancia permite cuestionar la "arbitrabilidad" de la controversia -el poder de disposición de las partes sobre tales extremos, con respeto a las debidas condiciones de igualdad, pero sin resultar implicados los intereses generales subyacentes en la regulación del sector-, ni pone en tela de juicio la ecuanimidad de la CNMC por el hecho de que, previamente, en el ejercicio de su función pública como organismo supervisor de la competencia, haya autorizado la operación de concentración de TELEFÓNICA y DTS.

Y aun hemos de añadir que, en estas circunstancias, no estando en discusión la arbitrabilidad de la controversia, ni la imparcialidad de la CNMC en conexión con derechos fundamentales de carácter irrenunciable, hemos de atribuir la debida trascendencia al hecho de que este alegato de falta de parcialidad por parte de TELEFÓNICA no se haya suscitado en el procedimiento arbitral -pudiendo haberlo hecho-, resultando por tanto de aplicación el art. 6 LA. La Sala recuerda, en este sentido, lo que viene señalando con reiteración (v.gr., S. 78/2015, de 3 de noviembre -FJ 2 *in fine*, roj STSJ 12656/2015; A. 28.9.2016, en proceso de reconocimiento de laudo extranjero nº 9/2016, FJ 7 -roj ATSJ M 424/2016):

"aun cuando se pueda decir, sin género de dudas, que quienes se someten a arbitraje tienen derecho al árbitro imparcial, que es garantía fundamental del arbitraje, no es menos cierto que, al igual que sucede en el ámbito propiamente jurisdiccional, la Ley y la Constitución misma -en la exégesis que de ella hace su Supremo Intérprete, art. 1.1 LOTC -, someten la denuncia de parcialidad a un requisito de procedibilidad, la debida diligencia del recusante, precisamente para garantizar que éste actúa en la causa según insoslayables exigencias del principio de buena fe procesal. Este requisito de procedibilidad -cuya concurrencia condiciona la lesión misma del derecho fundamental o, aquí, la infracción del orden público se hace depender de la voluntad del recusante, de su actuar diligente, y, en ese sentido, su observancia es dispositiva como la propia norma que consagra el requisito de actuación tempestiva, de ahí la posible aplicación en estos concretos casos del art. 6 LA -y de preceptos reglamentarios análogos-, siempre que no aparezcan concernidos otros derechos fundamentales irrenunciables ( *por todas, Sentencia de esta Sala 65/2015, de 17 de septiembre y las que allí se citan* )".

El motivo es desestimado.

**QUINTO - Sobre la falta de notificación de la designación de los árbitros [art. 41.1.b) LA] y el incumplimiento del procedimiento para su designación [art. 41.1.d) LA] .**

TELEFÓNICA articula el segundo motivo de anulación del Laudo aduciendo, *con carácter principal*, que la CNMC " *no contó con acuerdo alguno de las partes para designar a los posibles árbitros, y que, en cualquier caso, tampoco procedió debidamente a notificar la identidad de los árbitros que posteriormente iban a dictar el laudo* ", con la consiguiente indefensión de la parte que no pudo tan siquiera optar a su recusación: cita en tal sentido las Sentencias de esta Sala de 12.11.2014, 21.07.2015, 17.09.2015 y 23.09.2014, con invocación de la quiebra del principio de igualdad en la designación de árbitros y en la sustanciación misma del entero procedimiento arbitral.

La pretensión reseñada es, en puridad de conceptos, temeraria.

De entrada, porque es un hecho afirmado en el Laudo y por ORANGE -y en ningún momento negado por la actora- que el Acuerdo de 26 de noviembre de 2015, de inicio de procedimiento de arbitraje 3/2015 -aportado como doc. 5 de la demanda y 4 de la contestación- fue notificado a las partes. En dicho Acuerdo se hace constar explícitamente -pág. 9- que " *es el propio compromiso arbitral contenido en la cláusula 5 de los compromisos de Telefónica el que define el alcance de la misión que se atribuye a la CNMC, al disponer que 'ejercerá como órgano arbitral'. El uso de la anterior expresión hace recaer en la CNMC la función decisoria como 'órgano arbitral', y no la de mera institución administradora del arbitraje. Y como consecuencia de las normas de atribución de competencias que rigen en el seno de la CNMC, esa atribución de órgano arbitral ha de entenderse referida al Consejo. Se significa que no concurre en el Consejo, cuya composición figura en el encabezamiento, ninguna circunstancia que pudiera comprometer la imparcialidad e independencia de este órgano para la realización de la función arbitral que mediante el presente acuerdo asume* " (los resaltados son nuestros).

Pues bien, en el encabezamiento de ese Acuerdo ya consta la referencia a la Sala de Competencia, con perfecta identificación de sus miembros, que son los que han firmado el Laudo. Desde un principio, pues, TELEFÓNICA era conocedora de que el Laudo sería dictado por la Sala de Competencia del Consejo, en perfecto cumplimiento de lo dispuesto en los arts. 16.1 y 14.1 L. 3/2013 -la función arbitral no es una de las



indelegables por el Consejo, que puede actuar en Sala-, dándose la circunstancia añadida de que la identidad de los miembros del Consejo de la CNMC es pública (art. 15.1 L. 3/2013).

El alegato de indefensión, que se anuda a la falta de una "comunicación formal" de la composición del colegio arbitral es igualmente insostenible de acuerdo con reiteradísima doctrina constitucional, de la que es expresión reciente la **STC 105/2016, de 16 de junio** (FJ 4). Y es que, como hemos visto, ni siquiera en una consideración máximamente formalista de lo acaecido puede aceptarse que TELEFÓNICA desconociera la composición del colegio arbitral que iba a juzgar del caso, si no es por una grave desidia solo a ella imputable. Pero lo que es aún más importante: en un plano "material", esto es, desde el prisma de la existencia real de una restricción indebida de las posibilidades de alegar y probar de TELEFÓNICA, la aquí demandante ni siquiera apunta en qué ha podido resultar indefensa: no aduce la concurrencia, ni real ni eventual, de motivo alguno de recusación, que, de haber existido -hemos de reiterarlo-, la actora perfectamente hubiera podido plantear de no mediar una negligencia únicamente a ella reprochable.

También inadmisibles, por contradictorio con los propios actos, es el alegato de que no ha mediado acuerdo de las partes para nombrar a los posibles árbitros. Tal postulado no es congruente con el hecho de que la propia TELEFÓNICA ha propuesto a la CNMC como órgano arbitral y ésta ha procedido a la designación del órgano y a la integración de su composición con arreglo a su Ley y Estatuto Orgánico -con predeterminación y publicidad en el nombramiento de sus miembros-, y cuando, con posterioridad -como hemos visto en el fundamento precedente- la misma TELEFÓNICA ha aceptado su intervención y no es capaz de esgrimir, ni siquiera a posteriori, razón alguna que comprometa la imparcialidad e independencia de los mismos. A lo que se ha de unir que ORANGE no ha presentado reparo alguno a la designación del colegio efectuada por el Consejo de la CNMC.

Por lo demás, la cita que se hace de las Sentencias de esta Sala de 12.11.2014 , 21.07.2015, 17.09.2015 y 23.09.2014 , con invocación de la quiebra del principio de igualdad en la designación de árbitros y en la sustanciación misma del entero procedimiento arbitral, es totalmente contraproducente, pues allí hemos analizado casos que no guardan la menor relación con el presente -v.gr., si en la sumisión a arbitraje institucional la emisión del consentimiento está radicalmente viciado, si es apreciable trato de favor al predisponente de un contrato de adhesión al ignorar el procedimiento de designación de árbitros previsto en su Reglamento la propia Institución administradora del arbitraje, etc.-. La pregunta es evidente: ¿en qué se ha infringido, en el presente caso, el principio de igualdad en la designación de árbitros con discriminación de TELEFÓNICA? ¿Qué trato de favor se le ha dado a ORANGE frente a TELEFÓNICA? Lisa y llanamente, ninguno.

Dentro de este mismo motivo, y con carácter subsidiario, TELEFÓNICA aduce la falta de independencia de los árbitros: apela a los arts. 12 a 16 LA para alegar que el árbitro no puede ser una persona jurídica -como es la CNMC o su Sala de Competencia-; dice que la CNMC no ha velado por el cumplimiento de las condiciones de capacidad de los árbitros y por la transparencia en su designación, a lo que añade que no han comunicado su aceptación a quien los designó...

La afirmación de falta de independencia no se argumenta en absoluto. Tampoco constan, ya lo hemos dicho, relaciones personales, profesionales o comerciales de quienes han laudado con cualquiera de las partes (art. 17.1 LA). La aseveración de que un árbitro no puede ser una persona jurídica pugna con postulados elementales de la teoría general del Derecho: aquí han actuado como árbitros concretas personas físicas; cierto que lo han hecho en tanto que integrantes de un órgano al que se le encomienda la función arbitral, pero en el bien entendido de que quienes laudan son las personas físicas que desempeñan un officium legalmente conferido al órgano: esto en absoluto contraviene el art. 13 de la Ley de Arbitraje , y máxime cuando dicha función arbitral -en los términos expuestos *supra* - aparece instaurada en una Ley especial y posterior a la de Arbitraje.

La Sala insiste en que no aprecia que "la designación de los árbitros no se haya ajustado al acuerdo entre las partes". Cuando éstas -a propuesta de TELEFÓNICA y con aceptación de ORANGE- encomiendan el arbitraje a la CNMC lo hacen sin restricciones: lógicamente le están diciendo que laude -es órgano arbitral-, pero en el sobreentendido de que ha de hacerlo de la única manera que le es posible, esto es, observando su Ley reguladora y su Estatuto Orgánico, lo que lleva aparejado también el ejercicio de las funciones inherentes a la administración del arbitraje... La CNMC, con transparencia plena, ha designado el órgano que ha de laudar -la Sala de Competencia-; la composición de ese órgano es igualmente diáfana y sus miembros gozan de un estatuto que preserva su independencia e imparcialidad (art. 22 L. 3/2013), y que condiciona su nombramiento al análisis de sus condiciones de capacidad (art. 15 L. 3/2013)..., entendiéndose producida su aceptación para laudar -la del órgano y la de las personas físicas que conforman su voluntad- por el Acuerdo de 26 de noviembre de 2015, en el que expresamente se hace constar la no concurrencia de circunstancia alguna que pudiera comprometer la independencia e imparcialidad de su actuación.



El motivo es desestimado.

**SEXTO .- Sobre el incumplimiento del requisito de procedibilidad pactado para solicitar el arbitraje [art. 41.1.d) LA] .**

Como primer alegato del tercer motivo de anulación, con cobijo en el art. 41.1.d) LA, de nuevo aduce TELEFÓNICA que el procedimiento arbitral no se ha ajustado a lo acordado entre las partes: así, se habría vulnerado el requisito de la negociación previa por un periodo de al menos dos meses para poder someter a arbitraje las controversias que pudieran surgir. En los términos del compromiso 5: " *Dicho arbitraje podrá ser solicitado por cualquier tercero afectado, tras un periodo de negociaciones previas de dos (2) meses*".

En este punto, la demanda de anulación es, una vez más, en extremo inespecífica: lo único concreto que realmente dice TELEFÓNICA al respecto -pág. 26- es que " *el burofax al que se refieren las pretensiones sustanciadas por ORANGE y analizadas por el Laudo es de 18.09.2015, habiéndose presentado la solicitud de arbitraje con fecha 7.10.2015..., sin que ORANGE haya hecho el más mínimo esfuerzo argumentativo ni probatorio para justificar el incumplimiento del expresado requisito previo, ni para demostrar siquiera el más mínimo intento de negociación ...*".

Acerca de este primer aspecto el *Acuerdo de la Sala de Competencia de 26 de noviembre de 2015*, que acepta la solicitud de arbitraje formulada por ORANGE, declara su competencia para laudar, decreta el inicio del procedimiento arbitral y ordena su notificación a las partes, también dice -pág. 10 *in fine* -: " *se considera cumplido el requisito de procedibilidad contenido en el compromiso arbitral, que consiste en la exigencia de que las partes hayan negociado durante al menos dos meses los aspectos que sean objeto de controversia, en la medida en que ORANGE ha aportado elementos de juicio suficientes en su escrito inicial de la duración de las negociaciones o intentos de negociación mantenidos entre las partes, datando del 18 de septiembre de 2015 el último de los intentos de los que esta Comisión tiene conocimiento*". Aseveraciones que se repiten en el Fundamento Tercero del Laudo, que, a su vez, han de ser relacionadas con lo que el propio Laudo concreta en sus Antecedentes Segundo y Cuarto, que resumen las alegaciones sobre el particular de ORANGE y TELEFÓNICA en sus escritos de solicitud y contestación a la solicitud de arbitraje, respectivamente:

2º) "En su solicitud de arbitraje - *presentada el 7.10.2015 y notificada a TELEFÓNICA el siguiente día 22* - ORANGE hace referencia a la imposibilidad de negociar con TELEFÓNICA los aspectos relativos a la oferta mayorista de canales que le había sido remitida con fecha 8 de junio de 2015, oferta que a juicio de ORANGE presentaba importantes carencias que imposibilitaban el uso efectivo. Hace referencia a las comunicaciones dirigidas por esa sociedad con fechas 13 de julio, 16 de julio, 28 de julio, 11 de agosto y 18 de septiembre de 2015 por las que se requería a TELEFÓNICA información o se instaba a negociar algunos aspectos de la oferta sobre los que existía discrepancia. En particular manifiesta que en el burofax de 28 de julio, además de señalarse algunos aspectos sustanciales para el lanzamiento comercial de los canales de TV que formaban parte de la oferta mayorista, se instaba a TELEFÓNICA a negociar algunos aspectos para la modificación de la oferta mayorista por considerarse inasumibles. Señala que TELEFÓNICA no ha dado respuesta a las peticiones de ORANGE, *que han sido reiteradas mediante burofaxes de 11 de agosto y 18 de septiembre de 2015*".

4º) TELEFÓNICA responde por escrito presentado el 30 de octubre de 2015, en el que " *considera que la solicitud de arbitraje no cumple con los requisitos formales exigidos en la Resolución de 22 de abril de 2015* '... Argumenta que no se ha cumplido el periodo de dos meses..., ya que el burofax que contiene las referencias a las pretensiones manifestadas en la solicitud de arbitraje es de fecha 18 de septiembre de 2015, por lo que considera *'precipitado transformar estas controversias automáticamente en un procedimiento de arbitraje* '".

La Sala, vistos los alegatos expuestos, repara en que la demanda de anulación, propiamente, efectúa un reproche genérico que no reprobaba de forma concreta la motivación del Laudo, cuando, sobre la base de la documental obrante en autos, concluye que ORANGE " *ha aportado elementos de juicio suficientes en su escrito inicial de la duración de las negociaciones o intentos de negociación mantenidos entre las partes*". Ni se aduce ni la Sala aprecia error patente, arbitrariedad, subversión de las reglas de la lógica, infracción de las normas de prueba legal o de la carga de la prueba en la motivación del Laudo que, aunque parca, sí efectúa cuando se refiere a la documental que acompaña ORANGE a su solicitud de arbitraje juzgándola suficientemente acreditativa del cumplimiento del periodo de negociación previo a la solicitud de arbitraje. Simplemente a modo de ejemplo paradigmático, sin pretensión de exhaustividad: entre los docs. 12 y 13 de la contestación a la demanda, ORANGE aporta el texto de un escrito fechado el 28 de julio (al que el Laudo hace mención expresa en su antecedente segundo), remitido por burofax el día 5 de agosto y recibido el siguiente día 6, en que ORANGE traslada aspectos fundamentales que requieren de modificaciones en las " *Condiciones tipo de oferta mayorista de canales*". La solicitud de arbitraje se formula, incontrovertidamente, el 7 de octubre siguiente, esto es, transcurrido el plazo de 2 meses pactado.

El motivo es desestimado.



**SÉPTIMO.- Sobre la vulneración del principio de igualdad en relación con la admisión e inadmisión de prueba por la CNMC.**

Aduce la actora " la vulneración del principio de igualdad en lo concerniente a la inadmisión de determinados medios de prueba propuestos por esta parte, y a la admisión de otros extemporáneamente propuestos por ORANGE, en ambos casos de manera no ajustada a Derecho. Este alegato no se limita, en realidad, a plantear un queja que solo afecta al principio de igualdad ( art. 14 CE ); más propiamente, TELEFÓNICA está planteando la violación de su derecho a valerse de los medios de prueba pertinentes para su defensa ( art. 24.2 CE ), y la infracción de la prohibición de indefensión, con quiebra del principio de igualdad de armas ( art. 24.1 CE ), en lo que toca a la indebida admisión de medios de prueba a favor de ORANGE. Ambos alegatos serían subsumibles en la infracción del orden público como causa de anulación [art. 41.1.f) LA].

El análisis de este motivo exige dejar constancia de los parámetros de enjuiciamiento que delimitan nuestra labor al resolver la demanda de anulación, que no es una nueva instancia.

Hemos de recordar que, como tantas veces se ha dicho -recientemente, entre otras, en nuestras Sentencias 13/2015 , 27/2015 , 30/2015 , 31/2015 , 74/2015 , 8/2016 , 25/2016 y 42/2016 -, la acción de anulación no configura una nueva instancia, como si este Tribunal estuviese habilitado por la ley para revisar, con plenitud de jurisdicción, el juicio de hecho y la aplicación del Derecho efectuados por los árbitros al laudar. Así lo indica con claridad la Exposición de Motivos de la Ley 60/2003 cuando precisa que "los motivos de anulación del laudo han de ser tasados y no han de permitir, **como regla general** , una revisión del fondo de la decisión de los árbitros...". La acción de anulación " no abre una segunda instancia, un " *novum iudicium* " en el que se pueda revisar sin limitaciones, con " *plenitud de jurisdicción* " -en locución del TEDH-, el juicio de hecho y el razonamiento de Derecho efectuado por el tribunal arbitral. Tampoco se puede identificar la acción de anulación, como antaño el recurso de tal nombre, con una suerte de casación donde se podía analizar, como motivo de revisión del laudo, la infracción de ley y/o de doctrina jurisprudencial (Ley de Arbitraje de 1953)...

Cierto que lo que antecede no excluye que el Tribunal que conoce de la acción de anulación pueda revisar la valoración de la prueba efectuada por el árbitro en los supuestos, que no son pocos, en que una determinada valoración de la prueba lesiona el art. 24.1 CE . También puede el Tribunal de anulación fiscalizar, desde la perspectiva del control del orden público , la motivación, en general, y la valoración probatoria, en particular, contenidas en el Laudo que pudieran lesionar el art. 24.1 CE . Como también puede el Tribunal de anulación fiscalizar que la motivación del Laudo no vulnera los demás derechos fundamentales ni preceptos sustantivos de la Constitución, ni excede de lo que es arbitrable y disponible para las partes y para el propio árbitro.

Por lo que se refiere, más específicamente, al derecho a la prueba pertinente, este motivo de anulación debe ser analizado a la luz de la jurisprudencia conteste del Tribunal Constitucional en torno a este derecho fundamental ( art. 24.2), con la matización que más adelante efectuaremos considerando la mayor flexibilidad del procedimiento arbitral respecto de las previsiones de la LEC . La doctrina sentada por el TC aparece muy claramente compendiada, entre muchas, en la STC 156/2008 , de 24 de noviembre , cuyo FJ 2, proclama:

Este Tribunal ha reiterado que la vulneración el derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa ( art. 24.2 CE ) exige, en primer lugar, que el recurrente haya instado a los órganos judiciales la práctica de una actividad probatoria, respetando las previsiones legales al respecto; en segundo lugar, que los órganos judiciales hayan rechazado su práctica sin motivación, con una motivación incongruente, arbitraria o irrazonable, de una manera tardía o que habiendo admitido la prueba finalmente no hubiera podido practicarse por causas imputables al propio órgano judicial; en tercer lugar, que la actividad probatoria que no fue admitida o practicada hubiera podido tener una influencia decisiva en la resolución del pleito, generando indefensión al recurrente; y, por último, que el recurrente en la demanda de amparo alegue y fundamente los anteriores extremos (por todas, STC 136/2007, de 4 de junio , FJ 2).

Por lo que se refiere a la legalidad de la petición probatoria, hemos destacado que tiene el doble sentido de que el medio de prueba esté autorizado por el Ordenamiento y de que la prueba se haya solicitado en la forma y momento legalmente establecidos (por todas, STC 48/2008, de 11 de marzo , FJ 3). En cuanto a que la ausencia de la práctica de la prueba sea imputable al órgano judicial y no a la falta de diligencia de la parte, este Tribunal ya ha señalado que cuando la prueba ha sido admitida y declarada pertinente, y el propio órgano judicial ha ordenado su práctica, es de su responsabilidad asegurarse de que la prueba se lleva en efecto a cabo. Y, de no ser así, ha de adoptar las medidas oportunas para asegurar una eficiente tutela de los derechos fundamentales de las partes en el proceso, y en particular de sus derechos a utilizar los medios de prueba pertinentes ( art. 24.2 CE ) y a no sufrir indefensión como consecuencia de los avatares que tengan lugar en el trámite probatorio (por todas, STC 240/2007, de 10 de diciembre , FJ 2).

Por último, en cuanto a que la prueba no admitida o no practicada hubiera podido tener una influencia decisiva en la resolución del procedimiento, este Tribunal ha puesto de manifiesto que no toda irregularidad u omisión



procesal en materia de prueba causa por sí misma indefensión material constitucionalmente relevante, toda vez que el elemento esencial para que pueda considerarse vulnerado este derecho fundamental, en tanto que queda condicionado por su carácter de derecho constitucional de carácter procedimental, reside en la necesidad de demostrar que la actividad probatoria era decisiva en términos de defensa, esto es, que de haberse practicado la prueba omitida la resolución final del proceso hubiera podido ser distinta en el sentido de ser favorable a quien denuncia la infracción del derecho fundamental (por todas, STC 185/2007, de 10 de septiembre, FJ 2).

En relación con este último aspecto -efectiva indefensión del recurrente por el carácter decisivo, en términos de defensa, de la prueba no admitida o no practicada- precisa, por todas, la STC 126/2011, de 18 de julio (FJ 13), qué exige este requisito a la hora de formalizar su demanda, cuando dice:

*"Esta exigencia se proyecta en un doble plano: por un lado, el recurrente debe razonar en esta vía la relación entre los hechos que se quisieron probar y no se pudieron probar y las pruebas inadmitidas; por otro lado, debe argumentar de modo convincente que la resolución final del proceso a quo podía haber sido favorable a sus pretensiones de haberse aceptado y practicado la prueba propuesta ( SSTC 26/2000, de 31 de enero, FJ 2 ; 165/2001, de 16 de julio, FJ 2 ; 133/2003, de 30 de junio, FJ 3 ; 129/2005, de 23 de mayo, FJ 3 ; 244/2005, de 10 de octubre, FJ 5 ; 308/2005, de 12 de diciembre, FJ 4 ; y 42/2007, de 26 de febrero, FJ 4) "*

Ratifica más recientemente esta doctrina la STC 212/2013, de 16 de diciembre (FJ 4).

Pues bien, TELEFÓNICA sostiene, en primer lugar, que se le ha denegado indebidamente, con grave quebranto de su derecho de defensa, la prueba propuesta como DOCUMENTAL CUARTA, consistente en *requerir a ORANGE la aportación de los datos de planta media de clientes abonados a sus canales de fútbol en el mes de noviembre de 2014 (CANAL+ Liga) y en el mes de noviembre de 2015 (Abono Fútbol)* . La pertinencia y utilidad de esta prueba traería causa de la necesidad de refutar los hechos que sustentan una de las pretensiones esenciales de ORANGE: TELEFÓNICA buscaba acreditar *" con datos objetivos que ni la denominación de los canales futbolísticos ni las funcionalidades y características expuestas en los anexos de éstos habían repercutido en un perjuicio o menoscabo competitivo para ORANGE respecto de la dificultad para captar potenciales clientes "*.

Ya hemos reseñado que, en las circunstancias del caso, esta Sala ha de analizar únicamente, de acuerdo con la doctrina constitucional expuesta, si el Tribunal Arbitral ha rechazado el medio probatorio sin motivación, o con una motivación incongruente, arbitraria o irrazonable.

Como a continuación se verá, el Laudo contiene una motivación, directa y por remisión, razonable y exhaustiva -la Sala no puede menos de constatarlo así- cuando explica -FJ 4, págs. 28 *in fine* y 29- que

*"... tal inadmisión no ha causado ningún perjuicio a TELEFÓNICA en la defensa de sus intereses en el procedimiento arbitral, en la medida en que el medio de prueba propuesto no resultaba idóneo para la defensa de las pretensiones de Telefónica en este punto. Este órgano estima que aunque la prueba solicitada hubiese arrojado un resultado de un incremento significativo del número de clientes de ORANGE que contratan estos canales de fútbol, este dato no hubiese servido para acreditar hecho alguno en relación con los efectos del cambio de denominación y comentaristas de los canales.*

*Es necesario destacar que numerosos factores influyen en los clientes captados por ORANGE para estos canales de fútbol, al margen de su denominación o de sus comentaristas, por lo que con el análisis de la evolución del número de clientes en dos momentos temporales no se habría podido llegar a ninguna conclusión sobre el efecto neto del cambio de denominación y comentaristas de los canales. Entre otros factores que explicarían la posible subida de los clientes captados por ORANGE está la significativa modificación del modelo de comercialización mayorista y minorista de los canales que han generado los compromisos de 14 de abril de 2015.*

*Así, con los compromisos se ha pasado de un modelo de coste fijo relativamente reducido y coste variable relativamente elevado, a un modelo de coste fijo relativamente elevado coste variable relativamente reducido. Esto ha incentivado a ORANGE a desarrollar políticas comerciales más agresivas, que explican significativamente*

Esta motivación colma cumplidamente las exigencias constitucionales de rechazo de un medio de prueba. Pero es que, además, el Laudo se remite y hace suyos -pág. 28, párrafo quinto, *in fine* - los argumentos que justifican dicho rechazo contenidos en los Acuerdos de 24 de febrero y 21 de abril de 2016, de la Asesoría Jurídica de la CNMC -reseñados en los antecedentes 10º y 11º del Laudo y acompañados como docs. 18 y 20 de su contestación a la demanda de anulación por ORANGE.

Así, a modo de ejemplo, el Acuerdo de 24.2.2016 -ratificado por el de 21.4 siguiente- es particularmente claro cuando justifica la inutilidad de la prueba pretendida por TELEFÓNICA: el dato de la planta media de clientes abonados a sus canales de fútbol en noviembre de 2014 y de 2015 *" no constituye información necesaria para*



resolver el litigio en la medida en que ORANGE ha basado sus pretensiones relativas a la denominación de los canales de fútbol y a sus comentaristas en su consideración de que la oferta de TELEFÓNICA no se ha hecho en condiciones equitativas, razonables, objetivas, transparentes y no discriminatorias, pero no ha argumentado que el menoscabo competitivo derivado de tales circunstancias se haya traducido en un descenso efectivo del número de abonados. Adicionalmente, no cabe obviar que, teniendo ORANGE la carga de la prueba acerca de las alegaciones y pretensiones que formula, correspondería a esa parte acreditar, si a su derecho conviene, el menoscabo competitivo que a su juicio se hubiera producido".

A este irreprochable razonamiento -desde el prisma de la preservación del orden público que compete a esta Sala-, añade la CNMC otro no menos cabal y exento de toda sombra de arbitrariedad: "no puede obviarse -dice la Comisión- que el suministro de datos a TELEFÓNICA acerca del número de abonados a los canales de fútbol de ORANGE, constituye una de las pretensiones esenciales de la demanda -arbitral de ORANGE-, al referirse a una obligación que ORANGE pretende sea eliminada por entender que 'esa información es absolutamente sensible teniendo en cuenta la importancia que los canales de fútbol...'. De esta manera, la admisión de la prueba propuesta por TELEFÓNICA supondría de facto un rechazo a las pretensiones de la propia demanda".

En relación con la quiebra del principio de igualdad y la admisión de medios de prueba, se queja TELEFÓNICA de que en el procedimiento arbitral se haya admitido la documental aportada por ORANGE mediante escritos de 15 y 19 de enero de 2016, "concluidas ya las fases de alegaciones y de proposición de prueba, de manera completamente irregular y extemporánea..., con clara indefensión -para TELEFÓNICA- que no pudo -por no tener conocimiento de esa información aportada extemporáneamente- acreditar que se trataba de información que no guarda ninguna relación con las pretensiones de ORANGE" -FJ 3º, in fine, pág. 29 de la demanda de anulación.

Por lo que atañe a la admisión de la documental de ORANGE que TELEFÓNICA juzga extemporáneamente presentada, la Sala no puede sino concluir en que el razonamiento del Laudo es totalmente congruente con la flexibilidad inherente al procedimiento arbitral, y en particular al desarrollo de su fase probatoria, siempre, eso sí, respetando los principios de contradicción, audiencia e igualdad, que en el caso presente no han sido en absoluto conculcados, pues TELEFÓNICA ha podido conocer y contradecir la aludida documental sin restricción alguna de su derecho de defensa.

Como señala el Laudo -sin refutación alguna por la demandante de anulación -párrafo último del FJ 4º: "se ha respetado el principio de contradicción, disponiendo las partes del conocimiento de los documentos que han sido incorporados al procedimiento..., habiendo podido formular su trámite de conclusiones en relación con todas las actuaciones practicadas". Ciertamente que el escrito de ORANGE de 15.1.2016 aportando información adicional a la presentada el día anterior "no se encuentra ya dentro del plazo de diez días que le fue conferido mediante notificación de 4.1.2016". Sin embargo, la Asesoría Jurídica de la CNMC -Acuerdo 24.2.2016- aplica un criterio de flexibilidad sobre la base del art. 25.2 LA -que extiende a la propia actuación procesal de TELEFÓNICA- para "no considerar que vulnere las reglas procedimentales la presentación de ciertos documentos el día 15 de enero de 2016, pues en ese momento no se había acordado siquiera la apertura del periodo probatorio para la práctica de las pruebas propuestas". De hecho, salva cualquier posibilidad de indefensión el que el propio Acuerdo de 24 de febrero de 2016, tras admitir la documental que se ha considerado pertinente, decreta -apdo. 5º de su parte dispositiva- la apertura de un periodo de práctica de prueba, común a las partes, a fin de que aporten exclusivamente los documentos propuestos por cada una de ellas que se señalan en los apartados quinto y sexto del presente acuerdo -entre los que están los pretendidamente extemporáneos de ORANGE-. TELEFÓNICA, inconcusamente, ha podido valorar dicha documental sin indefensión alguna tanto en sus alegaciones contra el Acuerdo de 24.2.2016 como en su escrito de conclusiones.

Valgan las anteriores consideraciones para justificar que no es causa de anulación alguna la admisión de la documental aportada por ORANGE el 19 de enero de 2016, y máxime teniendo en cuenta la fecha de obtención de la captura de pantalla que constituye su objeto -los días 16 y 17 de enero.

Cumple recordar, en la línea de lo expuesto por la CNMC, que esta misma Sala, en no pocas ocasiones, ha puesto de relieve la voluntad del Legislador, al regular el arbitraje, de no seguir las pautas de la LEC y de modo singular en materia probatoria. En palabras de nuestras **Sentencias 39/2015, de 28 de abril** (FJ 4), **70/2015, de 13 de octubre** (FJ 5) y **92/2015, de 15 de diciembre** (FJ 3) - ROJ STSJ M 5273/2015, 11463/2015 y 15255/2015, respectivamente-:

"...Debemos decir que la Exposición de Motivos de la LA 11/2011 establece que "la fase probatoria del arbitraje está también presidida por la máxima libertad de las partes y de los árbitros -siempre que se respeten el derecho de defensa y el principio de igualdad- y por la máxima flexibilidad." Principio de igualdad, junto a los de audiencia y contradicción que también establece el artículo 24 de la LA, no siendo de aplicación directa la LEC, solo de manera supletoria, sin que ello implique lesión del derecho a la tutela judicial efectiva, pues La Ley de Arbitraje, efectivamente, configura el procedimiento arbitral con "gran flexibilidad" y de ello hace gala cuando regula, cómo



debe desarrollarse el mismo, al permitir por ejemplo, en el artículo 29.2 , modificar o ampliar la demanda o contestación durante el curso de las actuaciones, salvo acuerdo en contrario de las partes; o que "los árbitros lo consideren improcedente por razón de la demora con que se hubiere hecho". No admite duda la voluntad del legislador de alejarse de la regulación que la Ley de Enjuiciamiento Civil en cuanto a los escritos de demanda y contestación y reconvenición en el ámbito jurisdiccional civil, y también en el ámbito de la prueba, aunque con respeto de los principios establecidos como esenciales en la propia Ley de Arbitraje (artículo 24 ), igualdad, audiencia y contradicción, y de defensa".

En la misma línea, nuestra Sentencia **52/2016, de 5 de julio** (FJ 2 -roj STSJ M 8114/2016 ).

El motivo es desestimado.

**OCTAVO .- Sobre la pretendida extralimitación de los árbitros al resolver " sobre cuestiones no sometidas a su decisión " -art. 41.1.c) LA .**

Finalmente -motivo 4º- propugna la demandante que los árbitros han resuelto sobre cuestiones no sometidas a su decisión -y cita el art. 41.1.c) LA-, pero no ya por no haber sido suscitadas -que lo fueron-, sino por no resultar subsumibles dichas pretensiones en el ámbito objetivo del convenio arbitral, circunscrito, conforme al compromiso 5 de la Resolución CNMC de 22.04.2015 , " a la solución de los conflictos de carácter contractual o extracontractual que pudieran plantearse por terceros en relación con la aplicación de lo previsto en los compromisos 2.6, 2.9, 2.10, 2.11 y 3". En este sentido, con mención del principio de congruencia, TELEFÓNICA postula que solo una de las peticiones de ORANGE guarda relación con las controversias a que se refiere el convenio: " la consistente en que se obligue a TELEFÓNICA a eliminar sin coste para ORANGE cualquier publicidad o marca comercial de la misma de los canales mayoristas adquiridos ", que juzga incluíble en el compromiso 2.9.f); sin embargo, estima TELEFÓNICA que " las restantes pretensiones de ORANGE " -que los dispositivos OTT no estén vinculados al hogar del cliente; la obligación de negociar la denominación de los canales de fútbol y la selección de comentaristas; y que se suprima la obligación de facilitar información sobre clientes de los canales con precio mínimo garantizado y campañas publicitarias- " resultan completamente ajenas a los compromisos contemplados en el convenio arbitral ".

Fácilmente se comprende, en recta calificación de este alegato, que lo que TELEFÓNICA propugna, en realidad, es que buena parte de los pronunciamientos del Laudo han recaído sobre materias a las que no es extensible el convenio arbitral, lo que, de ser cierto, sería subsumible en el art. 41.1. a) LA. Así se explica que TELEFÓNICA argumente tan solo, invocando el " principio de congruencia ", que " la cláusula 5 de la Resolución de la CNMC de 22 de abril de 2015 -el convenio arbitral- no puede interpretarse analógicamente ni de forma extensiva, so pena de rebasar la decisión de los árbitros los límites de su competencia, dicho sea a mayor abundamiento y sin perjuicio de lo expuesto en los fundamentos precedentes respecto de la total falta de competencia de la Sala de Competencia de la CNMC para ejercitar en el procedimiento arbitral facultades decisorias, más allá de las de administración del arbitraje ".

Para el análisis de este motivo de anulación cumple recordar, en primer lugar, que esta Sala ha proclamado con reiteración que " es axioma incontrovertido que la interpretación extensiva de la cláusula arbitral -a terceros que no la han suscrito o a situaciones o ámbitos de aplicación no comprendidos claramente en ella- ha de estar sólidamente sustentada, no solo por la exigencia de la voluntad de sumisión y por escrito como fundamento de la existencia del convenio arbitral (arts. 9.1 y 9.3 LA) -lo que no excluye su emisión tácita, deducida de actos concluyentes, v.gr., por falta de oposición al arbitraje incoado (art. 9.5 LA-, sino porque, al fin y a la postre, la inferencia de esa voluntad lleva aparejada una radical consecuencia jurídica: nada más y nada menos que la renuncia al derecho de acceso a la jurisdicción, "núcleo duro" -en locución del TC- o "contenido esencial" -en expresión de la Constitución misma ( art. 53.1 CE ) del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva ( art. 24.1 CE ) " ( SS. 2/2015, de 13 de enero -FJ 4, roj STSJ M 197/2015 -; 7/2015, de 20 de enero -FJ 2, roj STSJ M 201/2015 ; 25/2015, de 25 de marzo -FJ 3, roj STSJ M 3279/2015 ; 79/2015, de 3 de noviembre -FJ 3, roj STSJ M 15511/2015 ; y 31/2016, de 13 de abril -FJ 3, roj STSJ M 3292/2016 ).

Y no cabe dudar -como dijimos en la Sentencia 2/2015, de 13 de enero , y señala también, v.gr., la STSJ País Vasco 8/2015, de 23 de septiembre - de que a esa renuncia, de tanta relevancia constitucional, le son aplicables los requisitos generales de la renuncia de derechos, a saber: la claridad, el sentido terminante de la misma. En palabras de la Sala Primera: " por su propia naturaleza, la renuncia ha de ser clara, terminante, incondicional e inequívoca, aunque no resulta imprescindible que sea expresa, ya que puede deducirse de actos inequívocos y concluyentes " (v.gr., entre muchas, SS. 623/2013, de 26 de octubre - roj 4952/2013-, FJ 6 , y 358/2014, de 20 de junio - roj 2486/2014 -, FJ 2).

Ahora bien, lo anterior -que veda exégesis extensivas del convenio arbitral sin el debido fundamento- ha de conciliarse con otro postulado elemental, a saber: que la congruencia en el arbitraje tiene un matiz diferencial respecto del proceso civil cuando se atiende a dos características del arbitraje puestas de relieve desde antiguo



por la jurisprudencia: la búsqueda de la verdad objetiva -con las consiguientes facultades para el árbitro de acordar prueba de oficio-, y la misión pacificadora inherente al arbitraje, que exige decidir suficientemente la controversia: de ahí, por ejemplo, la atenuación de la rigidez de la preclusión al conformar el *thema decidendi* en el procedimiento arbitral, por oposición a la que impera en la jurisdicción civil (v.gr., en tal sentido, siempre que se respete la contradicción, S. AP Madrid, Sec. 12ª, de 28 de diciembre de 2005 ; S. AP Badajoz, Sec. 3ª, de 17 de mayo de 2006 ); de ahí que la fijación del objeto del arbitraje no exija, ni muchísimo menos, la precisión del suplico de una demanda, ni tenga los límites temporales para su determinación previstos en la LEC (v.gr., art. 401 ); y de ahí también la frecuencia con que, al cumplir su función pacificadora, los árbitros hayan de integrar, ampliándola, la causa debatida, en orden a decidir suficientemente sobre ella, analizando, por ejemplo, aspectos que sea consecuencia lógica de la pretensión formulada aun no cuando no hayan sido alegados de forma explícita. A este cometido alude una reiterada jurisprudencia, que también señala la necesidad de conciliar estos criterios aplicables al arbitraje con la rigurosa observancia de la interdicción de indefensión.

En suma: por una parte, se ha de guardar la debida cautela para no incurrir en una exégesis extensiva o en una aplicación analógica que traspase el ámbito de la sumisión a arbitraje realmente querido por las partes; pero, por otra, no se debe confundir la extralimitación en la sumisión con una interpretación restrictiva de los términos del convenio, que yugule la función pacificadora del arbitraje al no permitir, con excesivo rigorismo, una solución integral de la controversia que evite nuevos litigios.

Desde estas premisas analizaremos la queja de la demandante.

El Laudo sostiene -FJ 3- que las cuatro materias controvertidas -y no solo la que admite TELEFÓNICA- pueden entenderse comprendidas en el compromiso de arbitraje contenido en la cláusula 5 de los compromisos de TELEFÓNICA, que, como se recordará, somete a arbitraje " *la solución de los conflictos, de carácter contractual o extracontractual, que puedan plantearse por terceros en relación con la aplicación de lo previsto en los compromisos 2.6, 2.9, 2.10, 2.11 y 3* ". El Laudo añade (que):

"... se trata de un conflicto de naturaleza contractual relativo a determinados aspectos de la oferta mayorista de canales de TV remitida por TELEFÓNICA a ORANGE, sobre los que surge la discrepancia ". " El apartado 2.9 de los compromisos se refiere a la oferta mayorista de canales de televisión propios de TELEFÓNICA. Este apartado 2.9 contempla una obligación marco, de puesta a disposición de la oferta a terceros de los canales Premium, así como de todo el elenco de condiciones y requisitos básicos que dicha oferta debe contener . La cláusula 2.9 no regula con pretensión de exhaustividad todo el contenido de la oferta mayorista de TELEFÓNICA, siendo en la propia oferta en la que se incluyen aspectos de detalle o de desarrollo sobre los que puede surgir igualmente algún tipo de discrepancia entre las partes. No existe inconveniente alguno para poder encajar en el compromiso arbitral aquellos aspectos de la oferta mayorista de TELEFÓNICA que, aun sin estar expresamente mencionados en la cláusula 2.9, sean resultado de la aplicación de ésta " (el resaltado es del Tribunal).

Y concluye el Laudo:

" Analizados los términos de la controversia planteada, cabe afirmar que la solicitud de arbitraje de ORANGE deriva de un conflicto relativo a la aplicación de lo previsto en el compromiso 2.9 y, en particular, de sus apartados f) y j). En efecto, en el apartado f) se indica que se podrán poner a disposición de terceros versiones adaptadas de los canales y se señala que, a solicitud del operador de televisión de pago, se excluirán del canal adquirido las autopromociones y campañas publicitarias de TELEFÓNICA o de terceros operadores. En el apartado j) se indica, en particular, que dicha oferta se hará en condiciones equitativas, razonables, objetivas, transparentes y no discriminatorias, y remite el establecimiento de condiciones al Anexo 1. En éste, se establecen los principios rectores de la oferta de servicio mayorista que luego se detallan en diferentes documentos " .

" Por consiguiente, los cuatro aspectos controvertidos hacen referencia al contenido de la oferta mayorista de TELEFÓNICA " .

La Sala entiende que esta argumentación del Laudo no entraña extravagancia alguna en la exégesis del convenio: explica cabalmente por qué considera que la cláusula 2.9 no es exhaustiva, incluyendo aspectos susceptibles de generar controversia que, aun sin estar expresamente mencionados, sean resultado de la aplicación de dicho compromiso.

Como hemos señalado, no existe disputa en la sumisión a arbitraje de la demanda de ORANGE relativa a que se obligue a TELEFÓNICA " *a eliminar sin coste para ORANGE cualquier publicidad o marca comercial de la misma de los canales mayoristas adquiridos* " -compromiso 2.9.f). Y respecto de las otras tres pretensiones -una de ellas, la relativa a los canales de fútbol y selección de comentaristas, desestimada por el Tribunal arbitral- su análisis por los Árbitros bajo la cobertura del compromiso 2.9.j) se corresponde perfectamente con su propia labor de enjuiciamiento: la lectura del Laudo evidencia con toda claridad que se analizan ciertos aspectos específicos de la oferta mayorista de canales de TV remitida por TELEFÓNICA a ORANGE atendiendo



a su equidad, razonabilidad, transparencia y no discriminación respecto de la posición en el mercado de las empresas contratantes. En tal sentido, v.gr., la pág. 37 del Laudo cuando analiza y explica por qué la vinculación de los dispositivos HD al hogar del cliente exigida a ORANGE es discriminatoria frente a los propios abonados minoristas de TELEFÓNICA; o también, de nuevo a modo de ejemplo, la ponderación del Laudo a la hora de decidir, desde la perspectiva de la equidad y de la proporcionalidad, sobre el alcance admisible de la remisión periódica de información recabada por TELEFÓNICA: el Laudo analiza los Anexos 1 y 2 y las condiciones-tipo de la oferta y confronta los distintos intereses en conflicto con particular consideración de los riesgos que asume la operadora oferente; y por no hablar, en relación con la remisión de promociones comerciales, de que las restricciones que impone el Laudo a TELEFÓNICA se fundan, entre otros extremos, en los apartados 2.9.h) y 2.9.i) de los compromisos de TELEFÓNICA, expresamente incluidos en el compromiso arbitral.

En suma: ni es cuestionable que las pretensiones conciernan a la oferta de TELEFÓNICA, ni es discutible, sino evidente, que el Tribunal Arbitral ha analizado tales condiciones desde los parámetros de enjuiciamiento que impone el convenio arbitral, y que, por cierto, se corresponden a la perfección con los fines que persigue, sea en su función pública o en su actividad privada, la CNMC.

Y aun cabe añadir a lo anterior -a mayor abundamiento- que la Sala no puede dejar de constatar que el planteamiento de la actora en este motivo es puramente axiomático -págs. 30 a 33 de la demanda: no refuta los argumentos del Laudo; se limita a afirmar que tres de las pretensiones de ORANGE son *ajenas a o no subsumibles* en los compromisos mencionados en el convenio arbitral, pero sin decir el porqué.

El motivo es desestimado.

**NOVENO** .- Rechazadas totalmente las pretensiones de la mercantil actora, es obligado, conforme al artículo 394.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, imponer a la demandante, TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U., las costas causadas en este procedimiento, pues tampoco pueden apreciarse serias dudas de hecho o de Derecho en el asunto planteado.

Vistos los artículos de aplicación,

#### FALLAMOS

**DESESTIMAMOS** la demanda de anulación del Laudo arbitral de fecha 21 de junio de 2016, que dicta la *Sala de Competencia de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia* en el procedimiento arbitral 3/2015, formulada por la Procuradora de los Tribunales D<sup>a</sup>. Carmen Ortiz Cornago, en nombre y representación de TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U., contra ORANGE ESPAGNE, S.A.U.; con expresa imposición a la demandante de las costas causadas en este procedimiento.

Frente a esta sentencia no cabe recurso alguno ( art. 42.2 Ley de Arbitraje ).

Lo acuerdan, mandan y firman los Sres. Magistrados que figuran al margen.