



Roj: **SAN 2595/2016** - ECLI: **ES:AN:2016:2595**

Id Cendoj: **28079230082016100332**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **8**

Fecha: **06/06/2016**

Nº de Recurso: **417/2014**

Nº de Resolución: **376/2016**

Procedimiento: **PROCEDIMIENTO ORDINARIO**

Ponente: **MERCEDES PEDRAZ CALVO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA NACIONAL

Sala de lo Contencioso-Administrativo

SECCIÓN OCTAVA

Núm. de Recurso: 0000417 /2014

Tipo de Recurso: PROCEDIMIENTO ORDINARIO

Núm. Registro General: 00417/2014

Demandante: ORANGE ESPAGNE SAU

Procurador: SR. ALONSO VERDÚ

Demandado: COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y DE LA COMPETENCIA

Codemandado: TELEFONICA DE ESPAÑA SAU Y VODAFONE ESPAÑA SAU

Abogado Del Estado

Ponente Ilma. Sra.: D^a. MERCEDES PEDRAZ CALVO

SENTENCIA N^o:

Ilmo. Sr. Presidente:

D. FERNANDO LUIS RUIZ PIÑEIRO

Ilmos. Sres. Magistrados:

D^a. MERCEDES PEDRAZ CALVO

D. JOSÉ ALBERTO FERNÁNDEZ RODERA

D. JUAN CARLOS FERNÁNDEZ DE AGUIRRE FERNÁNDEZ

D^a. ANA ISABEL GÓMEZ GARCÍA

Madrid, a seis de junio de dos mil dieciséis.

Visto el presente recurso contencioso administrativo nº **417/14**, interpuesto ante esta Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional por el Procurador **Sr. Alonso Verdú**, en nombre y representación de **ORANGE ESPAGNE SAU** (antes France Telecom España S.A.) contra la Resolución de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, de 3 de julio de 2014, en materia de Revisión semestral de parámetros utilizados en la metodología de análisis ex ante de las ofertas comerciales de Telefónica de España S.A.U. (expediente OFMIN/DTSA/608/14/revisión de parámetros metodología) siendo parte demandada la Administración General del Estado dirigida y representada por el Abogado del Estado siendo codemandados **TELEFONICA DE ESPAÑA SAU** representada por la Procuradora de los Tribunales **Sra. Ortiz Cornago** y



VODAFONE ESPAÑA SAU representada por la Procuradora de los Tribunales **Sra. De Gracia López Orcera** siendo la cuantía del recurso indeterminada. Ha sido Ponente la magistrado **D^a MERCEDES PEDRAZ CALVO**.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el recurrente expresado se interpuso recurso contencioso-administrativo, mediante escrito presentado el 31 de julio de 2014, contra la resolución antes mencionada.

Por providencia de la Sala se acordó su admisión a trámite con reclamación del expediente administrativo.

SEGUNDO.- En el momento procesal oportuno, la parte actora formalizó demanda, mediante escrito presentado el 24 de noviembre de 2014, en el cual, tras alegar los hechos y fundamentos de derecho que estimó oportunos, terminó suplicando la estimación del recurso, y se declare la nulidad de la resolución impugnada.

TERCERO.- El Sr. Abogado del Estado contestó a la demanda mediante escrito presentado el 23 de junio de 2015, en el cual, tras alegar los hechos y los fundamentos jurídicos que estimó aplicables, terminó suplicando la desestimación del presente recurso.

La representación procesal de la parte codemandada TELEFONICA DE ESPAÑA SAU igualmente contestó a la demanda manifestando su oposición a la misma y la conformidad a derecho del acto administrativo impugnado.

La representación procesal de la parte codemandada VODAFONE ESPAÑA SAU igualmente contestó a la demanda alegando que debe anularse el acto administrativo impugnado.

CUARTO.- La Sala dictó auto acordando recibir a prueba el recurso, practicándose la documental, a instancias de la parte actora, y la pericial a instancias del Abogado del Estado, con el resultado obrante en autos.

Las partes, por su orden, presentaron sus respectivos escritos de conclusiones, para ratificar lo solicitado en los de demanda y contestación a la demanda.

QUINTO.- Por Providencia de esta Sala, se señaló para votación y fallo de este recurso el día 25 de mayo de 2016, en el que se deliberó y votó, habiéndose observado en la tramitación las prescripciones

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Es objeto de impugnación en el presente recurso la resolución dictada por la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, el día 3 de julio de 2014 sobre la revisión semestral de parámetros utilizados en la metodología de análisis ex ante de las ofertas comerciales de Telefónica de España S.A.U. (expediente OFMIN/D TSA/608/14/revisión de parámetros metodología).

El resuelve "Único" de la resolución tiene el siguiente tenor literal:

"Aprobar los nuevos valores actuales netos de la metodología para el análisis ex ante de las ofertas comerciales de Telefónica de España, S.A.U. incluidos en el Anexo I de la presente Resolución. Las ofertas que presente Telefónica de España, S.A.U. deberán ser coherentes con los mismos en el momento de su lanzamiento y durante la vida del cliente."

Son antecedentes relevantes para la resolución de este recurso los siguientes:

-. La CMT el día 26 de julio de 2007 dictó Acuerdo aprobando la metodología para el análisis ex ante de las ofertas comerciales de Telefónica de España S.A.U. Dicha metodología concretaba las obligaciones impuestas a este operador en virtud de los análisis de los mercados de acceso, tráfico telefónico y banda ancha mayorista correspondientes a la primera ronda de análisis de mercados.

En dicha resolución se estableció el modo de determinar los márgenes máximos con que cuenta Telefónica para su acción comercial referente a los servicios incluidos en los mercados anteriores. De manera adicional, se le impuso la obligación de responder, cada seis meses, a un requerimiento de información para que la CMT actualizase el valor actual neto (VAN) de su oferta comercial de forma semestral.

-. El día 12 de diciembre de 2008 la CMT adopta una Resolución sobre la revisión de los mercados minoristas de tráfico telefónico disponibles al público prestados desde una ubicación fija (antiguos mercados 3 al 6 de la Recomendación de 2003). En esta concluyó que las ofertas comerciales no constituían un mercado cuyas características justificasen la imposición de obligaciones específicas y no eran por tanto susceptibles de regulación ex ante.



- Como consecuencia de lo anterior, periódicamente se actualizan determinados parámetros de la metodología para el análisis ex ante de las ofertas comerciales de Telefónica, con la correspondiente decisión de la CMT, ahora de la CNMC.

- La última actualización se produjo el día 24 de octubre de 2013.

A lo largo de la tramitación del expediente formularon alegaciones tanto TELEFONICA como VODAFONE Y ORANGE.

SEGUNDO- La parte actora, en su escrito de demanda resume sus alegaciones señalando que dicha demanda se articula en torno a las siguientes bases:

" A) *La resolución de 3 de julio de 2014 ha optado por parámetros cuya aplicación no produce los efectos buscados con la obligación de control ex ante de las ofertas de Telefónica. Por ello, vulnera la normativa que regula este tipo de obligaciones, que asigna finalidades concretas a estas medidas.*

B) *La resolución de 3 de julio de 2014 no motiva correctamente la desestimación de las alegaciones de mi representada, llegando incluso a ignorar varias de ellas, incurriendo en incongruencia omisiva. La Administración ha actuado por tanto de forma irracional y arbitraria a la hora de definir los nuevos parámetros".*

Concreta más adelante su oposición al acto impugnado en que considera que se han infravalorado los servicios móviles en las ofertas empaquetadas de Telefónica y por tanto sus ofertas no son replicables por sus competidores.

Y, como ya hizo en vía administrativa, tal infravaloración la calcula sobre los que considera alegadamente son sus propios costes comparados con los de Telefónica. Considera que es necesario que la CNMC recalculase los costes de Telefónica de acuerdo con los que alega son sus propios costes.

Igualmente sostiene que debe eliminarse el margen por líneas adicionales porque " *carece de sentido en un mercado móvil como el español en el que hay una intensa competencia*" e igualmente que el margen estimado para las líneas adicionales no tiene en cuenta costes adicionales de comercialización de segundas líneas que se activan con posterioridad a la activación del paquete convergente.

En su escrito de contestación a la demanda, el Abogado del Estado alega que está justificado el rechazo por la CNMC del criterio de asumir los costes de un operador de red propia como Orange para valorar los gastos de Telefónica por red móvil, con base en un informe pericial unido a la contestación. Sostiene igualmente que al servicio mayorista de acceso y originación móvil, con el que cuentan los tres operadores TELEFÓNICA, ORANGE y VODAFONE no es deficitario.

Continúa señalando que, de acuerdo con el estándar de operador igualmente eficiente, el operador de referencia sería Telefónica móviles y no Orange, además, al tratarse este de un mercado regulado, un operador alternativo sin red propia de telefonía móvil que pretenda ofrecer en el mercado un empaquetamiento convergente debe necesariamente constituirse en OMV y Telefónica está obligada a ofrecer a esos otros operadores alternativos unos precios mayoristas de acceso y regulación móvil que les permitan replicar los precios de los paquetes de banda ancha convergentes.

En relación con el *margen por líneas adicionales*, recuerda que ya en las resoluciones de 30 de mayo de 2013 (AEM 2012/2061) de 26 de septiembre de 2013 (AJ 2013/1330) y de 28 de mayo de 2014 (OFMIN/DTS/447/14/DENUNCIA TV MINI) se dio respuesta a estas cuestiones, resumiéndose en el hecho de que si la CNMC aplicara el criterio que propone Orange, Telefónica vería artificialmente limitada su capacidad comercial hasta el punto de ser ella quien no podría igualar los precios ofertados por los competidores.

En relación con la *infravaloración de los costes minoristas asociados al componente móvil*, la CNMC efectuó un requerimiento de información en el expediente 2012/2061 comprobando entonces que el porcentaje no difería del usado en el caso de los paquetes de banda ancha, sin que pueda dar más detalles sobre los datos concretos so pena de revelar datos confidenciales.

Respecto de los *costes incurridos en la activación de nuevas altas*, Orange no demuestra que la resolución recurrida haya acogido el cambio de criterio en la metodología que está denunciando.

El tratamiento de los productos que incluyen el servicio de televisión, y en concreto la alegada infravaloración de dicho servicio, contiene alegadamente disfunciones en la valoración por separado de los costes de red por un lado y de los contenidos audiovisuales por otro, con la consecuencia de que se calcula un coste del servicio de televisión muy inferior al coste que le supondría proveer el mismo servicio a operadores alternativos como ella misma. A esto contesta el Abogado del Estado que la no consideración de un servicio mayorista regulado para la prestación de un servicio de televisión no significa que en el test de replicabilidad no se imputen costes de red correspondientes al servicio de televisión de pago; ahora bien, como es exigible en el estándar de operador

igualmente eficiente, la CNMC ha tomado los costes utilizados en el test de replicabilidad de la contabilidad regulatoria de Telefónica.

En relación con la comercialización de contenidos audiovisuales, en un mercado no regulado como es el audiovisual incluso aunque estos se distribuyeran mediante la comercialización de paquetes de banda ancha, excedería la finalidad de la metodología de análisis ex ante, inscribiéndose de lleno en el ámbito del derecho de la competencia.

Por último, respecto del acceso mayorista a la fibra óptica, Telefónica no tiene la obligación regulatoria de garantizar que los operadores alternativos puedan prestar el servicio de televisión de pago a sus clientes.

La representación procesal de TELEFÓNICA DE ESPAÑA SAU sostiene la conformidad a derecho de la resolución impugnada y parte de la base de que el mercado dispone de un elevado nivel de competencia en el que los operadores alternativos cuentan con los instrumentos necesarios para competir en el mercado español de banda ancha. La recurrente aplica de manera incorrecta el parámetro de replicabilidad pues TE no tiene obligación regulatoria alguna de garantizar que los operadores alternativos puedan prestar el servicio de televisión de pago a sus clientes. La propia CMT ha dejado claro que uno de los objetivos de las sucesivas revisiones de parámetros utilizados en la metodología de análisis ex ante de las ofertas comerciales de Telefónica es dotar de seguridad jurídica la actividad comercial de TE y otro es el de adaptarse a la realidad del mercado existente en cada momento, siempre cumpliendo con el análisis de mercados vigente. Imponer a TE una nueva obligación, como pretende la recurrente al reclamar que se incluyan en el modelo servicios mayoristas diferentes a los que actualmente se vienen empleando, carece de la cobertura del marco general de obligaciones que se imponían a TE en la resolución de los mercados 4 y 5. La resolución recurrida aplica correctamente el test de replicabilidad.

La contestación a la demanda de VODAFONE no puede ser tomada en consideración pues no es tal, sino un escrito de demanda en un recurso contencioso-administrativo que no ha interpuesto. En el suplico de su escrito solicita la anulación del acto administrativo impugnado por ser conforme a derecho, exponiendo sus propios motivos de impugnación. Y en su escrito de 11 de noviembre de 2014 se personó como codemandado y como tal fue tenido como parte en este recurso.

TERCERO- La resolución impugnada en el apartado II.2 aclara el objeto de la metodología para el análisis ex ante de las ofertas minoristas de Telefónica: clarificar los instrumentos utilizados por la CNMC para analizar si dichas ofertas son consistentes con las obligaciones impuestas a dicho operador en el análisis de los mercados pertinentes en lo que se refiere a la replicabilidad económica de las ofertas minoristas.

A la vista de las alegaciones de las partes, es especialmente relevante recordar que la resolución de 26 de julio de 2007, acuerdo aprobando la metodología para el análisis ex ante de las ofertas comerciales de Telefónica de España S.A.U, había previsto la revisión periódica para adaptar los parámetros relevantes a los datos más actualizados posibles. Con esta finalidad se impuso a Telefónica la obligación de responder cada seis meses a un requerimiento de información lo que a su vez permite a la CNMC actualizar el valor neto (VAN) de su oferta comercial de forma igualmente semestral.

Y así, la propia decisión impugnada concreta que es lo que se actualiza en este caso: los flujos de costes e ingresos tomados en cuenta para modificar el VAN de los diferentes productos minoristas de Telefónica.

Señala la CNMC que:

" La actualización de los diferentes VAN tiene en cuenta, entre otros, los siguientes aspectos:

a) La información procedente del requerimiento de información semestral relativo a los costes de comercialización minorista, los equipamientos como descodificadores y módem-router, así como los tráficos del servicio de voz y de telefonía móvil incorporados en los diferentes productos analizados.

b) Los nuevos precios de la oferta AMLT, aprobados mediante Resolución de esta Comisión de 13 de mayo de 2014.

c) El mix de servicios mayoristas de acuerdo con la distribución de líneas que figura en la última nota mensual publicada por esta Comisión¹⁵.

d) Los costes de los contenidos audiovisuales, de la manera que se describe en el apartado II.5."

A continuación se describe el sistema de control, y se inicia el análisis de replicabilidad de los productos prestados sobre la red de fibra, y el tratamiento de la metodología de los productos que se incluyen en el servicio de televisión,

Dentro del análisis de replicabilidad de los productos prestados sobre la red de fibra se estudia:



- la Replicabilidad de productos de fibra de velocidad igual o inferior a 30Mb, y
- la Replicabilidad de los empaquetamientos de acceso telefónico que incluyen el servicio de banda ancha sobre fibra de más de 30Mb de velocidad.

Dentro del análisis de la metodología de los productos que se incluyen en el servicio de televisión, se valoran:

- los costes de red del servicio de televisión
- los costes correspondientes a los contenidos audiovisuales y
- los costes totales de red y de contenidos.

CUARTO- En cuanto a la solicitud formulada en su momento de que se tomen en cuenta los costes de un operador como el recurrente para valorar los gastos de Telefónica, la actora reconoce que la CNMC le contestó, pero no comparte el criterio administrativo.

Reproduce lo que considera es la respuesta de la CNMC a las demás cuestiones planteadas y concluye que no hay motivación. (pag. 13 del escrito de demanda).

El punto de partida para analizar la cuestión relativa a los parámetros utilizados por la CNMC en la determinación de los costes ha de partir del paquete de Directivas europeas que en materia de Telecomunicaciones ha aprobado la Unión Europea a partir de marzo de 2002. En este sistema se ha dado a los reguladores de los Estados Miembros el poder y la obligación de analizar y definir periódicamente los diferentes mercados del sector de las Telecomunicaciones, a la búsqueda de una competencia efectiva en los mismos. Y, en concreto, por lo que a este litigio interesa, se les ha dado la posibilidad de establecer obligaciones a los operadores con poder significativo de mercado con el fin de asegurar un desarrollo de la actividad económica en dichos mercados en un entorno de libre competencia.

La Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones y el Reglamento de Mercados incorporaron al derecho español este nuevo marco regulador de las comunicaciones electrónicas. Se reconoce así a la antigua CMT ahora CNMC la facultad de definir y analizar los mercados de referencia, determinar los operadores con peso significativo en el mercado, y la imposición, mantenimiento o modificación, de obligaciones específicas a los operadores.

La recurrente entiende que no se lograrán aquellas finalidades si no se utiliza la metodología que propone, en concreto, que los costes no se calculen según los de Telefónica sino los suyos propios. Así pretendió ante la CNMC y pretende en el marco de este recurso, que se revise el criterio de asignación de costes de los servicios móviles en la valoración de las ofertas empaquetadas, e igualmente, que se elimine el margen por líneas adicionales.

De la prueba practicada en autos ha resultado que el punto de partida tomado en consideración por la CNMC es razonable y conforme a derecho. El aumento de la competencia efectiva en el mercado se ha constatado, y los operadores alternativos han ganado sistemáticamente cuota de mercado en el mercado español de banda ancha.

En primer lugar, se ha constatado, y no ha sido negado de contrario, que han sido los operadores que hacen uso de los servicios mayoristas de Telefónica los que han experimentado los mayores crecimientos en el número de líneas desde el año 2007. Así Telefónica habría crecido un 26,94% frente a un crecimiento de los operadores ULL del 179,45%. Esta tendencia no se ha visto alterada por el lanzamiento comercial por parte de Telefónica de los nuevos empaquetamientos con televisión de pago (pag. 10 del informe técnico aportado por el Abogado del Estado con el escrito de contestación a la demanda).

En segundo lugar, tal y como sostiene Telefónica en su contestación a la demanda, abundando en las consideraciones del Abogado del Estado, la exigencia de replicabilidad no consiste en asegurar a los operadores alternativos la competencia en cualquier circunstancia. Por el contrario, se trata de alentar la competencia de un operador "eficiente". La Comisión Europea en sus recomendaciones, y especialmente en la de 11 de septiembre de 2013 sobre "*la coherencia en las obligaciones de no discriminación y en las metodologías de costes para promover la competencia y potenciar el entorno de la inversión en banda ancha*" pone una y otra vez el acento en la "*inversión eficiente*", en la utilización de indicadores de *rendimiento*, en la aplicación *coherente* de los principios del modelo de costes y en "*la importancia de utilizar los costes de una red eficiente y moderna para establecer los precios de acceso*".

En tercer lugar, el test de replicabilidad ha sido llevado a cabo de conformidad a derecho a la vista de este punto de partida utilizado: se optó por el test del operador igualmente eficiente.



Finalmente, tratándose de un mercado de acceso y originación en redes de telefonía móvil regulado, si el operador que quiere prestar este servicio no dispone de red propia de telefonía móvil debe necesariamente, con carácter previo, constituirse en operador móvil virtual, y el operador dominante debe ofrecerle unos precios mayoristas de acceso en este aspecto, la telefonía móvil, que les permita replicar los precios de los paquetes de banda ancha. Así cobra sentido el que se haya utilizado por la CNMC para la valoración del componente móvil el análisis del contrato de Telefónica con O **NO** incorporando los costes de red en los que tendría que incurrir un Operador Móvil Virtual convergente por aquellos elementos no incluidos en el contrato.

Continúa alegando la actora que no se han tenido en cuenta por la CNMC los costes de activación de nuevas altas y de migración de clientes en planta. La alegación es contradictoria pues a continuación expone la diferencia entre como se habrían tenido en cuenta y como se deben valorar los costes de activación de un cliente: según expone, para la CNMC es igual al coste que supone para Telefónica, mientras que a juicio de Orange los operadores alternativos tienen una base de clientes mucho menor que Telefónica, y por tanto más clientes vienen de otros operadores, lo que implica un coste de activación mucho más alto.

La afirmación de la actora se basa en datos no contrastados: que Orange tienen más clientes que vienen de otros operadores que Telefónica, y que por ese solo hecho tiene unos costes de activación mucho más altos, lo que a su vez tendría consecuencias en cuanto a que la CNMC estaría infravalorando el coste de captación, lo que a su vez haría irreplicable la oferta de Telefónica. La falta de fundamento probatorio de la base de todo este razonamiento hace innecesario un estudio detallado de las supuestas consecuencias.

QUINTO- El principal alegato contra el acto administrativo impugnado se centra en la valoración de los servicios de televisión. Y específicamente (folio 16 y ss) en la forma de calcular el coste del servicio de televisión. La CNMC habría separado dos tipos de coste, los de red asociados a la prestación de los servicios de televisión por un lado, y por otro lado los costes de contenidos, y en ambos casos, siempre según ORANGE, decantándose por aplicar el estándar del operador igualmente eficiente, sin tomar en consideración la posición de dominio de Telefónica. En resumen: el sistema es ilógico y Orange no podrá replicar las ofertas.

Tampoco habría tenido en cuenta la Administración las desigualdades en la posición negociadora de Telefónica a la hora de dotar de contenidos a su TV. En la resolución impugnada no se habría dado respuesta motivada a ninguna de las alegaciones, de semejante contenido, realizadas en vía administrativa.

Las partes se muestran de acuerdo en que la principal novedad de la resolución impugnada es el establecimiento de un nuevo criterio para valorar el servicio de televisión cuando este forma parte de un empaquetamiento de banda ancha. La valoración de los costes de la prestación de los servicios empaquetados debe incluir los correspondientes al servicio de televisión de pago y el coste de los servicios audiovisuales.

La resolución impugnada divide los costes de red distinguiendo aquellos que guardan relación directamente con el servicio de televisión de aquellos otros que se referencian al transporte. Para determinarlos, como no podía ser de otra manera, dadas las exigencias del conjunto normativo de aplicación, la Administración ha tomado en consideración los costes que refleja el sistema de contabilidad de costes de Telefónica.

Como pone de relieve el informe aportado por el Abogado del Estado, la pretensión de Orange de que se tengan en cuenta los precios mayoristas del servicio NEBA, ya ha sido formulada en otros expedientes, y ya ha sido desestimada con anterioridad, y en concreto en la resolución de 28 de mayo de 2014. Esto justifica, en primer lugar, que la CNMC no dedique mayor esfuerzo en la resolución impugnada a desestimar la alegación relativa a los costes de red asociados al servicio de televisión.

El 22 de enero de 2009 la CMT adoptó la Resolución por la que se aprobó la definición y el análisis del mercado de acceso (físico) al por mayor a la infraestructura de red (incluido el acceso compartido o completamente desagregado) en una ubicación fija y el mercado de acceso de banda ancha al por mayor conocida como Resolución de los Mercados 4 y 5, por la que se designaba a Telefónica como operador con poder significativo en ambos mercados. En esta resolución se excluyó la prestación del servicio de televisión del mercado mayorista de acceso indirecto. La conclusión alcanzada por la Administración es conforme a derecho: Telefónica no está obligada a la prestación de los servicios mayoristas regulados de manera que se facilite igualmente la prestación del servicio de televisión sobre la red de banda ancha.

Finalmente, se han tomado en consideración los costes de red correspondientes al servicio de televisión de pago, al elaborar el test de replicabilidad según exige el estándar de operador igualmente eficiente.

En cuanto al segundo elemento, los costes de adquisición de contenidos audiovisuales, nuevamente alega la recurrente que a Telefónica le resulta más barato adquirir estos contenidos porque su red de clientes es mayor en cuanto a extensión geográfica y en cuanto a número.



A juicio de esta Sala resulta especialmente relevante el hecho de que el mercado de adquisición de contenidos audiovisuales no está regulado, sino sujeto a las normas de la libre competencia. Por tanto queda en manos de los potenciales adquirentes de tales productos la utilización de los medios que el mercado ofrece, sustancialmente el precio, para lograr la adquisición de tales contenidos en competencia con Telefónica. Las alegaciones sobre la existencia de un régimen de exclusividad en relación con determinados contenidos audiovisuales deben formularse ante la autoridad de Defensa de la Competencia si se considera que vulneran la ley 15/2007.

La Sala concluye, con la Administración, que la imposición, al socaire del análisis ex ante de las ofertas comerciales de Telefónica, de restricciones a la comercialización de contenidos audiovisuales, no estando regulado el mercado correspondiente, no está permitida por el ordenamiento jurídico y excede de la finalidad establecida por este al regular dicho análisis ex ante.

En último lugar, la actora alega que la oferta Fusión Fibra 10 Mb no es replicable y la oferta Fusión Fibra 100 Mb tiene excesivo margen para promociones.

La contestación que a sus alegaciones en vía administrativa ha dado la CNMC en la resolución impugnada le parece insuficiente y constitutiva de incongruencia omisiva.

Este motivo de recurso debe ser igualmente desestimado: estas alegaciones conducirían de ser estimadas, a establecer la obligación, no contemplada por la Ley General de Telecomunicaciones, ni por el Reglamento, ni por las directivas europeas, ni por la regulación del servicio NEBA, de que Telefónica garantice que sus competidores presten el servicio de televisión de pago a sus propios clientes en las mismas condiciones que lo oferta Telefónica.

SEXTO- Respecto de la alegada falta de motivación de la resolución impugnada, en examen de la misma a la vista de las alegaciones formuladas en vía administrativa por la ahora actora revela que la CNMC ha dado respuesta a todas y cada una de sus alegaciones.

En apartado II.8 de la resolución impugnada la CNMC analiza las alegaciones de los interesados. En primer lugar, en relación con la "replicabilidad de los paquetes Movistar Fusión" en el apartado II.8.1.1 analiza el desacuerdo de la ahora actora con el análisis llevado a cabo de los paquetes convergentes de la gama Movistar Fusión y en el II.8.1.2 da su respuesta.

En el apartado II.8.2 analiza las alegaciones de Orange sobre la replicabilidad de los productos prestados sobre la red de fibra (*"Vodafone realiza una estimación del VAN de los productos Movistar Fusión 10Mb fibra, y obtiene un resultado negativo tanto si toma como referencia la oferta mayorista NEBA como basa sus cálculos en el servicio mayorista MARCO y el acceso a verticales. Orange considera que los precios NEBA Fibra no se garantiza la superación del test de replicabilidad de los empaquetamientos Movistar Fusión 10Mb fibra. Según este operador, el VAN de los servicios Fusión 10Mb fibra no refleja los elevados costes del servicio mayorista NEBA fibra, pues su valor debería ser negativo. Además, en lo que se refiere a los productos Movistar Fusión 100Mb fibra, Orange estima que el horizonte temporal que aplique el test de replicabilidad debe limitarse a 27 meses, al igual que en el caso de los paquetes ADSL."*).

La respuesta a todas las alegaciones de los operadores, TELEFONICA, VODAFONE y ORANGE se efectúa por remisión a lo analizado en el apartado II.4, es decir, al análisis de la replicabilidad de los productos prestados sobre la red de fibra.

En el apartado II.8.3 analiza el tema de la imputación de costes al servicio de televisión, y en concreto recoge las siguientes alegaciones de ORANGE:

"Orange no comparte con esta Comisión la aplicación del criterio de operador igualmente eficiente a la valoración de contenidos audiovisuales. Este operador cree que la CNMC debe tener en cuenta que Telefónica tiene una posición privilegiada que se sostiene sobre la base de dos pilares:

- El poder compensatorio de la demanda con que cuenta Telefónica, que reside en el hecho de tener una base de clientes superior a la de sus competidores, le posibilita la adquisición de contenidos audiovisuales a un precio más reducido que el que tendrían que afrontar otros operadores de dimensión más reducida.

- Telefónica cuenta con los derechos de los campeonatos MotoGP y Fórmula1, cuya venta en exclusiva a los clientes de este operador "puede vulnerar el Derecho de la Competencia y compromete el cumplimiento de las condiciones de replicabilidad y no discriminación por la que vela la metodología ex ante". Telefónica ostenta también los derechos de la Liga española de fútbol y, en particular, la exclusividad (compartida con Digital +) de la Liga de Campeones.

Como solución a los problemas que identifica, Orange propone que los costes de los contenidos de televisión, a efectos de la metodología ex ante, sean iguales al coste medio de los operadores alternativos o, en su caso, al coste medio del mercado. Asimismo, se propone que se introduzcan restricciones a la comercialización minorista a la comercialización de los paquetes que integren contenidos que Telefónica ostente en exclusiva."

La CNMC da su respuesta en el apartado II.8.3.2 y en concreto a Orange le contesta lo que sigue:

"Finalmente, dando respuesta a las alegaciones de Orange, esta Comisión considera que el criterio de operador igualmente eficiente es el adecuado para valorar el componente de televisión que se incluye en los empaquetamientos de Telefónica.

Los motivos que fundamentan este criterio son los siguientes:

- El acceso a los contenidos audiovisuales no está actualmente regulado desde el punto de vista de la regulación sectorial. Sobre esta base el análisis de replicabilidad considera que los operadores alternativos tienen opciones en el mercado para configurar una oferta audiovisual lo suficientemente atractiva como para igualar la oferta de Telefónica. En este contexto no estaría justificado aplicar el estándar de operador razonablemente eficiente que podría penalizar la mayor eficiencia de un operador obtenida en mercados no regulados, en los que no ha sido declarado con poder significativo de mercado (PSM), y proteger a operadores o modelos de negocio ineficientes.

- En ausencia de una oferta regulada para el acceso a los contenidos Telefónica sólo conoce sus propios costes de contenidos. Como el operador cuyas ofertas se someten al test de replicabilidad debe conocer los costes empleados en el análisis, sería contrario al principio de seguridad jurídica que las ofertas de Telefónica se analizaran en función de los costes de un tercero, que desconoce.

Los motivos expuestos llevan a rechazar la solicitud de Orange de valorar los contenidos audiovisuales a partir de los costes medios de los operadores alternativos, y utilizar como referencia los ingresos y costes de la propia Telefónica."

La motivación de los actos administrativos no es más que la exteriorización de las razones que la Administración ha tenido para adoptar una resolución. Por tanto, no puede consistir en una mera declaración de conocimiento y menos aún en una manifestación de voluntad (STC 77/2000). Esta exigencia de la motivación es consecuencia de la prohibición de arbitrariedad de los poderes públicos (STC 73/2000), y supone no solo una elemental cortesía, sino un riguroso requisito del acto de sacrificio de derechos (STC 26/1981).

La motivación del acto administrativo cumple diversas funciones, en primer lugar, viene a asegurar la seriedad en la formación de la voluntad de la Administración Pública, y, en segundo lugar, es una garantía del administrado que podrá impugnar, en su caso, el acto administrativo, con posibilidad real de criticar la bases en las que se fundamenta, y, además, y en último lugar, la motivación hace posible el control jurisdiccional del acto administrativo recurrido art. 106.1 de la Constitución (SSTS de 18 de abril de 1990 y de 4 de junio de 1991). En consecuencia, cuando el acto administrativo carece de motivación se impide el control jurisdiccional que viene constitucionalmente impuesto, pues se impide comprobar que la resolución dada al caso es consecuencia de una exégesis racional del ordenamiento jurídico y no el fruto de la arbitrariedad (STC 77/2000). Por otro lado, la motivación exigible a los actos administrativos, aunque sucinta, puede considerarse bastante con tal que permita conocer las razones que llevan a la Administración a actuar de una determinada manera, y de esta forma el interesado pueda, en su caso, combatirlos.

En el caso que nos ocupa, la resolución recurrida ha posibilitado a la actora el conocimiento de las razones por las que no se aceptaban sus pretensiones o alegaciones, por lo que no se le ha ocasionado indefensión. Cuestión diferente es la relativa a que el recurrente no se encuentre de acuerdo con la motivación llevada a cabo por la Administración, por tanto se han cumplido las previsiones del art. 54 de la Ley 39/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Por el conjunto de razones expuestas, procede desestimar el presente recurso contencioso-administrativo, confirmando la resolución impugnada por ser conforme a derecho..

SÉPTIMO- La completa desestimación del recurso impone la condena a la parte actora al pago de las costas, a tenor de lo dispuesto en el artículo 139.1 LJCA, en la redacción dada por la Ley 37/2011.

Vistos los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación,

FALLAMOS

Que debemos **DESESTIMAR** Y **DESESTIMAMOS** el recurso contencioso administrativo interpuesto por representación procesal de **ORANGE ESPAGNE S.A.** contra la Resolución de la Comisión Nacional de los



Mercados y la Competencia, de 3 de julio de 2014, descrita en el fundamento jurídico primero de esta sentencia, la cual confirmamos por ser conforme a derecho. Con condena a la recurrente al pago de las costas.

Así por esta nuestra Sentencia que se notificará a las partes haciendo la indicación de que contra la misma cabe recurso de casación ante la Sala 3ª del Tribunal Supremo, con arreglo a lo dispuesto en el art. 86.1 de la LJCA, y de la cual será remitido testimonio a la oficina de origen a los efectos legales junto con el expediente, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ