



Roj: **SAN 1810/2021 - ECLI:ES:AN:2021:1810**

Id Cendoj: **28079230062021100167**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **6**

Fecha: **19/04/2021**

Nº de Recurso: **406/2015**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Procedimiento ordinario**

Ponente: **MARIA JESUS VEGAS TORRES**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA NACIONAL

Sala de lo Contencioso-Administrativo

SECCIÓN SEXTA

Núm. de Recurso: 0000406 /2015

Tipo de Recurso: PROCEDIMIENTO ORDINARIO

Núm. Registro General: 03920/2015

Demandante: VODAFONE ESPAÑA SAU y VODAFONE ONO SAU

Procurador: D^a ASCENSIÓN DE GRACIA LÓPEZ ORCERA

Demandado: COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y DE LA COMPETENCIA

Codemandado: LIGA NACIONAL DE FÚTBOL Y TELEFONICA DE CONTENIDOS SAU

Abogado Del Estado

Ponente Ilmo. Sr.: D. MARIA JESUS VEGAS TORRES

SENTENCIA N^o :

Ilma. Sra. Presidente:

D^a. BERTA SANTILLAN PEDROSA

Ilmos. Sres. Magistrados:

D. FRANCISCO DE LA PEÑA ELIAS

D. SANTOS GANDARILLAS MARTOS

D. MARIA JESUS VEGAS TORRES

D. RAMÓN CASTILLO BADAL

Madrid, a diecinueve de abril de dos mil veintiuno.

VISTO por la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, el recurso contencioso-administrativo núm. **406/2015**, promovido por la Procuradora de los Tribunales D^a Ascensión de Gracia López Orcera, en nombre y en representación **VODAFONE ESPAÑA SAU y VODAFONE ONO SAU, (VODAFONE)** contra la Resolución de 22 de abril de 2015 del Pleno del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC), dictada en el expediente C/0612/14 TELEFÓNICA/DTS. Ha sido parte en autos la Administración demandada representada por el Abogado del Estado. Se han personado como codemandados La Liga Nacional de Fútbol, representada por la procuradora D^a Consuelo Rodríguez Chacón y Telefónica de Contenidos, representada por la procuradora Dña. Gloria Teresa Robledo Machuca.



ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. - Interpuesto el recurso y seguidos los trámites prevenidos por la ley, se emplazó a la parte recurrente para que formalizase la demanda lo que verificó mediante escrito presentado al efecto, en el que tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que entendió oportunos solicitó a la Sala que se dicte sentencia por la que "... retrotrayendo las actuaciones a la CNMC conforme al artículo 71 LJCA con relación a los fundamentos de anulación que se contienen en la demanda:

1) Anule íntegramente la Resolución de 22 de abril de 2015 del Pleno del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia, dictada en el expediente C/0612/14 por la que se subordina la autorización de la concentración C/0612/14 Telefónica/DTS al cumplimiento de los compromisos presentados por Telefónica de Contenidos S.A.U. ante la CNMC con fecha 14 de abril de 2015;

2) Subsidiariamente;

Anule el Compromiso 2.9.f) en tanto en cuanto establece un límite del 50% relativo al número de canales que cada operador puede adquirir de la oferta mayorista de canales de televisión propio. Subsidiariamente que se excluya los canales deportivos que contengan partidos de la Liga de Fútbol y Copa del Rey del cómputo del límite;

Anule el Anexo 1, apartado 1.1, de los Compromisos relativo al modelo de Oferta Mayorista aplicable a Fútbol, Fórmula 1 y Moto GP, aplicándose a todos los canales el modelo previsto en el Anexo 1, apartado 1.2 de los Compromisos. Subsidiariamente, anule el Anexo 1, apartado 2, de los Compromisos en tanto en cuanto establece que, de existir un Coste Mínimo Garantizado, el análisis de replicabilidad se realice siempre sobre los CPA aplicados conforme a lo señalado en el apartado 1.1.b) del Anexo 1, y no sobre los precios medios efectivos resultantes de dividir el Coste Mínimo Garantizado entre los abonados mensuales medios efectivos del canal a lo largo de un año de contratación".

SEGUNDO. - El Abogado del Estado y Telefónica de Contenidos, han presentado escritos de contestación a la demanda interesando su desestimación y la confirmación de la resolución recurrida.

TERCERO. - Acordado el recibimiento del recurso a prueba con el resultado obrante en autos, se confirió traslado a las partes, sucesivamente, para la presentación de escrito de conclusiones, verificado lo cual, quedaron pendientes para votación y fallo, a cuyo efecto se señaló el día 3 de febrero del año en curso, fecha en la que tuvo lugar.

Ha sido magistrada Ponente la Ilma. Sra. D^a M.^a Jesús Vegas Torres, quien expresa el parecer de la Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. - La representación procesal de VODAFONE ESPAÑA SAU y VODAFONE ONO SAU ha interpuesto el presente recurso contencioso administrativo contra la Resolución de 22 de abril de 2015 del Pleno del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC), dictada en el expediente C/0612/14 TELEFÓNICA/DTS.

La parte dispositiva de dicha resolución era del siguiente tenor literal:

"Primero. - De acuerdo con el artículo 58.4.b) de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, subordinar la autorización de la concentración G0612114 TELEFONICA/DTS al cumplimiento de los compromisos presentados por TELEFÓNICA DE CONTENIDOS, S.A.U. ante la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia con fecha 14 de abril de 2015, que obligarán a TELEFÓNICA DE CONTENIDOS, S.A.U. y cualquiera de las empresas del grupo.

Segundo.- Teniendo en cuenta la Comunicación de la Comisión Europea sobre las restricciones directamente vinculadas a la realización de una concentración y necesarias a tal fin (2005/ C 56/03) y la práctica de las autoridades nacionales de competencia, deberán quedar fuera de la autorización la cláusula de no utilización de la marca Canal+ (cláusula 8.5 del contrato de compraventa de 2 de junio de 2014) en lo que supere los dos años, y la cláusula de colaboración Mediaset-Telefónica (cláusula 9.3 del contrato de compraventa de 4 de julio de 2014). Ambas cláusulas se consideran no accesorias a la operación de concentración notificada y sometidas, en su caso, a las normas de competencia relativas a los acuerdos entre empresas.

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



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

SEGUNDO. - Como antecedentes procedimentales de interés para resolver el litigio merecen destacarse, a la vista de los documentos que integran el expediente administrativo, los siguientes:

1. Con fecha 17 de octubre de 2014 fue notificada a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC), por parte de TELEFÓNICA, la operación de concentración económica consistente en la adquisición por parte de TELEFÓNICA del control exclusivo de DTS, notificación que dio lugar al expediente C/0612/14 TELEFÓNICA/ DTS.

2. Dicha operación de concentración fue previamente objeto de reenvío a España por parte de la Comisión Europea, en virtud de lo dispuesto en el artículo 4.4 del Reglamento (CE) n° 139/2004, del Consejo, de 20 de enero, sobre el control de concentraciones entre empresas, mediante decisión de 22 de agosto de 2014 en el marco del expediente M.7313 TELEFÓNICA/DTS.

3. Mediante escritos con entrada en la CNMC el 27, 29 y 31 de octubre de 2014 y el 3, 7 y 11 de noviembre del mismo año, TELEFÓNICA remitió a la CNMC información complementaria sobre la operación de concentración.

4. El Pleno del Consejo de la CNMC acordó, con fecha 12 de noviembre de 2014, conocer del presente expediente, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 12.2.c) del Estatuto Orgánico de la CNMC y en la misma fecha, el Consejo de la CNMC dictó resolución en primera fase, en la que acordó iniciar la segunda fase del procedimiento conforme al artículo 57.2,c) de la LDC, por considerar que la citada operación de concentración podía obstaculizar el mantenimiento de la competencia efectiva en los mercados analizados.

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

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

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

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

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

10. TELEFÓNICA presentó voluntariamente en el marco de la segunda fase del presente expediente de concentración, cinco versiones de su propuesta de compromisos, con fechas 25 de febrero de 2015, 11 de marzo de 2015, 31 de marzo de 2015, 1 de abril de 2015 y 14 de abril de 2015. En la última propuesta TELEFÓNICA los compromisos se estructuraban en tres grandes bloques que tratan de responder a los problemas detectados en los mercados afectados: (1) el mercado de la televisión de pago; (2) los mercados de comercialización mayorista de contenidos audiovisuales individuales y de edición, comercialización y distribución mayorista de canales de televisión; y (3) las condiciones de acceso a la red IP de TELEFÓNICA. Asimismo, TELEFÓNICA redactó adicionalmente tres anexos que recogen de forma pormenorizada la información periódica que TELEFÓNICA debe remitir a la CNMC, los principios y términos que regirán la oferta mayorista de canales de TELEFÓNICA, y las condiciones a cumplir en las rutas de interconexión con la red IP de TELEFÓNICA.

11. Con fecha 15 de abril de 2015 la Dirección de Competencia elevó al Consejo Informe sobre la operación y propuesta de resolución definitiva, proponiendo subordinar la autorización de la concentración al cumplimiento de los compromisos presentados por TELEFÓNICA ante la CMNC con fecha 14 de abril de 2015. En dicho informe se consignó lo siguiente: 11. Con fecha 15 de abril de 2015 la Dirección de Competencia elevó al Consejo Informe sobre la operación y propuesta de resolución definitiva, proponiendo subordinar la



autorización de la concentración al cumplimiento de los compromisos presentados por TELEFÓNICA ante la CMNC con fecha 14 de abril de 2015.

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

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

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

Y concluye que:

"La operación de concentración notificada afecta negativamente y de forma significativa a la competencia efectiva en los mercados minoristas de televisión de pago y de comunicaciones electrónicas, así como en los mercados mayoristas de comercialización de contenidos audiovisuales por lo que la operación de concentración, sin la aplicación de compromisos o condiciones, obstaculiza el mantenimiento de la competencia efectiva en los mercados considerados".

12. El Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia concluyó la deliberación y fallo del presente expediente en su sesión de 22 de abril de 2014, dictando la resolución recurrida en el presente procedimiento que, subordina la autorización de la concentración G0612114 TELEFONICA/DTS al cumplimiento de los compromisos presentados por TELEFÓNICA DE CONTENIDOS, S.A.U. La citada Resolución recoge los compromisos, que aparecen estructurados en 6 apartados, incorporando 3 Anexos que establecen, de forma pormenorizada la información periódica que TELEFÓNICA debe remitir a la CNMC, los principios y términos que regirán la oferta mayorista de canales de TELEFÓNICA, y las condiciones a cumplir en las rutas de interconexión con la red IP de TELEFÓNICA.

La operación de concentración supone la integración del principal operador y líder tradicional en España de televisión de pago, DTS, en la estructura empresarial de TELEFÓNICA, afectando a los siguientes mercados relevantes de producto:

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

2- Los mercados de comercialización mayorista de contenidos audiovisuales individuales, dentro de los que se identifican los siguientes:

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

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

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

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

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

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

- Mercados de comercialización mayorista de canales de televisión.



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

El mercado geográfico afectado por la operación es el de España.

TERCERO. - En su escrito de demanda, la representación procesal de VODAFONE SAU y VODAFONE ONO SAU, manifiesta que la operación de concentración impugnada ha supuesto la adquisición del control exclusivo de DTS Distribuidora de Televisión por Telefónica. Que en un contexto de creciente convergencia entre los sectores audiovisual y de telecomunicaciones, la operación supone la combinación del operador en el mercado de televisión de pago y líder en los mercados de adquisición de contenidos y canales audiovisuales (DTS) con el operador dominante o líder en una pluralidad de mercados de comunicaciones electrónicas, mayoristas y minoristas, y segundo operador más relevante en el mercado de televisión de pago y en los mercados de adquisición de contenidos y canales audiovisuales (Telefónica).

Destaca que la CNMC ha reconocido de forma expresa en el expediente administrativo que la operación da lugar a graves restricciones de la competencia en una pluralidad de mercados audiovisuales y de comunicaciones electrónicas y que así se recoge en el Informe Propuesta emitido en segunda fase por la Dirección de Competencia.

Añade que la CNMC también pone de manifiesto que la operación no da lugar a eficiencias (párrafos 990 a 994 del Informe Propuesta) y que la situación competitiva actual es mucho más delicada que en pasadas operaciones de concentración en este sector dado " *el preponderante papel que juega actualmente Telefónica en muchos de los mercados afectados*" (párrafo 793 del Informe Propuesta) y que pese a que todo ello sugería la prohibición de la Operación, la CNMC resolvió subordinar su aprobación a un conjunto de compromisos propuestos por Telefónica, que no son suficientes para resolver los significativos obstáculos a la competencia derivados de la Operación; que no representan una solución permanente; dan lugar a problemas de competencia y son de imposible o muy difícil monitorización.

Denuncia que la Resolución, sobre la base del Informe Propuesta que hace propio:

a) Carece de motivación en relación con aspectos sustanciales de los Compromisos, dejando sin justificación algunos aspectos relevantes que afectan a obligaciones tan importantes como la denominada Oferta Mayorista (que agrupa a los canales premium de la entidad resultante que deben ser puestos a disposición de terceros). Por ejemplo, explica que no existe justificación sobre la definición de contenido premium, sobre el límite de acceso al 50% de los canales de la Oferta Mayorista impuesto a los operadores alternativos o sobre las condiciones económicas de la Oferta Mayorista tales como la existencia de una estructura dual de precio, los criterios de reparto del Coste Mínimo Garantizado o aspectos muy relevantes de los test de replicabilidad.

b) Reconoce expresamente que los Compromisos no resuelven la totalidad de los problemas de competencia derivados de la Operación, y se remite a una actuación futura de la división regulatoria de la propia CNMC.

c) Subordina la Operación al cumplimiento de unos Compromisos que:

i. Son más laxos que las condiciones propuestas con ocasión del intento de adquisición por parte de Telefónica, Prisa y Mediaset del control conjunto de DTS en 2010.

ii. No son suficientes para resolver los problemas de competencia a los que aparentemente se dirigen, al beneficiar a Telefónica en perjuicio de sus competidores.

iii. Dan lugar a problemas de competencia, permitiendo a Telefónica abusar de su posición dominante, en particular al trasladar a sus competidores un coste de los derechos mayor que el que corresponde a la realidad del mercado, al imponerles condiciones mucho más onerosas que las que tenían antes de la Operación y al establecer un test de replicabilidad basado en un escenario teórico diseñado por Telefónica y admitido, incomprensiblemente, por la CNMC. Los operadores que han realizado fuertes inversiones en redes se ven obligados acceder a los contenidos premium y exclusivos de Telefónica en condiciones abusivas.

iv. No representan una solución permanente, dado que los graves obstáculos derivados de la Operación se mantendrán después de la expiración de los Compromisos.

v. Son de imposible o muy difícil monitorización debido a la discrecionalidad que se otorga a Telefónica respecto de elementos sustanciales de los Compromisos como la metodología de los test de replicabilidad.

Y concluye la Resolución se olvida de la finalidad inherente a los Compromisos, y parece centrarse en el diseño de un "modelo de funcionamiento de los mercados afectados" que es completamente ajeno a la finalidad del



control de concentraciones y que además es insostenible en el medio plazo al discriminar a los operadores alternativos en beneficio de Telefónica.

Para avalar sus manifestaciones aporta informe pericial elaborado por NERA Economic Consulting que se centra en el examen de los compromisos relacionados con el mercado de edición y comercialización mayorista de canales deportivos Premium y, más específicamente, en el "Modelo Económico" que define las condiciones de la venta mayorista de estos canales por entender que, dada su relevancia, afecta de manera directa a las condiciones de competencia en el mercado de la televisión de pago en su conjunto así como en los mercados de servicios de comunicaciones electrónicas. En dicho informe se concluye que el Modelo Económico propuesto en los Compromisos no elimina los obstáculos para la competencia efectiva identificados por la CNMC y que, por el contrario, conduce a una situación competitiva peor que la anterior al introducir restricciones adicionales que impiden que operadores alternativos puedan competir con Telefónica de manera efectiva en la oferta de canales deportivos Premium. Añade que lo expuesto es particularmente preocupante si se tiene en cuenta que se trata de contenidos esenciales para poder ser competitivo en el mercado de televisión de pago y, por extensión, en los mercados de las comunicaciones electrónicas, -en los que Telefónica goza ya de ventajas competitivas significativas-, a través de ofertas convergentes.

CUARTO. - El Abogado del Estado se opone a la demanda e interesa su desestimación.

Recuerda que el objetivo del control de concentraciones es salvaguardar la competencia efectiva preexistente a la operación de concentración, en beneficio de los consumidores finales. Sostiene que los compromisos buscan precisamente salvaguardar los incentivos de los competidores de TELEFÓNICA a diferenciarse y a no depender de este operador, buscando un equilibrio entre la garantía del acceso a parte de los contenidos premium en condiciones que les generen incentivos a competir y que les aseguren que pueden ofrecer una oferta de televisión de pago atractiva en el mercado, y el mantenimiento de los incentivos a la diferenciación y a la no dependencia de TELEFÓNICA.

Considera que muchas de las críticas que VODAFONE hace a los compromisos que se aceptaron en el expediente C/0612/14 llevarían, de asumirse, a una reducción de los incentivos de este operador y otros a competir de forma agresiva en los mercados afectados y que si TELEFÓNICA estuviese a dar a terceros todos sus contenidos exclusivos en condiciones orientadas a costes, VODAFONE dejaría de tener incentivos para competir buscando la diferenciación en contenidos, pues tendría asegurado un acceso a todos los contenidos más atractivos a través de TELEFÓNICA.

Defiende el Modelo económico diseñado en el Anexo 1 de la Resolución recurrida. En relación con el sistema alternativo propuesto en el informe pericial, basado en los ingresos de televisión de pago, recuerda que las cifras de ingresos atribuidos a televisión de pago de los operadores convergentes (TELEFÓNICA, VODAFONE y ORANGE) son poco fiables, tal y como puso de manifiesto la CNMC en el informe propuesta de la Resolución de 22 de abril de 2015 en el expediente C/0612/14 (párrafo 384), dado que estos operadores siempre comercializan la televisión de pago empaquetada con servicios de comunicaciones electrónicas. En este sentido, señala que los criterios de imputación de ingresos a televisión de pago de los distintos operadores no son comparables entre sí y están sujetos a modificaciones interesadas, por lo que, en este contexto, diseñar un sistema de mínimos garantizados y socialización de pérdidas en base a criterios de ingresos de televisión de pago estaría abierto a continuos riesgos de conflictos y manipulaciones en relación con el cálculo de cuotas de mercado de televisión de pago en términos de ingresos.

Y a modo de conclusión afirma que, al contrario de lo afirmado en el informe pericial aportado por Vodafone, el modelo económico de fijación de precios de los canales futbolísticos salvaguarda la competencia efectiva, pues incentiva a operadores como VODAFONE a competir de forma agresiva en el mercado, así como preserva sus incentivos a no depender de forma indefinida de TELEFÓNICA como suministrador de contenidos premium y que, de hecho, los propios cálculos del informe pericial demuestran que VODAFONE tiene todos los incentivos a incrementar significativamente su escala en la captación de abonados a estos canales y que este modelo económico es mucho más beneficioso que los modelos de explotación establecidos en ciclos anteriores, una vez superado el umbral de 300.000 abonados, umbral que es perfectamente alcanzable por VODAFONE dadas sus políticas comerciales actuales .

Añade que la propia actividad de VODAFONE en la adquisición de contenidos (comprando con ORANGE los derechos de emisión a clientes no residenciales de la Liga y Copa de S.M. el Rey de fútbol para las temporadas 2016/2017 a 2018/2019) y en la explotación de estos canales, demuestra que se ha reforzado la capacidad e incentivos de VODAFONE y terceros operadores para competir de forma agresiva en el mercado de televisión de pago en España al amparo de los compromisos. Y que, el hecho de que EUSKALTEL y R CABLE (que forman parte del mismo grupo empresarial en la actualidad) hayan decidido no adquirir derechos de emisión de los canales futbolísticos responde a una decisión comercial libre de estos operadores, que les ha permitido



adquirir otros canales de la oferta mayorista de TELEFÓNICA, habiendo permanecido ambos como operadores significativos en el mercado de televisión de pago y en el ámbito de las ofertas convergentes de estos servicios con los de comunicaciones electrónicas.

Por lo demás defiende la proporcionalidad del límite del 50% del número total de canales que integren la oferta mayorista de canales Premium propios de la entidad resultante como número de canales que los operadores de televisión de pago pueden adquirir. Sostiene que lo propuesto por la recurrente desincentivaría a Telefónica y al resto de operadores de televisión de pago, a realizar esfuerzos de inversión en este sentido que les permitan diferenciarse y competir y captar el número máximo de abonados, por lo que no puede aceptarse la alegación de que la limitación de la oferta mayorista al 50% de los canales que integren la oferta mayorista es insuficiente, ni teniendo en cuenta que se reparte el coste de la adquisición de determinados contenidos (fútbol, Fórmula 1 y Moto GP), como fijo entre los operadores interesados. A estos efectos recuerda que los operadores de televisión no tienen limitaciones, a diferencia de Telefónica, en la adquisición de contenidos, por lo que el acceso superior del 50% a los contenidos de la entidad resultante sería una medida desproporcionada. En definitiva, concluye que la obligación contenida en este compromiso permite a los operadores de televisión de pago el acceso a un número suficiente de canales como para competir en el mercado a la vez que no limita ni desincentiva la capacidad de Telefónica, ni de ningún otro operador, de invertir para diferenciarse.

QUINTO.- Por su parte, la representación procesal de TELEFÓNICA DE CONTENIDOS, S.A.U. ("Telefónica"), en su escrito de constatación a la demanda, denuncia la ausencia de examen global del conjunto de compromisos asumidos por telefónica, la incorrecta interpretación de los requisitos que deben cumplir los compromisos y de los objetivos perseguidos por la normativa de control de concentraciones y rechaza que la ausencia de eficiencias debería conducir a la prohibición de la operación y que se haya vulnerado el derecho europeo de la competencia invocado por Vodafone.

Defiende la adecuación y suficiencia de los compromisos para resolver todos los problemas de competencia detectados como consecuencia de la concentración.

Por lo demás, afirma que los hechos acontecidos con posterioridad a la autorización de la operación confirman la aptitud, idoneidad y suficiencia de los compromisos para compensar los supuestos problemas de competencia identificados por la dirección de competencia y la existencia de una intensa competencia efectiva en el mercado tras la operación de concentración.

Para avalar sus manifestaciones y desvirtuar el informe pericial aportado por la recurrente, aporta informe pericial elaborado por la consultora económica Compass Lexecon en el que se sientan las siguientes conclusiones:

i. La estructura dual del Modelo (con un CMG y un CPA) está justificada desde un punto de vista económico y tiene por objeto redistribuir el riesgo de demanda y mitigar problemas de riesgo moral. Contrariamente a lo sostenido en el Informe de NERA, el Modelo no impide a los Operadores aumentar sus beneficios cuando aumentan sus abonados ni desincentiva la captación de abonados. Además, esta estructura ha sido la habitual en contratos de este tipo en España.

ii. El diseño del CMG en función de cuotas de mercado potencial está justificado, en primer lugar, por garantizar que en un contexto en el que el número de abonados no permite cubrir los costes de adquisición de los contenidos, los operadores tienen incentivos a expandir el mercado mediante la captación de abonados. Además, un CMG como el que se define en el Modelo Económico es consistente con la caracterización que tanto la Resolución como el propio Informe de NERA realizan de los contenidos deportivos *premium* como contenidos esenciales para competir en el mercado de la televisión de pago y en el mercado de la banda ancha.

Por otro lado, en lo que se refiere al carácter excesivo de los precios sostiene que, el ejercicio de simulación realizado por el Informe de NERA se basa en supuestos incorrectos y cálculos erróneos. Que la comparación de los contratos de DTS y de Mediapro tampoco es correcta, en la medida en que no se ha llevado a cabo un ejercicio adecuado de homogeneización de las bases de comparación, no se ha tenido en cuenta el número correcto de abonados de Vodafone/Ono ni su incremento en los últimos años y que tampoco estos ejercicios permiten calificar los precios de Telefónica como excesivos de acuerdo con la jurisprudencia aplicable (apartado 6.4 del Informe de Compass).

Añade que el test de replicabilidad no contiene ningún error fundamental. De hecho, la utilización del CPA teórico es la única que tiene sentido desde un punto de vista económico (apartado 6.5 del Informe).

SEXTO. - Con carácter previo a examinar los motivos de impugnación articulados en la demanda, resulta imprescindible determinar cuál sea el alcance del control jurisdiccional sobre las concentraciones económicas y las decisiones adoptadas por la autoridad de competencia sobre esta materia, para lo que debemos partir de la normativa que la regula.



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

Señala el artículo 10, bajo la rúbrica "*C riterios de valoración sustantiva*", lo siguiente:

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

- a) la estructura de todos los mercados relevantes,*
 - b) la posición en los mercados de las empresas afectadas, su fortaleza económica y financiera,*
 - c) la competencia real o potencial de empresas situadas dentro o fuera del territorio nacional,*
 - d) las posibilidades de elección de proveedores y consumidores, su acceso a las fuentes de suministro o a los mercados,*
 - e) la existencia de barreras para el acceso a dichos mercados,*
 - f) la evolución de la oferta y de la demanda de los productos y servicios de que se trate,*
 - g) el poder de negociación de la demanda o de la oferta y su capacidad para compensar la posición en el mercado de las empresas afectadas,*
 - h) las eficiencias económicas derivadas de la operación de concentración y, en particular, la contribución que la concentración pueda aportar a la mejora de los sistemas de producción o comercialización, así como a la competitividad empresarial, y la medida en que dichas eficiencias sean trasladadas a los consumidores intermedios y finales, en concreto, en la forma de una mayor o mejor oferta y de menores precios.*
- 2. En la medida en que la creación de una empresa en participación sujeta al control de concentraciones tenga por objeto o efecto coordinar el comportamiento competitivo de empresas que continúen siendo independientes, dicha coordinación se valorará en función de lo establecido en los artículos 1 y 2 de la presente Ley.*
- 3. En su caso, en la valoración de una concentración económica podrán entenderse comprendidas determinadas restricciones a la competencia accesorias, directamente vinculadas a la operación y necesarias para su realización.*

(...)".

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

En ella se dice lo siguiente:

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

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

(...)

3.- La presente Comunicación establece los principios generales aplicables a las soluciones aceptables para la Comisión, los principales tipos de compromisos que pueden ser aceptados por la Comisión en los casos contemplados por el Reglamento de concentraciones, los requisitos concretos que las propuestas de



compromisos deben cumplir en ambas fases del procedimiento, y los principales requisitos para la aplicación de los compromisos. En cualquier caso, la Comisión tendrá debidamente en cuenta las circunstancias particulares de cada caso individual".

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

"4. Con arreglo al Reglamento de concentraciones, la Comisión evaluará la compatibilidad de una concentración notificada con el mercado común sobre la base de su efecto en la estructura de competencia en la Comunidad. La evaluación de la compatibilidad con arreglo al artículo 2, apartados 2 y 3, del Reglamento de concentraciones, tiene por fin determinar si una concentración obstaculizaría significativamente la competencia efectiva en el mercado común o en una parte sustancial de él como consecuencia, en particular, de la creación o el fortalecimiento de una posición dominante. Una concentración que impida considerablemente la competencia efectiva tal como se ha descrito anteriormente es incompatible con el mercado común y la Comisión debe prohibirla. Para la creación de una empresa en participación, la Comisión también examinará la concentración de conformidad con el artículo 2, apartado 4, del Reglamento de concentraciones. Los principios establecidos en la presente Comunicación también se aplicarán por lo general a las soluciones presentadas para eliminar los problemas de competencia detectados con arreglo al artículo 2, apartado 4.

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

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

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

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



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

Precisamente a las condiciones básicas que han de reunir los compromisos que la Comunicación denomina aceptables dedica sus apartados siguientes, 9 a 14, y a la conveniencia de los diferentes tipos de soluciones, los apartados 15 a 17, donde distingue entre las cesiones, otras soluciones estructurales, tales como la concesión de acceso a infraestructura clave o a insumos con carácter no discriminatorio, y los compromisos relativos al comportamiento futuro de la entidad procedente de la concentración. Para concluir que *"Los compromisos de cesión son la mejor manera de eliminar los problemas de competencia que resultan de solapamientos horizontales, y pueden también ser el mejor medio para resolver los problemas de orden vertical o derivados de un conglomerado. Otros compromisos estructurales pueden ser adecuados para resolver todo tipos de problemas si dichas soluciones son equivalentes a cesiones en sus efectos, tal como se explica más pormenorizadamente en el apartado 61 y ss. Los compromisos relativos al comportamiento futuro de la entidad procedente de la concentración pueden ser aceptables sólo excepcionalmente en circunstancias muy concretas. En particular, los compromisos que consisten en no subir los precios, no reducir las gamas de productos o suprimir marcas, etc., no eliminarán por lo general los problemas de competencia derivados de solapamientos horizontales. En cualquier caso, esos tipos de soluciones sólo podrán aceptarse excepcionalmente si se garantiza plenamente su factibilidad mediante una aplicación y una supervisión efectivas con arreglo a las consideraciones establecidas en los apartados 13-14, 66 y 69, y si no existe el riesgo de que produzcan efectos distorsionadores en la competencia"*.

La sentencia del Tribunal Supremo de 7 noviembre 2005, recurso núm. 37/2003, si bien respecto de la anterior Ley 16/1989, de 17 de julio, hace relevantes consideraciones que permiten enfocar la cuestión de un modo más preciso, y así señala en su fundamento jurídico cuarto lo siguiente:

"I. La Exposición de Motivos de la Ley 16/89, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia señala que, "la competencia, como principio rector de la economía de mercado, representa un elemento consustancial al modelo de organización económica de nuestra sociedad y constituye, en el plano de las libertades individuales, la primera y más importante forma en que se manifiesta el ejercicio de la libertad de empresa. La defensa de la competencia, por tanto, de acuerdo con las exigencias de la economía general y, en su caso, de la planificación, ha de concebirse como un mandato a los poderes públicos que entronca directamente con el art. 38 de la Constitución".

Como indica la sentencia del Tribunal Constitucional 208/1999, de 11 de noviembre, "la LDC establece un conjunto de intervenciones de los poderes públicos para evitar aquellas prácticas y situaciones que puedan afectar o dañar seriamente a un elemento tan decisivo en la economía de mercado como es la concurrencia entre empresas, apareciendo así la defensa de la competencia como una necesaria defensa, y no como una restricción, de la libertad de empresa y de la economía de mercado, que se verían amenazadas por el juego incontrolado de las tendencias naturales de éste (STC 88/1986, fundamento jurídico 4º). Y estas intervenciones, obvio es, inciden sobre las relaciones jurídico-privadas de los empresarios mercantiles, ya que, como se dijo tempranamente en la STC 37/1981, fundamento jurídico 3º, toda la actividad económica y, dentro de ella, la actividad que, en el sentido más amplio, podemos designar como actividad mercantil, aparece disciplinada hoy en las sociedades que siguen el modelo de la economía de mercado, por un conjunto de normas en donde se mezclan de manera inextricable el Derecho público y el Derecho privado".

Y añade, más adelante:

"La defensa de la competencia constituye, a la vez, un presupuesto y un límite necesario de la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado, reconocida en el art. 38 CE. Como dijimos en la tan citada STC 88/1986 el reconocimiento de la economía de mercado por la Constitución, como marco obligado de la libertad de empresa, y el compromiso de proteger el ejercicio de ésta -art. 38, inciso segundo- por parte de los poderes públicos supone la necesidad de una actuación específicamente encaminada a defender tales objetivos constitucionales. Y una de las actuaciones que pueden resultar necesarias es la consistente en evitar aquellas prácticas que puedan afectar o dañar seriamente a un elemento tan decisivo en la economía de mercado como es la concurrencia entre empresas, apareciendo así la defensa de la competencia como una necesaria defensa, y no como una restricción, de la libertad de empresa y de la economía de mercado, que se verían amenazadas por el juego incontrolado de las tendencias naturales de éste.

En este marco constitucional, en el que debe incluirse también sin lugar a dudas el control de concentraciones, juega un papel decisivo la intervención de las autoridades de la competencia, cuya función es, conforme a los artículos 14 a 17 de la Ley de Defensa de la Competencia, la de verificar si el proyecto puede obstaculizar el mantenimiento de la competencia efectiva en el mercado por sus efectos previsibles o constatados, y,



en caso afirmativo, o bien declararla improcedente si se demuestra que la restricción de la competencia es de tal intensidad que impedirá que en los mercados relevantes afectados por la operación se produzca una concurrencia real entre operadores, o bien declararla procedente si se llega al convencimiento de que a pesar de los efectos restrictivos, la concentración contribuye a la mejora de los sistemas de producción o comercialización, al fomento del progreso técnico o económico, a la competitividad internacional de la industria nacional o "a los intereses de los consumidores o usuarios".

La interpretación conjunta de estos preceptos permite afirmar que una operación de concentración que produzca esos efectos beneficiosos puede ser autorizada, aunque restrinja la competencia, si tales efectos tienen importancia hasta el punto de que la hacen conveniente a pesar de los efectos restrictivos. El establecimiento de condiciones iría dirigido, de un lado, a paliar los efectos restrictivos de la competencia en los mercados afectados por la operación, y, de otro, a facilitar que los efectos beneficiosos se hagan realidad. En definitiva, en el desiderátum beneficio/perjuicio, se opta por el primero, aún a conciencia de que el segundo se produce, si bien se repara con la adopción de determinadas condiciones, que "compensen los efectos restrictivos" y a la vez garantizan que la operación aporte algo al progreso económico y social, a modo de equilibrio entre dichos factores".

(...)

El mero aumento del poder significativo en el mercado de las empresas concentradas no era definitorio de la prohibición. Debe tenerse presente que toda concentración de empresas implica por la simple adición de porcentajes el aumento del peso significativo de la resultante, pero este mayor poder no supone necesariamente que la competencia quede impedida en el sector de mercado de que se trate, pues en él continuarán los restantes operadores y los futuros que puedan acceder al mismo. El régimen de control de estas concentraciones supone en sí mismo la posibilidad de su permanencia, pues en caso contrario, hubiese sido más fácil al legislador establecer su prohibición absoluta. El que no lo haya hecho así se debe sin duda a que ello, aparte de que equivaldría a una restricción inaceptable de la libertad de empresa, impediría aprovechar los efectos beneficiosos que de una concentración pueden derivar para la economía y el bienestar de los ciudadanos.

(...)

III. En una inicial apreciación parece que entre las dos posibilidades que prevén los apartados b) y c) del artículo 17 de la Ley de Defensa de la Competencia es menos restrictiva con la libertad de empresa la aprobación con condiciones que el rechazo frontal de la operación. Esta última únicamente cabe acordarla cuando a través de las condiciones sea imposible compensar los efectos restrictivos de la competencia. El determinar cuándo se da esta imposibilidad y cuando no, así como cuáles sean las condiciones que aplicar en este último supuesto, es cuestión que corresponde al Gobierno, que en este campo actúa con criterios de discrecionalidad, pudiendo elegir entre diversas soluciones aquella que considere más adecuada a la consecución de los objetivos propuestos. Se trata, pues, de una apreciación subjetiva en que su criterio prevalece sobre las particulares opiniones de las partes, en la que los Tribunales no pueden intervenir, si no es a través de los mecanismos que el ordenamiento jurídico establece para el control de la discrecionalidad, y, en cualquier caso, sin que puedan sustituir ese contenido discrecional del acto, por así disponerlo el artículo 71.2 de la Ley Jurisdiccional. Ello no significa que la discrecionalidad sea tan absoluta que permita la arbitrariedad, pues como señala la sentencia de esta Sala de 2 de abril de 2002 (caso Prosegur/Blindados del Norte), "La validez, en principio, de esta modalidad de Acuerdos condicionados no excluye, como es lógico, el análisis de cada una de las condiciones impuestas, a fin de examinar la conformidad a derecho de su contenido". En el mismo sentido se manifiesta la sentencia de 9 de junio de 2000 (caso Unión Radio), al indicar que se trata de "un acto administrativo cuyo control jurisdiccional se atribuye en nuestro ordenamiento jurídico a los órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa".

El Gobierno, a través de la motivación del acto, bien directamente, bien mediante la remisión a los informes emitidos por los órganos competentes, expresará cuales han sido los criterios que ha seguido para tomar su decisión, y si de ellos se deduce que ésta no ha sido arbitraria, irracional o fundada en error manifiesto, no puede esta Sala declarar su invalidez. Es esta también la postura que en relación con los acuerdos sobre concentraciones adoptados por la Comisión Europea ha mantenido el Tribunal de Primera Instancia en sus sentencias de 6 de junio de 2002 (apartados 26 y 32) y 30 de septiembre de 2003 (apartado 119). El primordial examen es, en consecuencia, determinar si las medidas son, desde un punto de vista racional y no arbitrario, adecuadas para restablecer la competencia, o al menos suficientes para minimizar los efectos perjudiciales que la concentración produce en ella, y, si la operación puede redundar en beneficio de los consumidores. Si este objetivo se logra a través de las condiciones, hay que declarar la validez del acuerdo.



IV. El control de concentraciones y la subsiguiente imposición de limitaciones tiende a evitar los irreversibles efectos anticompetitivos que de inmediato una operación de concentración implica con los consiguientes daños irreparables para el mercado. Es una institución claramente diferenciada, por un lado, de las prácticas anticompetitivas art. 1 y, por otro, del abuso de posición dominante (art. 6) que se persiguen mediante el régimen de sanciones previsto en los artículos 9 y siguientes de la Ley. Por esta razón, no tienen fundamento los argumentos en los que se aduce que los controles "ex post" cumplen suficientemente la finalidad que las condiciones impuestas tratan de precaver, pues ello supondría desconocer la necesidad de una institución que actúa en forma preventiva para evitar los daños que se puedan producir al mercado, y que en la lucha "anti trust" ha sido implantada en las economías avanzadas desde la Sherman Act de 1890 y la Clayton Act de 1914, y que en el entorno europeo encuentra su reflejo en los artículos 85 a 94 del TCE.

Tampoco lo tienen los que mantienen la ilegalidad de los acuerdos porque no mejoran el "estatus quo" previo a la concentración. La finalidad del control de las concentraciones es la de evitar los efectos restrictivos de la competencia derivados de la concentración, pero no hacer desaparecer los límites competenciales ya existentes, generados normalmente en beneficio del primer entrante en compensación a su aventura de crear un mercado cuya potencialidad es ignorada en el momento inicial, y que puede incluso llevarle al fracaso. Bien es verdad que, si además se consigue esa mejora, ello no será superfluo, pero en ningún caso podrá tacharse de irregular una condición que no persiga este objetivo, pues lo suyo es evitar que la restricción sea mayor a la existente, y no establecer elementos regulatorios que atenten contra la libertad de mercado, cambiando su funcionamiento normal.

En fin, tampoco debe considerarse prevalente una condición estructural sobre otra de comportamiento. Es cierto que la Comisión Europea suele dar preferencia a las medidas estructurales en orden a compensar las restricciones a la competencia. Ahora bien, esto, que pudiera ser un criterio orientativo, no puede imponerse con carácter absoluto en el sistema español de concentraciones, conforme al cual, como se dijo anteriormente, debe ser enjuiciada la operación...

(...)

Por último, la autorización de la concentración no está subordinada al posible aumento del poder de mercado de los operadores como consecuencia de la operación, sino más bien a la restricción de la competencia que tal aumento puede ocasionar. La posición dominante, en sí misma considerada, no es ilegítima, y puede deberse al efecto expansivo de una gestión eficiente. Prohibirla sería tanto como impedir el éxito de una empresa, frente al fracaso de otras. Se trata únicamente de impedir que ese poder se incremente hasta el extremo de hacer imposible la competencia, y a esto tiende el sistema de control de concentraciones".

El Tribunal de Primera Instancia de la UE, en sentencia de 3 de abril de 2003, asunto T342/00 (Petrolesence SA, Société de Gestión de Restauration Routi re SA), declara también que,

"101. Según reiterada jurisprudencia, las normas materiales del Reglamento n. 4064/89 y, en particular, su artículo 2, relativo a la apreciación de las operaciones de concentración, confieren a la Comisión cierta facultad de apreciación, especialmente por lo que respecta a las apreciaciones de orden económico. Por consiguiente, el control por parte del juez comunitario del ejercicio de dicha facultad, que es esencial a la hora de aplicar las normas en materia de concentraciones, debe efectuarse teniendo en cuenta el margen de apreciación inherente a las normas de carácter económico que forman parte del régimen de las concentraciones (véanse las sentencias antes citadas Francia y otros/Comisión, apartados 223 y 224, y Gencor/Comisión, apartados 164 y 165, y la sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 6 de junio de 2002, Airtours/Comisión, T-342/99, Rec. p. II-2585, apartado 64). De ello se desprende que el control ejercido por el juez comunitario sobre las apreciaciones complejas de orden económico realizadas por la Comisión en el ejercicio de la amplia facultad de apreciación que le otorga el Reglamento n. 4064/89 debe limitarse a comprobar el respeto de las normas de procedimiento y de motivación, la exactitud material de los hechos, la falta de error manifiesto de apreciación o de desviación de poder. En particular, no corresponde al Tribunal de Primera Instancia sustituir la apreciación de orden económico de la Comisión mediante la suya propia".

SÉPTIMO. - Los argumentos que se esgrimen en la demanda combaten la suficiencia y adecuación de los compromisos para solventar los problemas de competencia que detecta la propia CNMC, cuya decisión, a juicio de la recurrente vulnera los artículos 10, 58 y 59 de la Ley de Defensa de la Competencia, es inmotivada y arbitraria.

Dicho lo anterior, cumple manifestar que la Resolución de 22 de abril de 2015 del Pleno del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia declara que: " El conjunto de los compromisos propuestos por TELEFÓNICA el 14 de abril de 2014 resulta suficiente y proporcionado para compensar los riesgos de obstaculización de la competencia efectiva, derivados de la operación de concentración TELEFÓNICA/DTS que se habían detectado y quedaron recogidos en el PCH.Y añade que, tal como expresa la



DC en su Informe Propuesta, la valoración de los compromisos presentados por TELEFÓNICA debe realizarse teniendo en cuenta una visión de conjunto, pues la efectividad de los mismos está a su vez ligada a la implementación de todos y cada uno de ellos, todo ello sin perjuicio de la valoración individualizada de cada uno de los distintos compromisos presentados que realiza la DC con el objetivo de lograr una evaluación precisa de cada de ellos".

Es conveniente indicar que el informe propuesta de la Dirección de Competencia en el que se sustenta la resolución recurrida lleva a cabo una detallada valoración de la operación de concentración y concluye que "la operación de concentración notificada afecta negativamente y de forma significativa a la competencia efectiva en los mercados minoristas de televisión de pago y de comunicaciones electrónicas así como en los mercados mayoristas de comercialización de contenidos audiovisuales por lo que la operación de concentración, sin la aplicación de compromisos o condiciones, obstaculiza el mantenimiento de la competencia efectiva en los mercados considerados". Y añade en su apartado 1013 que "si bien esta Dirección de Competencia concuerda plenamente con la gravedad de los efectos perniciosos para la competencia efectiva y potencial de la operación de concentración notificada, también considera que es factible restituir la situación competitiva preexistente, como se analizará en los siguientes apartados, mediante un conjunto de remedios adecuados, que de forma aislada podrán no ser eficaces en cada uno de los mercados afectados, pero tomados en su conjunto si pueden asegurar que se salvaguarda la dinámica competitiva preexistente".

Así las cosas, en el caso examinado la CNMC, en ejercicio de su potestad discrecional, ha optado por la segunda de las posibilidades que prevén los apartados b) y c) del artículo 17 de la Ley de Defensa de la Competencia, por entender que es menos restrictiva con la libertad de empresa la aprobación de la concentración con condiciones que el rechazo frontal de la operación, que únicamente puede ser acordado cuando a través de las condiciones sea imposible compensar los efectos restrictivos de la competencia. Esta decisión es conforme con la jurisprudencia citada en el anterior Fundamento. Además, debemos reiterar que el mero aumento del poder significativo en el mercado de las empresas concentradas no es definitorio de la prohibición siempre que ese poder no suponga necesariamente que la competencia quede impedida en el sector de mercado de que se trate, lo que no acontece en el caso examinado por cuanto en él continuarán los restantes operadores y los futuros que puedan acceder al mismo.

Dicho lo anterior, nos corresponde examinar si la decisión adoptada por la CNMC y las medidas a las que ha subordinado la aprobación de la concentración son, desde un punto de vista racional y no arbitrario, adecuadas para restablecer la competencia, o al menos suficientes para minimizar los efectos perjudiciales que la operación produce en ella.

OCTAVO. - Pues bien, en el desarrollo de su propuesta, la Dirección de Competencia examina estas condiciones (compromisos) y los valora de forma individual y en su conjunto, analizando la idoneidad o mejor procedencia de otro tipo de compromisos sugeridos por los interesados en el expediente, para terminar, rechazando de forma motivada estas alternativas.

En concreto, examina los compromisos encaminados a asegurar el acceso, en condiciones competitivas, de los competidores existentes y potenciales de Telefónica a contenidos audiovisuales individuales y canales para configurar una programación televisiva que les permita competir efectivamente en el mercado de la televisión de pago y dentro de ellos los atinentes a las limitaciones impuestas a Telefónica para la adquisición en exclusiva de contenidos audiovisuales individuales no deportivos, deportivos y de canales de televisión editados por terceros operadores (Apartados 1024 a 1077), así como los compromisos relacionados con la oferta mayorista de canales propios de Telefónica (Apartados 1078 a 1122), rechazando las propuesta alternativas formuladas por los operadores interesados en el expediente y en concreto, las referentes a la ampliación de las limitaciones impuestas a Telefónica para adquirir en exclusiva contenidos audiovisuales por consideradas desproporcionadas y excesivas, si bien resuelve que las exclusividades de los contratos referidos a contenidos deportivos (compromiso 2.4) deben ser admitidas para cualquier modalidad de emisión tal como viene produciéndose hasta ahora, con el fin de permitir a la entidad resultante cierta diferenciación respecto de sus competidores, al igual que con las exclusividades anteriormente mencionadas en relación con los derechos de contenidos no deportivos para la emisión lineal y SVOD de estreno, y en particular para rentabilizar los elevados importes que se pagan por los mismos, pero obligando a la entidad resultante a poner a disposición del resto de operadores dichos contenidos a través de una oferta mayorista de canales editados por la entidad resultante que incluyen contenidos premium, que prohibir las exclusividades, con el riesgo de que se establezcan exclusividades de facto y los desincentivos a la diferenciación entre los operadores.

En cuanto a los canales de televisión de pago editados por terceros, sostiene la Dirección de competencia que con los compromisos propuestos se resuelven las preocupaciones puestas de manifiesto por algunos operadores sobre el riesgo de que queden excluidos canales que actualmente se distribuyen a través de las plataformas de las partes, por falta de capacidad o por su reducida audiencia, así como el riesgo de que se



empeoren las condiciones en las que actualmente se adquieren dichos canales y que también se resuelven los potenciales problemas de denegación de acceso a los clientes de TELEFÓNICA a los canales de terceros, sin que sea necesario el establecimiento de obligaciones de configuración de una oferta mayorista, en la medida que las negociaciones de la entidad resultante con los terceros editores suelen ser muy casuísticas, por lo que es más eficaz el establecimiento de unos principios generales de negociación, así como la utilización del mecanismo de arbitraje como vía de resolución de los conflictos que puedan surgir. Además, considera innecesaria y una injerencia excesiva en la estrategia comercial de la entidad resultante, establecer reglas sobre los canales que deben incluirse en los paquetes comercializados a nivel minorista por la citada entidad.

Rechaza la Dirección General las alegaciones de algunos operadores que ponían de manifiesto que DTS y TELEFÓNICA habrían invertido en los últimos meses en la adquisición "preventiva" de contenido cinematográfico en exclusiva, anticipándose a las obligaciones que la entidad resultante tendría que asumir en este ámbito, con lo que el compromiso que limita las adquisiciones en exclusiva quedaría vacío de contenido al haberse visto fuertemente reducida la oferta para el resto de competidores, por lo que TELEFÓNICA debería de rescindir unilateralmente dichos contratos que contuvieran cláusulas contrarias a las obligaciones asumidas, ya que las majors no tienen incentivo alguno a acogerse a la posibilidad de su modificación.

Estima la Propuesta Informe que no es posible aplicar una obligación de ese tipo, pues se estarían imponiendo obligaciones y se causarían perjuicios a las contrapartes de dichos contratos, que son ajenas a TELEFÓNICA y a las que no se pueden imponer obligaciones vía este procedimiento de control de concentraciones. Y añade que una parte significativa de estos contratos, en la medida que afecten a contenidos que se han definido como premium, estarían cubiertos por la oferta mayorista de canales de TELEFÓNICA, lo que aseguraría que los mismos también puedan ser explotados por terceros competidores si se acogen a dicha oferta mayorista y que TELEFÓNICA se ha comprometido, en relación con los contenidos exclusivos premium para emisión en SVOD, que para el caso de que esta renegociación no fructifique, ofrecerá en sus canales lineales objeto de la oferta mayorista dichos contenidos premium, incorporando en la medida que lo permitan los contratos actualmente vigentes un servicio de catch-up, garantizando que así forman parte de la oferta mayorista. Así concluye que con las prohibiciones y limitaciones que fija este compromiso se trata de abrir ventanas de oportunidad en los mercados de comercialización de contenidos para la entrada y expansión de aquellos competidores que pretendan diferenciarse de la oferta de televisión de pago de la entidad resultante y que, adicionalmente, mediante la oferta mayorista de canales propios premium se pretende proteger la dinámica actual competitiva de la manera más eficaz, más beneficiosa para los consumidores y menos distorsionadora de la competencia y de los incentivos a competir de los distintos operadores.

NOVENO.- Especial atención presta la recurrente a los compromisos relacionados con el mercado de edición y comercialización mayorista de canales deportivos Premium y, más específicamente, al "Modelo Económico" que define las condiciones de la venta mayorista de estos canales, interesando que se anule el Anexo 1, apartado 1.1, de los Compromisos relativo al modelo de Oferta Mayorista aplicable a Fútbol, Fórmula 1 y Moto GP, y que se aplique a todos los canales el modelo previsto en el Anexo 1, apartado 1.2 de los Compromisos o que, subsidiariamente, se anule el Anexo 1, apartado 2, de los Compromisos en tanto en cuanto establece que de existir un Coste Mínimo Garantizado, el análisis de replicabilidad se realice siempre sobre los CPA aplicados conforme a lo señalado en el apartado 1.1.b) del Anexo 1, y no sobre los precios medios efectivos resultantes de dividir el Coste Mínimo Garantizado entre los abonados mensuales medios efectivos del canal a lo largo de un año de contratación.

Para fundamentar su pretensión, aporta informe pericial confeccionado por NERA Economic Consulting sobre la valoración de los compromisos relacionados con el mercado de edición y comercialización mayorista de canales deportivos Premium y, específicamente, sobre el "Modelo Económico" que define las condiciones de la venta mayorista de estos canales.

Recordemos que en el informe Propuesta de la Dirección de la Competencia al que se remite la resolución recurrida y que, por tanto, integra la motivación de ésta, se consigna que:

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

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

(1103) Así, para los canales cuyos contenidos tienen un coste fijo de adquisición muy elevado (fútbol y motor) se establecerá un coste mínimo garantizado, que obedece al objetivo de compartir el mayor coste y riesgo que

asume la entidad resultante en la adquisición de estos derechos, cuyos precios incrementales minoristas en principio no permiten la recuperación de sus costes fijos, dada la penetración que tienen estos canales.

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

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

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

(1112) En el caso del segmento no residencial, el coste por abonado (CPA) se calculará conforme al criterio "retail minus" sobre el precio minorista aplicado por TELEFÓNICA al canal correspondiente, en la medida que cualquier otro sistema podría impedir la discriminación de precios minorista entre ambos tipos de clientes, algo necesario cuando el canal no residencial suele desincentivar la contratación del canal en el segmento residencial, pues un elevado número de potenciales clientes en lugar de abonarse a una televisión de pago, recurren a ver los acontecimientos deportivos, especialmente el fútbol, en establecimientos públicos.

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

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

El Anexo I de la Resolución recoge los principios y términos de la oferta de servicio mayorista de canales de televisión y modalidad SVOD, consignando de forma literal, lo que sigue:

" 1) Determinación preliminar de los precios de cada canal.

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

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

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

a) Coste Mínimo Garantizado

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

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



- Cuota de abonados recurrentes de televisión de pago: El 75% de este coste fijo se repartirá en base al porcentaje de abonados de televisión de pago que dicho operador de televisión de pago tenga en el primer día del último mes de la temporada anterior al comienzo de la temporada de los eventos deportivos incluidos en dicho canal, en relación con el conjunto de abonados de televisión de pago que Telefónica y que los operadores de televisión de pago que adquieran el canal tengan en ese mismo día.
- Cuota de accesos de banda ancha fija comercializados aptos para servicios de televisión de pago: El 20% de este coste fijo se repartirá en base al porcentaje de accesos de banda ancha fija que dicho operador de televisión de pago tenga en servicio y sean aptos para ofrecer servicios de televisión de pago (velocidad mínima garantizada de seis (6) Mbps) en el primer día del último mes de la temporada anterior al comienzo de la temporada de los eventos deportivos incluidos en dicho canal, en relación con el conjunto de accesos de banda ancha fija que Telefónica y que los operadores de televisión de pago que adquieran el canal tengan en servicio y sean aptos para ofrecer servicios de televisión de pago (velocidad mínima garantizada de seis (6) Mbps) ese mismo día.
- Cuota de accesos de televisión de pago potenciales: El 5% de este coste fijo se repartirá en base al mercado potencialmente accesible en España que dicho operador de televisión de pago pueda disfrutar en función de la modalidad tecnológica de prestación de servicios de televisión de pago por la que haya optado en relación con el total de hogares de España.

Para Telefónica, para cualquier operador por satélite y para cualquier operador que explote el canal a través de la Televisión Digital Terrestre, se considerará el total de hogares de España, conforme a la última información publicada por el Instituto Nacional de Estadística en el primer día del último mes de la temporada anterior al comienzo de la temporada de los eventos deportivos incluidos en dicho canal.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

d) Costes ajenos a/os contenidos y a la producción del canal

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

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

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

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

A partir de estos costes se calculará un coste medio por abonado, teniendo en cuenta el número de abonados medios al canal en el año anterior (tanto los abonados directos de Telefónica como los abonados Indirectos



a través de la oferta mayorista), o una estimación razonable de los abonados medios previsibles (directos e indirectos) que tendrá el canal en el año en curso.

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

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

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

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

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

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

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

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

2) Análisis de replicabilidad

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

La Dirección de Competencia, en la Propuesta-Informe recoge que este sistema ha sido criticado por la mayoría de operadores de televisión de pago, que pretenden hacer recaer todo el riesgo de la inversión en la entidad resultante, o establecer sistemas de reparto de riesgo basados en el número de abonados minoristas a los contenidos afectados, que desincentivan la captación de estos abonados minoristas (apartado 1105) pero defiende el Modelo afirmando que el sistema de reparto de estos riesgos debe incentivar a los competidores de TELEFÓNICA a crecer en número de abonados a estos canales y no al mantenimiento de las estrategias defensivas de comercialización de los canales que incluyen estos tipos de contenidos, que hacen que en la actualidad la penetración en la base de abonados de terceros operadores de los canales que incluyen fútbol nacional sea muy reducida, no llegando al 15% de la base de abonados de cada operador (apartado 1106). Y añade que no es razonable prohibir a TELEFÓNICA conocer el número de abonados de otros operadores al canal, porque es una variable necesaria para calcular el coste imputado a cada operador, el precio variable y efectuar los análisis de replicabilidad.

Por lo demás rechaza las propuestas de algunos operadores personados en el expediente de concentración que defendían que el análisis de replicabilidad debería realizarse ex ante, siendo la CNMC la que dé luz verde a cada oferta minorista. A estos efectos considera que esta medida sería desproporcionada para el presente caso, en la medida que el número de ofertas minoristas afectadas puede ser muy elevado y la carga administrativa sería excesiva, tanto para TELEFÓNICA como para la CNMC, siendo suficiente, para asegurar la efectividad de estos compromisos, la obligación implícita de TELEFÓNICA de autoevaluarse para evitar incumplir los compromisos de replicabilidad asumido, sin perjuicio de la capacidad de intervención de la CNMC con los instrumentos que dan los compromisos y la LDC, para poner fin a un posible incumplimiento en cuanto lo detecte de oficio o a raíz de una denuncia (Apartados 1114 a 1116)

DÉCIMO.- Respecto del modelo económico recogido en los compromisos, en el informe pericial aportado por la recurrente se cuestiona que el Coste por Abonado (CPA) no se calcule en función del número real total de abonados al canal, sino de una estimación que debe realizar Telefónica antes del inicio de la temporada y que el "Triple Test de Replicabilidad" se describa de forma muy superficial sobre un precio mayorista ficticio que los operadores alternativos seguramente no pagarán y que, en todo caso, será inferior a los precios mayoristas reales medios pagados por los operadores alternativos. También se cuestiona la estimación del número total de abonados para canales deportivos Premium utilizada para calcular los CPAs.

Sostiene que el Modelo Económico propuesto en los Compromisos no elimina los obstáculos para la competencia efectiva identificados por la CNMC y que, por el contrario, conduce a una situación competitiva peor que la anterior al introducir restricciones adicionales que impiden que operadores alternativos puedan competir con Telefónica de manera efectiva en la oferta de canales deportivos Premium. Añade que lo expuesto es particularmente preocupante si se tiene en cuenta que se trata de contenidos esenciales para poder ser competitivo en el mercado de televisión de pago y, por extensión, en los mercados de las comunicaciones electrónicas, -en los que Telefónica goza ya de ventajas competitivas significativas-, a través de ofertas convergentes.

Continúa señalando que el Modelo Económico distribuye asimétricamente y de manera desproporcionada y discriminatoria el riesgo entre Telefónica y los operadores alternativos y que, en particular, repercute en estos últimos el riesgo de que haya una baja demanda, sin permitirles apropiarse de todos los beneficios de la captación de más abonados (en particular, los que pudiera quitarle a Telefónica), lo que se traduce en unos precios mayoristas excesivos que permiten a Telefónica generar unos beneficios extraordinarios y que sobrepasan significativamente los que implícitamente afrontaría la filial de Telefónica, así como los precios en el mercado minorista, lo que implica que los operadores alternativos deben incurrir en fuertes pérdidas no sostenibles en el tiempo si desean comercializar estos canales.

Afirma que la estructura de precios mayoristas depende de parámetros que no son los adecuados al no reflejar el mercado real (sino un mercado potencial, discriminatorio en perjuicio de los operadores alternativos) de consumo de contenidos deportivos Premium que son el objeto de la comercialización y que, como



consecuencia de esto, los precios a los que los operadores alternativos han tenido que hacer frente para adquirir los contenidos en 2015 son significativamente superiores a los de los años anteriores(Contrato con DTS en 2012-2015 y con Mediapro en 2009-2012).

Y, por lo que se refiere a los Test de Replicabilidad, se afirma en el informe pericial que contienen un grave error conceptual al sugerir que se utilicen unos precios mayoristas ficticios que son significativamente menores a los que realmente se enfrentaría un operador alternativo y que además, contienen errores metodológicos y omisiones que contribuyen a su ineffectividad para garantizar la eliminación de los obstáculos para el mantenimiento de la competencia efectiva para que operadores alternativos puedan competir eficazmente con la entidad resultante de la operación.

Por todo lo expuesto concluye que el Modelo Económico propuesto en los compromisos tendrá un efecto contrario al esperado y que desincentiva el crecimiento de operadores alternativos, así como la entrada de nuevos competidores potenciales, como consecuencia de la creación de barreras a la expansión de operadores alternativos y de la expulsión de operadores existentes del mercado de consumo de contenidos deportivos Premium.

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

Pues bien, efectuado el examen del referido informe pericial, la Sala considera que no ha evidenciado que la Resolución impugnada haya incurrido en un error manifiesto, arbitrariedad o desviación de poder en el marco del análisis prospectivo de los efectos de la operación de concentración y, en concreto, respecto del "Modelo Económico" que define las condiciones de la venta mayorista de canales deportivos Premium, limitándose a cuestionar los criterios adoptados y a plantear soluciones alternativas (como que el Coste por Abonado (CPA) se calcule en función del número real total de abonados al canal y que el "Triple Test de Replicabilidad" se realice sobre los precios mayoristas reales medios pagados por los operadores alternativos) que, a su juicio, serían más eficaces pero que han sido rechazadas por la Administración en el ejercicio de su potestad discrecional.

Por lo demás, algunas conclusiones del citado informe están fundamentadas en juicios de valor carentes de rigor. En este sentido se afirma en relación con la estimación del número total de abonados para canales deportivos Premium utilizada para calcular los CPAs, que Telefónica tiene incentivos para realizarla de manera incorrecta, tanto al alza (para disminuir el valor del CPA teórico) como a la baja (para incrementar el precio mayorista a los operadores alternativos). En cualquier caso, si esto se produjese, será el control "ex post" expresamente establecido en la Resolución recurrida, lo que evidenciaría tal proceder con las consecuencias inherentes si se demuestra que se dirigía a soslayar el cumplimiento de lo establecido en los Compromisos.

Además cumple recordar que el propio Anexo 1 de la Resolución recurrida recoge de forma expresa que la metodología y los cálculos detallados de Telefónica para realizar los análisis de replicabilidad se trasladarán a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia junto con la propuesta de condiciones tipo de cada canal y sus sucesivas modificaciones, con una periodicidad mínima anual; que la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia podrá realizar todos los cambios en los análisis de replicabilidad de Telefónica que estime pertinentes, teniendo en cuenta los precedentes en el análisis de estrechamiento de márgenes de las autoridades de competencia nacionales y comunitarias y que la valoración de replicabilidad realizada por la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia podría dar lugar a cambios en los precios de la oferta mayorista de canales de televisión y modalidad SVOD de la entidad resultante, que se reflejarían en las Condiciones Tipo. En este mismo sentido, en el Apartado (1121) de la Propuesta-Informe tantas veces citada se consigna que el hecho de que la CNMC pueda modificar las condiciones tipo y realizar los cambios en el análisis de replicabilidad que estime convenientes, pudiendo dar lugar a modificaciones en los precios de la oferta mayorista, asegura que la elaboración de estos análisis se realiza bajo un estricto cumplimiento de los principios que debe regir dicha oferta mayorista.



Por otra parte, como expresamente se reconoce en la Propuesta, para evidenciar el carácter excesivo de los precios que supone el Modelo Económico contenido en los Compromisos, realiza comparaciones de los precios que venía pagando Vodafone en 2015 por estos canales deportivos Premium con los precios de años anteriores, en particular, con la "Época Mediapro" 82009-2012) y con la Época "DTS", efectuando para ello determinados ajustes para garantizar la homogeneidad de los ejercicios de comparación, por cuanto los costes de producción fueron diferentes, los pagos incluyeron diferentes modalidades de explotación y las características y calidad de los canales fueron distintas a lo largo del tiempo, ya que, por ejemplo, no siempre se han ofertado en estos canales los mismos contenidos futbolísticos y en algunos casos, se ofrecían contenidos no futbolísticos. Pues bien, esta "homogeneización priva de la necesaria fuerza de convicción el resultando alcanzado en el informe pues, en definitiva, ha partido de la comparación de situaciones diferentes y no homogéneas per sé.

Y para terminar es importante poner de manifiesto que el informe pericial aportado cuestiona el Modelo económico recogido en los compromisos de forma aislada y sin relacionarlo con los demás compromisos impuestos a TELEFONONICA, siendo así que, como expresa la DC en su Informe Propuesta, la valoración de los compromisos presentados por TELEFÓNICA debe realizarse teniendo en cuenta una visión de conjunto, pues la efectividad de los mismos está a su vez ligada a la implementación de todos y cada uno de ellos.

DÉCIMOSEGUNDO. - Se solicita en el suplico de la demanda que, en todo caso se anule el Compromiso 2.9.f) en tanto en cuanto establece un límite del 50% relativo al número de canales que cada operador puede adquirir de la oferta mayorista de canales de televisión propio, o subsidiariamente que se excluya los canales deportivos que contengan partidos de la Liga de Fútbol y Copa del Rey del cómputo del límite.

De acuerdo con el citado compromiso, la entidad resultante pondrá a disposición de otros operadores de televisión de pago en España una oferta mayorista de canales propios premium en los siguientes términos:

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

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

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

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

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

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

Como se recoge la Propuesta Informe, un conjunto de operadores, en respuesta al test de compromisos, señaló que la oferta mayorista de canales propios de TELEFÓNICA debería incluir cualquier contenido adquirido en exclusiva por la entidad resultante, y no únicamente los que tienen un carácter premium así como que la limitación de la oferta mayorista al 50% de los canales que integren la oferta mayorista es insuficiente, en particular teniendo en cuenta que se pretende repartir el coste de la adquisición de determinados contenidos (fútbol, Fórmula 1 y Moto GP) como un fijo entre los operadores interesados, y que, en caso de que se tuviera que limitar, consideran que el límite del 50% debería excluir los canales con contenido futbolístico o, en todo caso, la oferta de SVOD.



Sin embargo, la Dirección de Competencia rechazó ambas propuestas. La primera de ellas por considerar que es previsible que los canales que configurarán la oferta mayorista de la entidad resultante incluirán muchos de estos contenidos no premium, como viene siendo habitual con los canales actuales de DTS comercializados a terceros y que, a su juicio, la medida solicitada por terceros operadores es absolutamente desproporcionada, teniendo en cuenta sobre todo las obligaciones impuestas a TELEFÓNICA en el compromiso anterior sobre la adquisición de contenidos audiovisuales, ya que únicamente quedarían fuera de la oferta mayorista los contenidos de estreno de las no majors y determinados derechos deportivos. Y añade que una obligación como la que demandan desincentivaría a TELEFÓNICA, y al resto de operadores de televisión de pago, a realizar esfuerzos de inversión aguas arriba que les permita diferenciarse y competir para captar el número máximo de abonados (Apartados 1079 a 1082).

Respecto al compromiso relativo a que una vez configurada la oferta mayorista, cada operador de televisión de pago tendrá libertad de elección y podrá acceder a un máximo del 50% de los canales que componen la misma, recuerda la Dirección de competencia que los operadores de televisión no tienen limitaciones aguas arriba, a diferencia de TELEFÓNICA, en la adquisición de contenidos, por lo que un acceso superior del 50% a los contenidos de la entidad resultante sería una medida desproporcionada (Apartado 1085). Y añade que, a su juicio, la obligación anterior permite a los operadores de televisión de pago .el acceso a un número suficiente de canales como para competir en el mercado a la vez que no limita ni desincentiva la capacidad de TELEFÓNICA, ni de ningún otro operador, de invertir para diferenciarse (Apartado 1086) pero que, dada la naturaleza de input esencial del fútbol, la oferta mayorista siempre debe permitir a cualquier operador de televisión de pago acceder a la explotación de canales ofrecidos dentro de su oferta mayorista, cuando estos canales contengan partidos de Liga de Primera División de Fútbol y Copa de S.M. el Rey (Apartado 1087).

DÉCIMOTERCERO. - Pues bien, a la vista de lo expuesto en los anteriores fundamentos ha de concluirse que la decisión autorizar la concentración con compromisos tiene una justificación explícita y suficiente en los términos en que ha venido perfilando este requisito el Tribunal Supremo que, en sentencia de 25 de julio de 2006, recurso núm. 466/2003, declara lo siguiente:

"La exigencia de motivación de los actos administrativos constituye una constante de nuestro ordenamiento jurídico y así lo proclama el art. 54 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (antes, art. 43 de la Ley de Procedimiento Administrativo de 17 de julio de 1958), teniendo por finalidad la de que el interesado conozca los motivos que conducen a la resolución de la Administración, con el fin, en su caso, de poder rebatirlos en la forma procedimental regulada al efecto. Motivación que, a su vez, es consecuencia de los principios de seguridad jurídica y de interdicción de la arbitrariedad enunciados por el apartado 3 del art. 9 CE de la Constitución y que también, desde otra perspectiva, puede considerarse como una exigencia constitucional impuesta no sólo por el art. 24.2 CE sino también por el art. 103 (principio de legalidad en la actuación administrativa). Por su parte, la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, proclamada por el Consejo Europeo de Niza de 8/10 de diciembre de 2000 incluye dentro de su artículo 41, dedicado al "Derecho a una buena Administración", entre otros particulares, "la obligación que incumbe a la Administración de motivar sus decisiones".

En el caso examinado, todos los compromisos adoptados y, en concreto, los referidos al límite del 50% de los contenidos de la Oferta Mayorista de Telefónica, a la forma de determinación del precio de los canales deportivos de la Oferta Mayorista de Telefónica que incluyan contenidos futbolísticos, Fórmula 1 y Moto CP, así como a la fórmula establecida para la realización de los test de replicabilidad, aparecen motivados y justificados, atendiendo a criterios de proporcionalidad, sin que la parte recurrente haya acreditado que la Resolución impugnada haya incurrido en un error manifiesto, arbitrariedad o desviación de poder en el marco del análisis prospectivo de los efectos de la Operación de concentración y de los Compromisos a los que la autorización de aquélla fue condicionada, limitándose a mostrar su desacuerdo con los compromisos establecidos y a plantear soluciones alternativas que, a su juicio, serían más eficaces, pero que han sido rechazadas por la Administración en el ejercicio de su potestad discrecional.

Recordemos que corresponde al órgano de competencia determinar si los compromisos propuestos tienen alcance bastante para compensar las restricciones a la competencia que derivan del acuerdo de concentración en el ejercicio de la potestad discrecional que tiene atribuida y que, como ya hemos recogido, el control de la Sala queda restringido a comprobar el respeto de las normas de procedimiento y de motivación, la exactitud material de los hechos, la falta de error manifiesto de apreciación o de desviación de poder y que, en ningún caso le corresponde sustituir las apreciaciones de orden económico realizadas por el órgano de competencia mediante la suya propia. A todo ello debemos añadir que la recurrente ha cuestionado de forma aislada e individualizada cada uno de los compromisos olvidando que, como razona la resolución recurrida "es factible restituir la situación competitiva preexistente mediante un conjunto de remedios adecuados, que de forma



aislada podrán no ser eficaces en cada uno de los mercados afectados, pero tomados en su conjunto si pueden asegurar que se salvaguarda la dinámica competitiva preexistente".

DÉCIMOCUARTO.- Denuncia la recurrente que la resolución impugnada no da respuesta a los problemas detectados en el ámbito de los mercados de las comunicaciones electrónicas y, en concreto, a los que se refieren al hecho reconocido de que Telefónica podrá captar clientes en estos mercados en el contexto de las ofertas convergentes gracias a las ventajas derivadas de las economías de alcance y de escala que permiten hacer ofertas irreplicables y como consecuencia de las ventajas derivadas de su mayor cobertura geográfica (mayor despliegue de red de fibra, complementariedad con la plataforma satelital de DTS, etc), problemas que quedan remitidos a futuros cambios de naturaleza regulatoria (Párrafos 987 a 989 del Informe Propuesta).

Sobre esta cuestión cumple manifestar que el informe propuesta, en sus apartados 663 a 776, identifica y examina los problemas que la operación de concentración puede originar en los mercados de las comunicaciones electrónicas, afirmando la posición de primacía que ostentaba telefónica antes de la operación en el ámbito de las ofertas convergentes y en el mercado mayorista de acceso a redes móviles. En este sentido recoge que "la operación sí tendrá un efecto muy significativo en la dinámica competitiva de los mercados de comunicaciones electrónicas, que no se deriva únicamente del fortalecimiento de la entidad resultante en los mercados de adquisición de contenidos audiovisuales" (apartado 942) y que "tras la operación de concentración, el reforzamiento de la entidad resultante en el ámbito de la televisión de pago se trasladaría a estos mercados minoristas de comunicaciones electrónicas" (apartado 958).

En relación con los mercados minoristas de comunicaciones electrónicas se afirma en el informe propuesta, que con la compra de DTS, TELEFÓNICA tendrá acceso a una base de clientes con una propensión al gasto muy elevada, adquisición que se produce a través de una operación de concentración y no fruto de una estrategia de competencia efectiva, lo que le daría a TELEFÓNICA una ventaja de cara a captarlos o retenerlos como clientes de servicios de comunicaciones electrónicas fijos y móviles (apartado 970) y a una mejor posición para la contratación de ofertas convergentes que incluyan televisión de pago (apartado 964), pudiendo igualar el precio de cualquier oferta que hagan los competidores como consecuencia de las mayores economías de escala y alcance de la entidad resultante de la concentración (apartado 965). Además, se destaca que todo ello adquiere más relevancia en el contexto de despliegue de redes de nueva generación de banda ancha y fija y cuarta generación de tecnología de comunicaciones móviles (4G) (apartado 960).

A todo ello añade la presencia de TELEFÓNICA como proveedor de servicios mayoristas de acceso a sus redes fijas y móviles, lo que refuerza su posición frente a sus competidores, en la medida en que muchos de ellos dependerán de TELEFÓNICA a la hora de poder ofrecer productos convergentes junto con la televisión de pago competitivos y de calidad, así como para poder ofrecer televisión de pago en el móvil en condiciones equivalentes a las que pueda ofrecer TELEFÓNICA (apartado 976), explicando que el acceso mayorista a redes fijas es muy relevante para asegurar que todos los operadores (tanto los operadores con red propia, como los que están en condiciones de llevar a cabo un despliegue propio de red y los que no lo están) puedan replicar y tener la misma cobertura geográfica que los productos convergentes de TELEFÓNICA que incluyen televisión de pago, dado el actual contexto de despliegue acelerado de la red de fibra de TELEFÓNICA, la mayor cobertura geográfica de esta red de fibra, la complementariedad con la plataforma satelital de DTS de cara a la extensión y captación de clientes en los nuevos ámbitos de despliegue de redes de fibra por TELEFÓNICA, el progresivo incremento del tráfico en internet y la creciente importancia de las ofertas empaquetadas y la televisión de pago de cara a la captación, migración a las nuevas redes y retención de clientes, especialmente los de mayor valor añadido (apartado 983). En relación esta cuestión expone que algunos operadores, han señalado la importancia de actualizar las ofertas mayoristas reguladas para el acceso a las redes fijas y móviles puesto que de lo contrario, tal y como afirma JAZZTEL "los operadores que ostentan una elevada cuota de mercado tanto en fijo como en móvil impedirían que operadores como JAZZTEL pudieran lanzar ofertas convergentes competitivas y consideran indispensable que se garantice la replicabilidad de las ofertas convergentes" (apartado 984), para concluir en sus apartados 988 y 989 que si no se posibilita que terceros operadores distintos de VODAFONE y ORANGE puedan replicar de forma efectiva, de forma directa o indirecta, las ofertas convergentes de la entidad resultante que incluyan televisión de pago, existe un riesgo significativo de que se genere una coordinación tácita entre las ofertas convergentes de estos tres operadores, que en el medio plazo podría ser especialmente perjudicial para los consumidores, pues se podría generar una dinámica competitiva basada en el mantenimiento del status quo. (apartado 989). Y termina afirmando que, "en todo caso, la actual revisión por parte de la CNMC de la regulación de los mercados mayoristas de acceso a redes fijas permitirá abordar los problemas de competencia detectados en estos mercados y garantizar que el resto de los operadores de comunicaciones electrónicas puedan replicar las ofertas convergentes que incluyen televisión de pago que ofrece actualmente TELEFÓNICA".



En relación con el acceso mayorista a redes fijas y móviles, el epígrafe 3 del Informe Propuesta, que lleva por rúbrica "Compromisos alternativos propuestos en relación con los mercados de comunicaciones electrónicos", recoge que varios operadores de comunicaciones electrónicas reclamaron compromisos relacionados con la conexión entre el mercado de la televisión de pago y los mercados de comunicaciones electrónicas, solicitando el establecimiento de una oferta mayorista de acceso a la red de fibra de Telefónica con capacidad para transmitir un servicio de televisión de pago que garantice la replicabilidad técnica y económica de las ofertas minoristas convergentes con Telefónica (Apartado 1179), describiendo, a continuación, en los apartados 1180 a 1183 las concretas propuestas formuladas por VODAFONE, Orange y otros operadores, que rechaza el órgano de competencia.

Pues bien, en relación con los problemas relativos a las ofertas mayoristas reguladas para el acceso a las redes fijas y móviles, debemos destacar que el apartado 752 del informe propuesta recoge que, al tiempo de emitirse aquel, ya estaba siendo objeto de revisión el mercado de acceso local al por mayor facilitado en una ubicación fija y los mercados de acceso de banda ancha al por mayor, modificando el régimen relativo a la obligación de Telefónica de facilitar el acceso a terceros, tanto a sus redes de cobre como a sus redes de nueva generación, y que en base a la nueva Recomendación de la Comisión Europea de 9 de octubre de 2014, relativa a los mercados pertinentes de productos y servicios dentro del sector de las comunicaciones electrónicas que pueden ser objeto de regulación ex ante (2014/710/UE) la DTSA ha redefinido las obligaciones de los antiguos mercados 4 y 5 partiendo de la anterior revisión de los mercados de 22 de enero de 2009 y analizando los cambios producidos desde entonces "(apartado 753)".

En este contexto debe ser interpretada la remisión a la revisión regulatoria en trámite, contenida en el apartado 1185, a cuyo tenor: " en el marco de esa revisión de la regulación ex ante de los mercados mayoristas de banda ancha, que se completará dentro de pocos meses, la CNMC podrá afrontar y resolver los problemas de competencia en este ámbito que se han puesto de manifiesto con la operación de concentración, por lo que ésta sería la vía adecuada de intervención para estas cuestiones, permitiendo evitar los solapamientos y posibles contradicciones en el ámbito de los servicios mayoristas de banda ancha entre el presente procedimiento y dicha revisión de la regulación ex ante". Esto es, la CNMC rechazó adoptar, los compromisos interesados por otros operadores, argumentando, de forma motivada y justificando y, a juicio de esta Sala de manera razonable, que esa materia ya estaba siendo objeto de regulación.

Así las cosas, a la vista de expuesto, entendemos que los problemas de competencia detectados en relación con el desarrollo de las redes de nueva generación no surgen ex novo como consecuencia de la operación de concentración y que preexistían a ésta y prueba de ello es que estaban siendo abordados por la CNMC en ejercicio de las funciones de regulación que legalmente tiene atribuidas. Por tanto, la remisión a la revisión en trámite de la regulación ex ante de los mercados mayoristas de banda ancha, como vía que coadyuvará a resolver los problemas de competencia detectados en los mercados de las comunicaciones electrónicas, no es arbitraria ni desproporcionada y tampoco incurre en causa de nulidad al amparo de lo dispuesto en los artículos 10, 58 y 59 de la LDC ni vulnera la jurisprudencia comunitaria citada en la demanda.

Por lo demás, en contra de lo afirmado por la recurrente, lo cierto es que se han adoptado compromisos en relación con los mercados de las comunicaciones electrónicas, sin que la parte recurrente haya acreditado que resulten inadecuados para compensar las restricciones a la competencia que derivan del acuerdo de concentración.

En concreto, los compromisos adoptados fueron los siguientes:

"Telefónica se compromete a prestar un servicio de acceso a su red de internet en España que presente capacidad y garantías de calidad suficientes (en términos de ancho de banda, reducida latencia, etc.) para la prestación de servicios OTT de televisión de pago por parte de terceros operadores a los clientes de banda ancha fija y móvil de Telefónica en España, en condiciones de calidad de servicio equiparables a las que disfrutaban los clientes del servicio OTT de televisión de pago de la entidad resultante. Para garantizar su cumplimiento.

Telefónica se compromete a no llevar a cabo técnicas de gestión de red y tráfico en España que puedan degradar de forma discriminatoria, respecto de su propio servicio de televisión de pago OTT o entre servicios de televisión de pago OTT de terceros, el flujo de datos de video o similar de terceros por la red de internet en España de Telefónica.

Telefónica se compromete a negociar en términos equitativos, razonables, transparentes, objetivos y no discriminatorios acuerdos de interconexión a la red de internet de Telefónica en España con cualquier proveedor OTT que ofrezca televisión de pago o proveedor de servicios de conectividad a internet (ICP - internet Connectivity Providers) que lo solicite, para la entrega del contenido audiovisual de televisión de pago a sus usuarios finales de banda ancha fija o móvil.



Telefónica comunicará a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia estos acuerdos de interconexión alcanzados con los ICP y OTT, incluyendo las condiciones económicas, así como las condiciones que se aplicarían a las ampliaciones de capacidad en cada caso. Cuando no sea posible alcanzar un acuerdo, Telefónica comunicará a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia los motivos objetivos que han llevado al desacuerdo y las condiciones propuestas por Telefónica. Estas comunicaciones se producirán en un plazo de diez (10) días desde la firma de cada acuerdo o la ruptura de las negociaciones.

Telefónica se compromete a no suscribir acuerdos de Interconexión en España con dichos operadores para la entrega de servicios de televisión de pago a sus usuarios finales de banda ancha fija o móvil que limiten de alguna manera la presión competitiva que dichos servicios de televisión de pago de terceros puedan ejercer sobre la propia oferta de televisión de pago de Telefónica en España, en particular, y sin que dicha lista sea exhaustiva:

- Incorporar cláusulas que exijan cualquier tipo de exclusividad en el acceso a dichos servicios para los clientes de Telefónica en España,
- Incorporar cláusulas que limiten la capacidad del operador OTT de televisión de pago para captar clientes de televisión de pago de Telefónica en España.

Para asegurar una distribución eficiente de los contenidos audiovisuales de televisión de pago por la red de Internet de Telefónica en España equiparable en términos de calidad a la propia oferta OTT de televisión de pago de Telefónica, la entidad resultante se compromete a mantener al menos tres rutas no congestionadas de acceso a su red de internet en España. De esta manera, Telefónica deberá disponer de suficiente capacidad de interconexión para que sus usuarios de banda ancha fija o móvil tengan acceso a servicios de televisión de pago OTT en España, ya sea vía los puntos de Interconexión descritos en la lista que acompaña al Anexo 3 o mediante otros.

Para implementar el compromiso descrito en el Anexo 3, la entidad resultante deberá cerrar los acuerdos comerciales necesarios a tal efecto en el plazo máximo de dos (2) meses desde que la autorización de la operación de concentración C/0612/14 sea firme en vía administrativa y dispondrá de un periodo razonable de hasta cuatro (4) meses desde el citado momento para hacer los cambios en la red necesarios para hacer efectivo lo dispuesto en los Acuerdos.

Los detalles y aspectos prácticos de/ compromiso de acceso a la red de Internet de Telefónica en España son detallados en el Anexo 3.

Telefónica se compromete a no suscribir acuerdos para la distribución en exclusiva de su servicio de televisión de pago OTT en España con proveedores de hardware que permitan la conectividad a internet de los televisores en los hogares (el navegador o portal de contenidos del proveedor no puede impedir la descarga de aplicaciones de servicios OTT de terceros que no sean Telefónica). Sin que dicha lista sea exhaustiva, incluiría fabricantes de televisores inteligentes, fabricantes de STB (Apple, Roku, Google, TiVo, etc.), y fabricantes de consolas (Microsoft, Sony, etc.)."

El hecho de que, como destaca el voto particular de la resolución impugnada, no se haga una referencia específica a la circunstancia de que, con la operación, Telefónica adquiriría una base de abonados de elevada propensión al gasto y no impusiera un compromiso específico al respecto (la actora no indica cual o de qué tipo debería haberse adoptado) no significa, a juicio de la Sala, que dicha circunstancia no se haya tenido en cuenta a la hora de configurar otros compromisos como la renuncia a las permanencias o a la hora de establecer el coste fijo garantizado para la adquisición de los contenidos Premium o a través de los análisis de replicabilidad. Todo ello dentro de esa evaluación conjunta de los compromisos a que aludíamos antes y que debe inspirar el análisis de su eficacia para paliar posibles restricciones a la competencia derivadas de la concentración.

DÉCIMOQUINTO. - Para terminar, cumple manifestar que carece de la trascendencia anulatoria pretendida por la recurrente la afirmación de que los Compromisos aprobados son más laxos que las condiciones propuestas con ocasión del intento de adquisición por parte de Telefónica, Prisa y Mediaset del control conjunto de DTS en 2010 toda vez que aquellas no llegaron aprobarse y carecen de fuerza vinculante para la CNMC.

Por otra parte, la propia resolución recurrida prevé la posibilidad que los compromisos tengan una vigencia de 5 años desde que la resolución en segunda fase del expediente sea firme en vía administrativa y que la CNMC, transcurrido dicho plazo, pueda valorar, de forma motivada, si se ha producido una modificación relevante en la estructura o regulación de los mercados considerado, que justifique el mantenimiento, adecuación o supresión de las condiciones correspondientes por un periodo adicional hasta un máximo de tres años. Por ello resulta prematura la afirmación de que los Compromisos no constituyen una solución permanente, porque los problemas de competencia subsistirán una vez expiradas aquellos.



Por todo lo dicho, debemos concluir que la resolución recurrida no ha infringido o dispuesto en los artículos 10 y 58 y 59 de la LDC ni la jurisprudencia comunitaria citada en la demanda (el Tribunal General de 23 de febrero de 2006 (Asunto T-282/02 Cementbouw)).

Además, desde el punto de vista de la exigencia de la motivación del acto discrecional, no puede sino concluirse que la decisión de autorizar la operación de concentración con los compromisos fijados tiene una justificación explícita y suficiente, no incurre arbitrariedad, error manifiesto o desviación de poder, debiendo entenderse que las facultades discrecionales de la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia han sido ejercidas dentro de los criterios normativos tanto nacionales como de derecho europeo en materia de concentraciones .

DÉCIMOSEXTO. - Procede, con arreglo a lo hasta aquí razonado, la desestimación del recurso y la consiguiente imposición de las costas causadas a la mercantil actora en aplicación de lo establecido en el artículo 139.1 de la LJCA.

VISTOS los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación

FALLAMOS

Desestimar el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la Procuradora de los Tribunales D^a Ascensión de Gracia López Orcera, en nombre y en representación **VODAFONE ESPAÑA SAU y VODAFONE O NO SAU** , contra la Resolución de 22 de abril de 2015 del Pleno del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC), dictada en el expediente C/0612/14 TELEFÓNICA/DTS, con expresa imposición de costas a la entidad actora.

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

Lo que pronunciamos, mandamos y firmamos.