



Roj: **SAN 1807/2021 - ECLI:ES:AN:2021:1807**

Id Cendoj: **28079230062021100165**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **6**

Fecha: **19/04/2021**

Nº de Recurso: **648/2015**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Procedimiento ordinario**

Ponente: **RAMON CASTILLO BADAL**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA NACIONAL

Sala de lo Contencioso-Administrativo

SECCIÓN SEXTA

Núm. de Recurso: 0000648 /2015

Tipo de Recurso: PROCEDIMIENTO ORDINARIO

Núm. Registro General: 03812/2015

Demandante: ORANGE ESPAGNE, S.A.U

Procurador: D. ROBERTO ALONSO VERDU

Demandado: COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y DE LA COMPETENCIA

Codemandado: TELEFONICA DE CONTENIDOS SAU

Abogado Del Estado

Ponente Ilmo. Sr.: D. **RAMÓN CASTILLO BADAL**

SENTENCIA Nº :

Ilma. Sra. Presidente:

D^a. BERTA SANTILLAN PEDROSA

Ilmos. Sres. Magistrados:

D. FRANCISCO DE LA PEÑA ELIAS

D. SANTOS GANDARILLAS MARTOS

D. MARIA JESUS VEGAS TORRES

D. **RAMÓN CASTILLO BADAL**

Madrid, a diecinueve de abril de dos mil veintiuno.

VISTO el presente recurso contencioso-administrativo núm. 648/15 promovido por el Procurador D. Roberto Alonso Verdú, actuando en nombre y representación de **ORANGE ESPAGNE S.A.U (ORANGE)** contra la resolución del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, 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 TELEFÓNICA/DTS mediante la que Telefónica de Contenidos S.A.U, adquiriría el control exclusivo de DTS, Distribuidora de Televisión Digital (DTS), aprobación sujeta al cumplimiento de los compromisos presentados por Telefónica ante la CNMC con fecha 14 de abril de 2015.



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

ANTECEDENTES DE HECHO

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

" estimando íntegramente las pretensiones de mi representada, declare (a) la anulación de la Resolución de 22 de abril de 2015 y, por tanto, anule la decisión de la CNMC de autorizar la operación de concentración de Telefónica-DTS y, subsidiariamente, (b) estime la petición subsidiaria de mi representada, declare la necesidad de complementar la Resolución de 22 de abril de 2015 con las condiciones adicionales propuestas por mi representada para eliminar los problemas de competencia que se han descrito en el Fundamento de Derecho Cuarto de esta demanda."

SEGUNDO.- El Abogado del Estado contestó a la demanda mediante escrito en el que suplicaba se dictase sentencia por la que se confirmasen los actos recurridos en todos sus extremos.

TERCERO.- La representación de TELEFONICA, parte codemandada, presentó escrito de contestación a la demanda solicitando asimismo la desestimación del recurso.

CUARTO.- Mediante auto de 8 de julio de 2016, se acordó recibir el proceso a prueba teniendo por reproducidos los documentos obrantes en el expediente administrativo así como los incorporados por las partes recurrente en sus escritos de demanda y contestación sin prejuzgar sobre su valor probatorio.

QUINTO.- Una vez presentados los respectivos escritos de conclusiones y habiendo quedado el recurso pendiente de señalamiento para votación y fallo cuando por turno le correspondiera, se fijó para ello la audiencia del día 10 de febrero de 2021, en que tuvo lugar.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- En el presente recurso contencioso administrativo impugna ORANGE la resolución del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, 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 TELEFÓNICA/DTS mediante la que Telefónica de Contenidos S.A.U, adquiriría el control exclusivo de DTS, Distribuidora de Televisión Digital (DTS), aprobación sujeta al cumplimiento de los compromisos presentados por Telefónica ante la CNMC con fecha 14 de abril de 2015.

La parte dispositiva de la resolución recurrida es 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 TELEFÓNICA/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".



Como antecedentes que precedieron al dictado de dicha resolución, a la vista de los documentos que integran el expediente administrativo, merecen destacarse los siguientes:

1. El 2 de junio de 2014, Promotora de Informaciones, S.A. ("Prisa") (Vendedor), Telefónica (Comprador) y Telefónica, S.A. (Garante) suscribieron el Contrato de Compraventa de Acciones de DTS, DISTRIBUIDORA DE TELEVISIÓN DIGITAL, S.A. ("DTS") en virtud del cual Telefónica adquirió el 56% de las acciones de DTS, en su momento titularidad de Prisa, y, en consecuencia, el control exclusivo sobre DTS.

2. El 9 de julio de 2014, Telefónica solicitó a la Comisión Europea la remisión de la Operación, de dimensión comunitaria, a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia de acuerdo con lo dispuesto en el Reglamento (CE) n. 139/2004, del Consejo, de 20 de enero de 2004, sobre el control de concentraciones entre empresas.

La Comisión Europea, tras verificar que la Operación cumplía los requisitos legales contenidos en el artículo 4.4 del Reglamento de control de concentraciones, remitió el análisis de la Operación a la CNMC mediante Decisión COMP/M.7313 - Telefónica/DTS, de 25 de agosto de 2014.

3. Tras la remisión de la Operación, el 17 de octubre de 2014, Telefónica procedió a notificar a la Dirección de Competencia de la CNMC la Operación con base en lo dispuesto en el artículo 9.1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, lo que dio lugar al expediente C/0612/14, Telefónica/DTS.

4. 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.

5. El Pleno del Consejo de la CNMC con fecha 12 de noviembre de 2014, acordó 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 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.

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

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

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

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

"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)".

12. El Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia con fecha de 22 de abril de 2014, dictó la resolución recurrida en el presente procedimiento.

SEGUNDO.- 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.- De lo hasta ahora expuesto resulta que la resolución recurrida aprueba la operación consistente en la adquisición por parte de Telefónica del control exclusivo de DTS, mediante la compra del 56% del capital social en manos de Prisa, que se sumaría al 44% ya controlado por la adquirente.

El 25 de febrero de 2015, Telefónica presentó una propuesta de compromisos dirigida a resolver los obstáculos para mantener la competencia efectiva derivados de la operación de concentración que fue modificando hasta que el 14 de abril de 2015 presentó la versión definitiva, que la CNMC consideró adecuada para autorizar la concentración.



La propuesta de compromisos se divide en tres grandes bloques: mercado de televisión de pago; mercados de comercialización mayorista de contenidos y de canales; y condiciones de acceso a la red internet de Telefónica.

Los compromisos tendrán una vigencia de cinco años, aunque este periodo podría prorrogarse por tres años más.

La operadora debe poner a disposición de sus competidores el 100% de sus canales Premium, de los cuales cada competidor tendrá derecho a emitir el 50%, en unas condiciones que deben garantizar que las ofertas minoristas de Telefónica que incluyan dichos canales sean replicables.

Los compromisos que debe cumplir TELEFONICA son los siguientes:

Compromisos relacionados con el mercado de televisión de pago en España:

Telefónica se compromete a no entorpecer la movilidad de sus clientes actuales y futuros de televisión de pago con el establecimiento de limitaciones a las políticas de permanencia y retención de clientes. Concretamente, tramitará las solicitudes de baja de sus clientes en un período limitado de tiempo (máximo de 15 días para clientes de servicios no empaquetados, por ejemplo); renunciará a la exigencia y aplicación de cláusulas de permanencia bajo determinadas circunstancias, y no realizará prácticas de recuperación de determinados tipos de clientes durante un periodo limitado de tiempo (dos meses) desde la solicitud de baja. Telefónica se compromete también a asegurar el mantenimiento y cumplimiento íntegro de los contratos vigentes de DTS con otros operadores de comunicaciones electrónicas para que distribuyan su oferta de televisión por satélite, hasta que finalice la vigencia de los actuales contratos. Una vez vencido el término del contrato deberá prorrogar este servicio durante un plazo de seis meses, renunciando también a realizar ventas activas a los clientes que contrataron este servicio con operadores intermediarios.

Compromisos relacionados con los mercados de comercialización mayorista de contenidos audiovisuales individuales y de canales de televisión en España:

Telefónica pondrá a disposición de otros operadores de televisión de pago una oferta mayorista de canales Premium (aquellos que cuenten con contenido de estreno en exclusiva de las llamadas Majors o eventos deportivos en directo de la Liga de Primera División de fútbol, Copa de S.M. el Rey de fútbol, Champions League, Europa League, Campeonato del Mundo de Fútbol, Campeonato Mundial de Baloncesto, Fórmula 1, Moto GP y los Juegos Olímpicos). Cada operador de televisión de pago podrá acceder a un máximo del 50% de los canales que integran la oferta mayorista y tienen libertad de elegir cómo componen su elección dentro de esta oferta mayorista. Los precios de la oferta mayorista asegurarán la replicabilidad de la oferta minorista de Telefónica y prevendrán situaciones de estrechamiento de márgenes. Por otra parte, la explotación en exclusiva de los contenidos que adquiera Telefónica queda limitada a dos años y a determinados tipos de ventanas de emisión, mientras que otras ventanas (como las emisiones en Video Bajo Demanda de películas y series de catálogo) la entidad resultante no podrá adquirir contenidos en exclusiva. Asimismo, por norma general Telefónica no podrá adquirir derechos exclusivos de emisión que no vaya a explotar. Además, la entidad resultante deberá limitar a tres años la duración de sus contratos de adquisición de contenidos y renunciar a los derechos de adquisición preferente de contenidos. Los compromisos anteriores no serán de aplicación a las producciones propias de la entidad resultante. Adicionalmente, Telefónica se compromete a emitir en su plataforma de televisión de pago, bajo determinadas condiciones, los canales editados por terceros operadores. La entidad resultante no podrá adquirir derechos de emisión exclusiva de estos canales editados por terceros.

Compromisos relacionados con el acceso a la red de internet de Telefónica en España:

En el caso del acceso a su red, Telefónica dispone de la capacidad y de los incentivos (puede cerrar o limitar el acceso a su red y a sus clientes) para reducir sustancialmente la competencia de terceros operadores de televisión de pago por internet. En este sentido, los compromisos aprobados permiten a estos proveedores de televisión de pago por internet acceder a los clientes de banda ancha de Telefónica en condiciones que les permitan competir eficazmente. Telefónica se compromete a prestar un servicio de acceso a su red de internet en España con capacidad y garantías de calidad suficientes a terceros operadores. Telefónica garantizará al menos 3 rutas de acceso a su red de internet cuya congestión no podrá superar el 80%. Además, Telefónica se compromete a no llevar a cabo técnicas de gestión de red y tráfico en España que puedan degradar de forma discriminatoria el flujo de datos de video o similar de terceros a través de su red de Internet.

Telefónica también se compromete a negociar en términos equitativos, razonables, transparentes, objetivos y no discriminatorios acuerdos de interconexión a su red de internet, para la entrega del contenido audiovisual a sus usuarios finales de banda ancha fija o móvil. Los conflictos bilaterales de Telefónica con terceros operadores en relación con la aplicación de los compromisos podrán ser objeto de arbitraje ante la CNMC en el caso de que el tercer operador así lo desee, siendo el laudo arbitral que emita la CNMC vinculante para ambas partes.

CUARTO.- En su demanda, la parte recurrente plantea los siguientes motivos impugnatorios.

En primer lugar, que la resolución recurrida vulnera los artículos 57, 58 y 59 de la Ley 15/2007, de Defensa de la Competencia, interpretados en atención a los requisitos exigidos tanto por la Comisión Europea como por la jurisprudencia, así, las sentencias del Tribunal de Primera Instancia de la Unión Europea, de 23 de febrero de 2006, dictada en el asunto C-280/02, *Cementbouw/Comisión* y de 14 de diciembre de 2005, dictada en el asunto T-210/01 *General Electric/Comisión* para poder autorizar operaciones de concentración económicas que tengan repercusiones en materia de competencia.

Así, exigen que :

a) los compromisos asumidos deben eliminar por completo el problema de la competencia, ser efectivos para el fin para el que se adoptan y fácilmente verificables por las autoridades en materia de competencia puesto que de lo contrario devendrían inútiles.

(b) Las condiciones y compromisos acordados son suficientes para garantizar la competencia en todos los mercados afectados por la operación de concentración.

(c) En la valoración de esta operación debe respetarse tanto las disposiciones de Derecho nacional como de Derecho comunitario.

A partir de aquí, sostiene que las condiciones aprobadas no eliminan los problemas en materia de competencia en el mercado de comunicaciones electrónicas. Destaca en éste sentido que el propio Informe Propuesta en Segunda Fase concluía que la incidencia que la operación tiene sobre el mercado de comunicaciones electrónicas es notable, por la realización de ofertas *cuadrupleplay* que integran los servicios de telefonía fija, móvil y televisión de pago y, sin embargo, la CNMC no ha subordinado la operación a ningún compromiso o condición tendente a garantizar la competencia en este mercado. No es admisible que la CNMC demore su solución a un momento posterior en el tiempo que se ignora cuándo va a producirse.

La propuesta de ORANGE no pretende obligar a Telefónica a comercializar siempre de forma separada los servicios de televisión de pago y los servicios de comunicaciones electrónicas, únicamente que Telefónica tenga varias ofertas en el mercado, una de las cuales permita la contratación de la televisión de pago de forma autónoma y ello, a un precio razonable permitiendo a los clientes permanecer con el operador de telecomunicaciones que de manera habitual le viene prestando servicios satisfactorios.

En segundo lugar, la insuficiencia de las condiciones adoptadas en el mercado de comercialización de contenidos para eliminar todos los problemas de competencia derivados de la operación de concentración por resultar ilógicas, incurrir en errores de hecho y no encontrarse debidamente justificadas.

Expone que el hecho de que cada operador sólo pueda acceder al 50 % de los contenidos Premium ofertados por Telefónica resulta manifiestamente insuficiente pues impide al resto de operadores hacer ofertas replicables e igual de atractivas que Telefónica.

Ese límite implica que Orange tenga que decantarse por la selección de canales deportivos (integran casi el 50 % de la oferta) o por el resto de canales, de forma que sólo podrá ofrecer a los usuarios un contenido específico, deportivo o no deportivo, lo cual dista enormemente de la oferta global ofrecida por la entidad resultante de la concentración objeto del presente procedimiento

Explica que cualquier operador que pretenda hacer una oferta con un mínimo de éxito en el mercado de la televisión de pago debe incluir el contenido deportivo (sobre todo futbolístico) en aquella y como los canales deportivos acaparan casi el 50 % de la oferta mayorista de Telefónica, para poder adquirir Orange los mismos y no sobrepasar el límite previsto del 50%, ha tenido que renunciar a un contenido tan básico como es el de los estrenos de cine.

Al no ser estos contenidos (eventos deportivos, películas y series) sustitutivos entre sí, la oferta que Orange puede realizar a la vista de tal porcentaje no es replicable a la de Telefónica que puede satisfacer las preferencias de la totalidad de los usuarios. A ello añade que la entidad resultante de la concentración acapará el 85 % de este mercado y que, hasta la fecha ha sido (a través de DTS) el operador con una posición cuasimonopolística en lo que respecta a la adquisición de contenidos por lo que la posibilidad de acceder a contenidos al margen de la entidad resultante es muy compleja.

Por otro lado, en lo que respecta a las condiciones económicas de la oferta mayorista la fórmula propuesta es ilógica, desproporcionada y ni siquiera cumple el propósito pretendido por la CNMC: el equilibrio de prestaciones.

La fórmula adoptada implica que ORANGE tenga que soportar un porcentaje de coste fijo muy superior al porcentaje de usuarios que hacen uso de este servicio y si la fórmula, según la CNMC, permite garantizar el "



equilibrio entre la necesidad justificada de compartir los riegos de edición de determinados canales muy caros", en la medida en que la fórmula implica una situación de desequilibrio de facto, es evidente que no resulta apropiada para garantizar la competencia.

En tercer lugar, denuncia la insuficiencia de las medidas adoptadas en el mercado de televisión de pago en España porque la CNMC acuerda subordinar la operación a la (i) condición tendente a garantizar el mantenimiento y cumplimiento de los contratos que DTS tuviera vigentes con otros operadores para ofertar YOMVI hasta su expiración y, además, durante un plazo de seis meses desde la operación y (ii) a la prohibición de realizar ventas activas respecto de cualquier servicio de televisión de pago a clientes que contrataron YOMVI o la oferta satélite de DTS con intermediación comercial de otros operadores de comunicaciones electrónicas.

Sin embargo, los operadores del mercado de televisión de pago necesitan un plazo muy superior para poder buscar infraestructuras y soluciones alternativas a YOMVI para poder seguir prestando un servicio similar.

El plazo de seis meses previsto tanto para la continuación del servicio para los usuarios finales como para no realizar una campaña activa de venta presupone que la estructura del mercado de la televisión de pago podrá reconfigurarse rápidamente tras la operación de concentración, lo que no es cierto.

Entiende finalmente que la resolución recurrida vulnera los artículos 9.3, 103 y 106 de la CE y del artículo 54 de la Ley 30/1992, por incurrir en un claro supuesto de arbitrariedad y rebasar los límites de las actuaciones discrecionales de la Administración.

Así, considera que la CNMC ha actuado con arbitrariedad al no adoptar ninguna actuación para el mercado de las comunicaciones electrónicas sin razonar por qué la Resolución de 22 de abril de 2015 no es el momento adecuado para adoptar tales medidas ni por qué resulta más apropiado hacerlo en un momento posterior,

Tampoco justifica la CNMC la obligación de Telefónica de ofertar al resto de operadores el 50 % de sus canales propios, sin explicar por qué ese porcentaje es suficiente para garantizar la correcta competencia en este sector, teniendo en cuenta que la CNMC restringe el criterio de contenido Premium que venía manteniendo en otros expedientes.

En lo que respecta a la fórmula para determinar el precio de la oferta mayorista, no obedece a ninguna lógica ni coherencia pues en modo alguno respeta los abonados de televisión de pago que tiene cada operador ni los ingresos que percibe.

La falta de correlación entre el número de abonados y la fórmula de reparto de costes propuesta lleva de nuevo a una actuación arbitraria de la Administración pues amparándose en la búsqueda del equilibrio, crea de facto, una situación de auténtico desequilibrio entre Telefónica y el resto de operadores.

Vulnera la resolución recurrida el artículo 54 de la Ley 30/1992 y del artículo 24 de la Constitución, en relación con el principio de confianza legítima y la prohibición de ir contra los actos propios.

Explica que en el expediente 0231/2010 que tuvo por objeto la operación de concentración entre Telefónica, Prisa, Telecinco y Canal +, es decir, un supuesto en el que dos de las entidades objeto de la concentración eran idénticas a las del presente supuesto y como se deduce del Borrador de Condiciones preparado por la CNMC para tal ocasión (doc. 1) resulta acreditado que perfilaron una serie de compromisos para el mercado de comunicaciones electrónicas.

La CNMC no explica por qué en el año 2010 eran necesarios tales compromisos en el mercado de comunicaciones electrónicas y en el año 2015 no ante una operación que afecta de igual modo a este mercado.

Por otro lado, en el presente expediente, la CNMC ha cambiado su criterio sobre qué es un contenido Premium pues mientras que en ocasiones anteriores se entendía por tal todo aquel contenido por el que el usuario estuviera dispuesto a pagar un precio, en esta ocasión se define contenido Premium en atención al contenido suministrado por alguna de las *majors* (ni siquiera todas) o por su condición de contenido deportivo.

Subsidiariamente a los motivos de anulación considera que la CNMC debería haber adoptado una serie de medidas adicionales para autorizar la operación a los efectos de dar debido cumplimiento a los artículos 57, 58 y 59 de la LDC, a la Comunicación de la Comisión Europea y a la jurisprudencia del Tribunal Supremo y del Tribunal de Primera Instancia.

Por ello, si la Sala estima que procede confirmar la autorización de la operación de concentración, para que la misma solucione los problemas de competencia detectados en el mercado de las comunicaciones electrónicas, deberá estimar el presente recurso acordando la imposición de las siguientes obligaciones:



a) Obligación de Telefónica/DTS de venta separada de la TV de pago en todas aquellas modalidades en las que se venda en paquetes de comunicaciones electrónicas porque solo así se evitan los empaquetamientos puros por parte de la entidad resultante y sus efectos exclusionarios.

La venta separada permitirá de un lado, que aquellos clientes que quieran acceder al servicio de TV de pago con contenidos exclusivos ofrecidos por Telefónica puedan contratar el servicio de comunicaciones electrónicas con otros operadores alternativos; y que haya una opción real de control de posibles prácticas de estrechamientos de márgenes.

b) Ampliación del ámbito de la oferta mayorista.

Es decir, que se amplíe el límite cuantitativo de la oferta o elimine de su cómputo los canales relativos al fútbol pues de lo contrario, el resto de operadores tiene que optar por ofrecer un tipo de contenido u otro.

c) Modificación de las condiciones económicas relativas a los contenidos deportivos. Entiende que debería adoptarse el mismo modelo para contenidos deportivos y no deportivos (coste por abonado) pero de seguirse el modelo implantado por la CNMC de reparto de costes de adquisición, al menos, (i) debería eliminar el coste variable una vez superados los mínimos garantizados y (ii) debería garantizar una contribución por parte de los operadores relacionado con la situación real en la explotación de estos contenidos deportivos.

La ventaja de Telefónica y DTS es incuestionable y no se ha erosionado con el crecimiento de los operadores alternativos en banda ancha. Precisamente, incorporar el mayor éxito relativo de los operadores alternativos en banda ancha en la fijación de precios de contenidos audiovisuales perpetúa las barreras de entrada a un mercado de televisión que se ha mostrado infranqueable precisamente por las restricciones en el acceso a contenidos.

Tampoco la potencialidad, por cuanto que dista de la realidad del mercado de TV de pago y más aún de la realidad del mercado del fútbol.

A la vista de ello Orange solicita que el reparto de costes tome en cuenta, de manera principal, la situación de partida del mercado del fútbol en la actualidad y, sólo subsidiariamente, la situación en el mercado de la TV de pago considerando un reparto basado hasta un 5% para la TV de pago y un 95% para el mercado del fútbol.

En definitiva, sin perjuicio de que Orange considere inadecuado a la finalidad de los compromisos cualquier modelo basado en un coste mínimo garantizado, en caso de que se admita esta opción el reparto de costes tiene que basarse en la situación existente en la actualidad respecto de los canales a los que se refiere el modelo.

d) Reducción de los precios NEBA

Con el fin de que Orange pueda acceder a la oferta mayorista de fibra de Telefónica sin incurrir en un estrechamiento de márgenes y, por tanto, se le permita realizar ofertas replicables a las de Telefónica.

QUINTO.- El Abogado del Estado se opone al recurso e interesa su desestimación.

Recuerda que la jurisprudencia del Tribunal Supremo en el ámbito de control de concentraciones ha establecido que la prohibición únicamente ha de ser adoptada cuando sea imposible la imposición de compromisos que resuelvan los problemas de competencia detectados, compromisos que deben tener un carácter temporal para no convertirse en medidas regulatorias indefinidas que la CNMC no está habilitada para establecer a través del mecanismo de control de concentraciones y que deben garantizar una dinámica competitiva tal que una vez expiren, se compensen los efectos negativos derivados de la operación de concentración.

Reconoce que la Dirección de Competencia en su informe advierte de la gravedad de los efectos perniciosos para la competencia efectiva de la operación de concentración pero que los compromisos presentados por Telefónica, tomados en su conjunto permiten preservar la dinámica competitiva preexistente.

Expone que los remedios no deben evitar ni compensar todos los perjuicios que se puedan generar a los competidores si les permiten ejercer una presión competitiva significativa sobre la entidad resultante que asegure el mantenimiento de la competencia efectiva porque de aceptarse las críticas a los compromisos aceptados se reducirían los incentivos de este operador y otros a competir de forma agresiva en los mercados afectados.

Entre otros factores, si TELEFÓNICA tuviese que dar a terceros todos sus contenidos exclusivos en condiciones orientadas a costes, la recurrente 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.

Respecto de la falta de resolución de todos los problemas de competencia detectados, en particular, en el mercado de comunicaciones electrónicas.

Explica el Abogado del Estado que en el momento de resolver sobre la concentración TELEFÓNICA/DTS, estaba en curso en la CNMC la revisión de la regulación ex ante de los mercados de acceso mayorista de banda ancha fija y la CNMC como organismo que integra las funciones de aplicación del sistema de control de concentraciones y de regulación ex ante de los mercados de comunicaciones electrónicas tuvo que decidir el modo de abordar un mismo problema de competencia (en el ámbito de los mercados mayoristas de banda ancha fija) mediante la operación de concentración o mediante una regulación, con tiempos de resolución diferentes.

El problema era que las medidas a adoptar en el marco de la operación de concentración en relación con los mercados mayoristas de banda ancha fija tendría que implementarse o coordinarse con el marco establecido por la regulación ex ante vigente, y su aplicación efectiva sólo se produciría tras períodos transitorios muy significativos.

Por razones de seguridad jurídica y a fin de establecer una regulación ex ante eficiente y sin incongruencias, la CNMC decidió abordar el problema de competencia detectado en el marco de los mercados mayoristas de banda ancha fija mediante una regulación específica de la propia CNMC, cuya revisión estaba muy próxima a concluir.

Considera por ello el Abogado del Estado que la diferencia temporal entre la resolución final de la operación de concentración y la revisión definitiva de la regulación ex ante de los mercados mayoristas de banda ancha fija (en el primer trimestre de 2016) no iba a afectar de forma significativa a la implementación efectiva de los remedios de los problemas de competencia detectados.

Asimismo, la aplicación de un único instrumento regulatorio, específicamente diseñado para abordar los problemas de competencia en los mercados mayoristas de banda ancha fija, favorece la aplicación efectiva y sin inconsistencias de los remedios necesarios.

Adecuación de los compromisos relacionados con la adquisición de contenidos audiovisuales individuales y canales de terceros.

Rechaza el Abogado del estado las dificultades que para una competencia efectiva destaca ORANGE por la limitación en la adquisición de contenidos audiovisuales de acontecimientos futbolísticos, consecuencia del Real Decreto Ley 5/2015 que ha impuesto un sistema de comercialización centralizada de tales derechos por parte de la Liga Nacional de Fútbol Profesional y la Real Federación Española de Fútbol a través de un sistema de adjudicación público y la propia subasta de Liga Nacional de Fútbol Profesional para las temporadas 2016/2017 y siguientes evidencia que por ejemplo, tanto MEDIAPRO como VODAFONE/ORANGE han podido competir y ganar en la adquisición de contenidos futbolísticos Premium.

Y esta capacidad de terceros operadores de competir con TELEFÓNICA se extiende a otros ámbitos porque TELEFÓNICA está sometida a unas limitaciones (de duración de contratos, alcance de las exclusivas) que no se aplican a operadores como ORANGE.

Aunque no disponga de las mismas economías de escala y alcance que TELEFÓNICA, puede ofrecer contratos de duración superior o exclusivas de La Subscription Video on Demand (SVOD) de contenidos no deportivos o no de estreno a precios atractivos, que hagan su oferta más atractiva que la de TELEFÓNICA y destaca que las entradas en España de operadores OTT (OVER THE TOP) como Netflix y HBO, con catálogos propios muy atractivos, evidencian que la competencia en el ámbito de televisión de pago en España se puede dinamizar en los próximos años, favorecida por las alianzas comerciales suscritas por VODAFONE con Netflix y la propia ORANGE con Wuaki TV.

Y ello porque los contenidos SVOD son cada vez más importantes para la captación de abonados, donde la audiencia no es el factor más relevante para competir en el mercado de televisión de pago, los canales lineales propios no tienen una excesiva importancia, y existe una oferta significativa de canales lineales editados por terceros y a disposición de todos los operadores.

Entiende por ello, que los compromisos fomentan la competencia efectiva, al salvaguardar la capacidad e incentivos de operadores como la recurrente para competir en el mercado de televisión de pago, minimizando la dependencia de TELEFÓNICA y fomentando la diferenciación entre operadores.

Adecuación de los compromisos relativos a la Oferta Mayorista.

1.- Sobre la oferta mayorista de canales de televisión propios, epígrafe 2.9 f) de la propuesta de compromisos aprobada.

Rechaza el Abogado del Estado la crítica al 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. La pretensión de tener acceso a todos los canales de la oferta mayorista ampliando el límite cuantitativo de la oferta o eliminando del cómputo los canales relativos al fútbol es desproporcionada porque desincentivaría a Telefónica y al resto de operadores de televisión de pago a realizar las inversiones necesarias para diferenciarse y captar el número máximo de abonados.

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.

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.

No obstante, 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.

Asimismo, los compromisos establecen que no se impondrán condiciones directa o indirectamente a los operadores de televisión sobre la forma de comercialización de los canales adquiridos de la entidad resultante, que podrán vender a la carta o conjuntamente en un paquete de entrada junto con servicios de comunicaciones electrónicas, y que podrán vender sin más limitaciones relativas al idioma, calidad, o dispositivos autorizados que las que asuma TELEFÓNICA.

En relación con el contenido de los canales Premium de la oferta mayorista, la posibilidad de excluir contenidos propios del canal va acompañada del compromiso de TELEFÓNICA de sustituir dichos contenidos por otros de calidad suficiente, de forma que no haya franjas horarias en negro y no se devalúe la calidad del canal ofertado.

Sobre la oferta mayorista de canales de televisión propios, epígrafe 2.9 j) de la propuesta de compromisos aprobada.

Se alega que la CNMC tenía que haber revisado su metodología de replicabilidad, pues aplicando los actuales criterios, que no se encuentran adaptados a los contenidos audiovisuales, las ofertas resultantes de los compromisos aceptados serán en todo caso inreplicables, y por tanto anticompetitivos, reforzando la posición de dominio de telefónica en el mercado.

Sin embargo, el Abogado del Estado destaca, siguiendo el criterio de la Dirección de Competencia, que es suficiente para asegurar la efectividad de estos compromisos la obligación implícita de TELEFÓNICA de autoevaluarse para evitar incumplir los compromisos de replicabilidad asumidos, así como 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. Asimismo, este mecanismo es consistente con los principios de autoevaluación que fomentan las autoridades de competencia en relación con los acuerdos entre empresas que puedan restringir la competencia.

El análisis de replicabilidad establecido en los compromisos se efectuará a tres niveles para cada canal y para cada plataforma de televisión de pago de la entidad resultante.

- Un primer nivel para los canales que forman parte de paquetes comerciales convergentes con servicios de comunicaciones electrónicas, en el que se analiza la replicabilidad del paquete minorista.
- Un segundo nivel donde TELEFÓNICA analizará la replicabilidad del canal a la carta.
- Un tercer análisis que verificará, en los casos de empaquetamiento mixto, la replicabilidad del precio minorista incremental implícito efectivo en el paquete minorista más contratado por los clientes de la entidad resultante.

En la medida en que este triple análisis tiene en cuenta los distintos tipos de servicios o paquetes demandados, y además, se elegirá el menor de los tres resultados, se está protegiendo la posibilidad real de replicar los paquetes o canales ofertados en el mercado minorista por TELEFÓNICA.

Con el objetivo de facilitar el análisis de replicabilidad, la entidad resultante está obligada a ofrecer a sus clientes finales en el paquete de televisión de pago básico más contratado de su plataforma IPTV, la posibilidad de contratar todos los canales de la oferta mayorista a la carta.

La entidad resultante deberá mantener una contabilidad separada para los servicios mayoristas previstos en este compromiso, que permita identificar claramente los costes correspondientes a cada servicio prestado.

Por último, 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 realizan bajo un estricto cumplimiento de los principios que debe regir dicha oferta mayorista.

Por otra parte, para no perjudicar a los operadores que actualmente han realizado un esfuerzo inversor y comercial en la adquisición de los canales propios de DTS, en el supuesto de que en la fecha de ejecución de la operación esté en vigor alguno de los actuales contratos para la distribución de los canales Canal+ 1 y Canal + Liga, recuerda el Abogado del Estado que la entidad resultante se compromete a no modificar ni resolver anticipadamente ninguno de dichos contratos y a otorgar a la contraparte los derechos de prórroga y/o de resolución anticipada sin penalización.

Sobre la determinación preliminar de los precios de cada canal, epígrafe 1.1 del Anexo 1 de la propuesta de compromisos aprobada.

Se refiere el recurrente a la contratación de los contenidos audiovisuales que incluyan Fútbol, Fórmula 1 y Moto GP, que establece que llevará aparejada un Coste Mínimo Garantizado, superado dicho coste se aplicará un precio por abonado. Alega que el modelo aprobado es desproporcionado e injustificado conllevando que Telefónica tenga el poder de excluir a pequeños operadores de la oferta.

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.

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.

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.

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.

A juicio de la Dirección de Competencia, 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.

Lo anterior es de aplicación también a los operadores de televisión de pago regionales que tienen la posibilidad de expandirse fuera de sus territorios prestando servicios OTT.

Los compromisos también contemplan que cuando se contraten canales en el mercado mayorista una vez comenzada la temporada de los eventos deportivos incluidos en dicho canal, el coste mínimo garantizado a pagar por el operador se ajuste a los eventos deportivos restantes de dicha temporada.

Tampoco es razonable, dice el Abogado del Estado, 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.

Para el resto de 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.

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

En el caso del segmento no residencial, el coste por abonado (OPA) 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.

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 los mismos de competir eficazmente en precio con sus propias ofertas minoristas.

Debiendo decaer por tanto también esta alegación.

Concluye el Abogado del Estado que los efectos de los compromisos adoptados solucionan de forma efectiva los problemas de competencia identificados en el expediente, mientras que el recurrente plantea criterios alternativos que no dejan de ser sus criterios subjetivos y meras afirmaciones sin prueba alguna.

No advierte ningún error de apreciación de los efectos que pueden producirse en el mercado de televisiones de pago y de comunicaciones electrónicas una vez que se hayan implementado los compromisos aceptados en la resolución que se impugna y además, la CNMC debe supervisar que los compromisos adoptados se cumplan constituyendo su incumplimiento infracción muy grave.

SEXTO.- La codemandada, TELEFONICA advierte que el objeto del recurso es verificar si la autoridad de Competencia incurrió en error manifiesto, arbitrariedad o desviación de poder al considerar que los Compromisos resolvían los problemas de competencia identificados

Comienza exponiendo los caracteres esenciales del mercado de la televisión de pago y alude al contexto regulatorio surgido con posterioridad a la Resolución impugnada y que responde a cuestiones no derivadas específicamente de la Operación, que ha potenciado los efectos positivos derivados de la ejecución de los Compromisos.

Se refiere al Real Decreto Ley 5/2015 que ha impuesto un sistema de comercialización centralizada de tales derechos por parte de la Liga Nacional de Fútbol Profesional y la Real Federación Española de Fútbol a través de un sistema de adjudicación público, transparente, competitivo y sin discriminación de licitadores, basado en criterios objetivos. Los derechos deben ser divididos en lotes, no pudiendo una misma entidad ser titular de más de dos lotes, y dichos derechos deben limitarse a un máximo de tres años, lo que facilitará el acceso a los mismos - como así ha sucedido - por parte de los competidores de Telefónica.

A su juicio, la configuración de los Compromisos ha dinamizado la competencia en el mercado de adquisición de contenidos futbolísticos para las tres temporadas siguientes a la operación como revela la participación de numerosos operadores en los procedimientos de licitación convocados por La Liga y que Mediapro haya sido la principal beneficiaria de los derechos para las siguientes tres temporadas al haber conseguido la práctica totalidad de los derechos de los contenidos futbolísticos subastados por La Liga, con la excepción del Lote adjudicado a Telefónica correspondiente a El Partidazo y del Lote adjudicado a la UTE formada por Orange/Jazztel y Vodafone/ONO relativo al canal no residencial (doc. 41). Es más, los compromisos han evitado que Telefónica se convierta en el titular en exclusiva de los derechos deportivos *premium*, al margen de que de haberse producido, el acceso del resto de empresas queda garantizado por la inclusión de los canales que contengan estos contenidos en la Oferta Mayorista.

Destaca que estando ya en vigor los Compromisos, se han producido importantes entradas en el mercado de la televisión de pago, así, operadores internacionales de la talla de Netflix, HBO, Sky o la de Amazon (documentos 1, 42, 43 y 46 adjuntos al escrito de contestación) lo que revela, a juicio de TELEFONICA, que los Compromisos han podido neutralizar las barreras de entrada identificadas por la Resolución impugnada.

Por esa razón, defiende la adecuación y suficiencia de los compromisos para resolver todos los problemas de competencia detectados como consecuencia de la concentración dando cumplida respuesta a cada una de las alegaciones de la entidad recurrente.

Rechaza que la resolución impugnada se aparte de precedentes anteriores en el mercado de la televisión de pago.

Cuestiona que la actora no haga un análisis global del conjunto de compromisos asumidos por TELEFONICA, 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 deba conducir a la prohibición de la operación así que se haya vulnerado el derecho europeo de la competencia invocado por ORANGE.



SÉPTIMO.- La Ley 15/2007, de Defensa de la Competencia dedica sus arts 7 y siguientes al régimen jurídico de las concentraciones económicas. Tras definir las y establecer el procedimiento de control dispone en el art. 10 que:

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."

Ha de tenerse en cuenta la posibilidad de que el Consejo de Ministros, a efectos de lo previsto en el artículo 60 de esta Ley, valore las concentraciones económicas atendiendo a criterios de interés general distintos de la defensa de la competencia, lo que en éste caso, no se ha producido, es decir que en la decisión recurrida se han tenido en cuenta únicamente criterios que garanticen una efectiva competencia entre los operadores tras la autorización de la concentración.

Como resulta del artículo 59 de la LDC, cuando de una concentración puedan derivarse obstáculos para el mantenimiento de la competencia efectiva, las partes notificantes, por propia iniciativa o a instancia de la CNMC, pueden proponer compromisos para resolverlos.

La Dirección de Competencia debe valorar estos remedios y el Consejo de la CNMC debe resolver sobre los mismos, contemplando la posibilidad de establecer condiciones si considera que los compromisos presentados no son adecuados o suficientes para resolver los problemas de competencia detectados.

Este modelo permite preservar las condiciones de competencia en el mercado mediante los principios de proporcionalidad y mínima intervención por parte de la autoridad a la hora de condicionar las operaciones de concentración que limitarían la libertad de empresa de las partes afectadas.

La proporcionalidad es importante porque los compromisos deben adoptarse con el fin de abordar de manera efectiva los problemas ocasionados por la operación de concentración notificada y no para resolver problemas de competencia preexistentes o ajenos a la operación.

En el presente caso, todos los operadores consultados en el expediente coincidieron en el importante daño para la competencia que resultaría de la operación por el elevado número de mercados interconectados siendo difícil la restitución de la dinámica competitiva mediante la aprobación de la misma, por lo que se trataría de una operación que debería prohibirse.

No obstante, la jurisprudencia del Tribunal Supremo en el ámbito de control de concentraciones, así las sentencias de 7 junio de 2005, rec. 37/2003, ha confirmado que la prohibición únicamente ha de ser adoptada cuando sea imposible la imposición de compromisos o condiciones que resuelvan los problemas de competencia detectados.

De la regulación existente se deduce que la finalidad del control de concentraciones es salvaguardar la competencia efectiva preexistente a la operación de concentración, en beneficio de los consumidores finales. Por esa razón, los compromisos no deben evitar ni compensar todos los perjuicios que se puedan generar a los competidores, especialmente si estos perjuicios no impiden a los competidores tener la capacidad y el incentivo a ejercer una presión competitiva significativa sobre la entidad resultante que asegure el mantenimiento de la competencia efectiva.

Es necesario precisar ahora el alcance del control judicial sobre la resolución que resuelve sobre la operación de concentración.

Debemos partir, en primer lugar de 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. Entre los principios generales dice 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".

En cuanto a las condiciones básicas que han de reunir los compromisos que la Comunicación denomina aceptables, dedica los apartados 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".

Pues bien a partir de aquí, el alcance de nuestro control debe proyectarse sobre la motivación de la decisión con el fin de verificar los criterios que la han justificado excluyendo su arbitrariedad así como la existencia o no de errores de apreciación sobre los hechos determinantes.

Y ello porque como advierte el Tribunal Supremo *"la resolución que autoriza la operación de concentración se adopta por la CNMC en el ejercicio de su discrecionalidad técnica pues es fruto de la valoración de criterios que resultan de los conocimientos especializados de los órganos intervinientes en el procedimiento cuyas apreciaciones se justifican, en la imparcialidad de los órganos establecidos para realizar la calificación que les otorga una presunción de acierto, presunción iuris tantum, que debe ser desvirtuada por desviación de poder, arbitrariedad o ausencia de toda posible justificación del criterio adoptado por fundarse en patente error. La prueba de que concurre alguno de estos supuestos corresponde a quién impugna la decisión administrativa..."*

El control judicial del ejercicio de esa potestad discrecional ha de sujetarse por ello a los límites que resultan del art. 71.2 de la LJCA y puede llevarse a cabo mediante el análisis de la motivación empleada por la resolución recurrida así como a través de la interdicción de la arbitrariedad y los principios generales del derecho.

OCTAVO.- Recordemos 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".*

A su vez, el informe propuesta de la Dirección de Competencia en el que se fundamenta la resolución recurrida analiza detalladamente la operación de concentración y reconoce que *" 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".

Ahora bien, en su apartado 1013 dice 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".*

En su informe propuesta, la Dirección de Competencia examina cada uno de los mercados afectados por las circunstancias que genera en cada uno de ellos la operación de concentración y da una respuesta individualizada, analizando la idoneidad de otro tipo de compromisos sugeridos por los interesados en el expediente que finalmente rechaza de manera motivada.

Examina también los compromisos adoptados en relación con los mercados de comercialización mayorista de contenidos audiovisuales individuales y de canales de televisión en España, y en concreto, los relativos a la adquisición exclusiva de derechos de emisión en España de contenidos audiovisuales no deportivos para su emisión lineal y el límite de 3 años de vigencia para los contratos que suscriba Telefónica y el de dos años de periodo máximo de explotación; los compromisos relativos a la adquisición de derechos de emisión en España de contenidos audiovisuales no deportivos de terceros para su emisión en SVOD y en TVOD, los atinentes a la oferta mayorista de canales de televisión propios de telefónica y respecto de la distribución de canales de televisión de terceros. La valoración de los compromisos y su adecuación a los problemas de competencia que genera la operación aparece debidamente motivada en el Informe propuesta al que se remite la resolución recurrida.

Así, gran parte de la crítica de la actora se centra en el modelo económico establecido para los canales cuyos contenidos tienen un coste fijo de adquisición muy elevado (fútbol y motor) para los que se establece un coste mínimo garantizado.

Este sistema ya fue muy criticado por los operadores en el expediente en el que argumentaban la necesidad de 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, pero la Dirección de Competencia (apartado 1105 de su informe rechazó tales propuestas) y 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 añadía 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.

A juicio de la Sala y atendiendo a criterios de proporcionalidad, se encuentra motivada la definición de lo que constituye contenido "premium" a los efectos del acceso a la Oferta Mayorista de Telefónica; el límite del 50% de los contenidos de la Oferta Mayorista de Telefónica y 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 la fórmula establecida para la realización de los test de replicabilidad.

NOVENO.- Sostiene la actora, en primer lugar, que las condiciones aprobadas no eliminan los problemas en materia de competencia en el mercado de comunicaciones electrónicas. Destaca en éste sentido que el propio Informe Propuesta en Segunda Fase concluía que la incidencia que la operación tiene sobre el mercado de comunicaciones electrónicas es notable, por la realización de ofertas *cuadrupleplay* que integran los servicios de telefonía fija, móvil y televisión de pago el refuerzo de la posición de TELEFÓNICA en el ámbito de la televisión de pago y la adquisición de derechos de emisión en España de contenidos audiovisuales, le dan a la entidad resultante una ventaja competitiva muy significativa en los mercados minoristas de comunicaciones electrónicas a través de las ofertas convergentes que incluyen televisión de pago.

Sin embargo, la CNMC no subordinó la operación a ningún compromiso o condición tendente a garantizar la competencia en este mercado. Rechaza que la CNMC demore su solución a un momento posterior en el tiempo que se ignora cuándo va a producirse.

Debemos recordar que la Dirección de competencia constató en su informe que la operación de concentración notificada afectaba 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. Destacó también que las eficiencias alegadas por TELEFÓNICA en principio no beneficiarían significativamente a los consumidores y, en cualquier caso, ni habían sido suficientemente cuantificadas ni compensarían los efectos restrictivos sobre la competencia efectiva de la operación de concentración notificada por lo que que la operación de concentración, sin la aplicación de compromisos o condiciones, obstaculizaba el mantenimiento de la competencia efectiva en los mercados considerados.

Ahora bien, la CNMC que aglutina las funciones de control de las operaciones de concentración económica que puedan afectar a la competencia y de regulación ex ante de los mercados de comunicaciones electrónicas era consciente del problema de competencia detectado en el marco de los mercados mayoristas de banda ancha fija (folios 176 a 183 del informe de la Dirección de Competencia) pero entendió que *" 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 operadores de comunicaciones electrónicas puedan replicar las ofertas convergentes que incluyen televisión de pago que ofrece actualmente TELEFÓNICA.*

Como destaca el Abogado del Estado, si abordaba el problema desde la operación de concentración tendría que hacerlo en el marco establecido por la regulación ex ante vigente en aquella fecha y su aplicación efectiva sólo se produciría tras periodos transitorios muy significativos.

Paralelamente, ha de tenerse en cuenta que varios operadores de comunicaciones electrónicas reclamaron compromisos relacionados con la conexión entre el mercado de televisión de pago y los mercados de comunicaciones electrónicas pero las propuestas realizadas, como describe el informe de la Dirección de competencia, eran muy diferentes entre sí y por ejemplo, la prohibición de ofrecer ofertas cuádruple play, se rechazó por suponer una distorsión excesiva en la política comercial actual de TELEFÓNICA, que causaría un perjuicio a los consumidores.

Destacaba también la Dirección de Competencia, que la regulación de los antiguos mercados 4 y 5 (nuevos mercados 3 y 4) estaba en proceso de revisión por parte de la CNMC y que era en el marco de esta revisión de la regulación ex ante de los mercados mayoristas de banda ancha fija, que se aprobaría meses después, donde la CNMC podría 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, evitando los solapamientos y posibles contradicciones en el ámbito de los servicios mayoristas de banda ancha fija entre el presente procedimiento y dicha revisión de la regulación ex ante.

En realidad, la reforma regulatoria estaba en curso y de hecho, el 24 de febrero de 2016, se aprobó por el Consejo de la CNMC, la resolución por la que se aprueba la definición y análisis del mercado de acceso local al por mayor facilitado en una ubicación fija y los mercados de acceso de banda ancha al por mayor, la designación de operadores con poder significativo de mercado y la imposición de obligaciones específicas.

La citada resolución considera que el mercado de acceso local al por mayor facilitado en una ubicación fija en España es un mercado de referencia susceptible de regulación ex ante, de conformidad con lo dispuesto en la Directiva Marco y en el artículo 13 de la Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones. Determinó que Telefónica de España, S.A.U. tiene poder significativo en el citado mercado, en el sentido de lo dispuesto en el apartado 2, artículo 14, de la Directiva Marco, y en el Anexo II, apartado 27 de la Ley General de Telecomunicaciones y la impuso una serie de obligaciones no solo de abrir su red de cobre sino también de facilitar el acceso a su red de fibra salvo en aquellos territorios donde se encuentre presentes operadores desplegando redes de nueva generación por lo que se entiende que existe en ellos un suficiente grado de competencia efectiva.

Considera por ello la Sala, que la CNMC detectó con la notificación de la operación que el mercado de comunicaciones electrónicas podía quedar afectado por la Operación en la medida en que la televisión de pago se consideraba una variable fundamental para la contratación de ofertas empaquetadas, afectación que iba más allá de la necesidad de aprobar unos compromisos.

Por lo tanto, el Consejo de la CNMC en el ejercicio de sus facultades optó legítimamente por esperar a dictar la citada regulación que se encontraba en trámite paralelamente a la operación de concentración, por lo que no incumplió obligación alguna.

Es verdad que los primeros meses tras la concentración son cruciales para posicionarse en el mercado pero la actora no ha acreditado que las citadas medidas fueran insuficientes o la no adopción de tales compromisos haya impedido ese efecto.

Podrá discutirse la decisión de la CNMC de abordar el problema de competencia mediante una nueva regulación en lugar de adoptar los compromisos necesarios pero no podemos afirmar que la opción elegida

en el contexto en el que se adoptó fuera irrazonable o arbitraria por lo que debemos rechazar, por tanto, la pretensión de nulidad de la resolución porque no se adoptaran medidas o compromisos para garantizar la competencia en el mercado de comunicaciones electrónicas.

Ha de tenerse en cuenta, además, que el problema de los mercados mayoristas de banda ancha fija no surge con la operación de concentración, existía con anterioridad, lo que explica también la decisión de abordarlo no mediante compromisos concretos respecto de un problema de competencia surgido de la operación de concentración sino mediante la regulación expuesta. A ello se añade que TELEFONICA asumió compromisos en éste ámbito como facilitar el acceso por parte de los prestadores de servicios de televisión de pago OTT - a los abonados de comunicaciones electrónicas de Telefónica y el (Compromiso 1.1) de renuncia a las permanencias reconociendo que si bien el Compromiso se refiere en su encabezado al mercado de televisión de pago están destinados a proteger la capacidad competitiva de los prestadores de servicios de comunicaciones electrónicas cuádruple play - incluida la televisión de pago - en el mercado.

El hecho de que, como destaca el voto particular de la resolución impugnada, no se haga una referencia específica al hecho de que con la operación, TELEFONICA 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 esa 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.

DÉCIMO.- Respecto de la arbitrariedad de la resolución recurrida por no imponer a TELEFONICA la obligación de mantener una oferta Stand Alone a precios razonables, ORANGE solicitaba la imposición a TELEFONICA la obligación de ofertar servicios de televisión de forma separada a los servicios de comunicación electrónica con el fin de asegurar que se ofrece a los usuarios la posibilidad de acceder a los servicios de televisión de pago prestados por TELEFONICA sin tener que renunciar a su proveedor habitual de servicio de comunicaciones electrónicas.

ORANGE insiste en que no pide que televisión de pago y telefonía se oferten necesariamente por separado sino que se ofrezca a los usuarios tal posibilidad pues tradicionalmente estos servicios se venían ofreciendo de forma separada a los usuarios por proveedores ajenos entre sí.

TELEFONICA afirma que esa petición responde a que los servicios de televisión de pago de DTS se venían ofreciendo de forma separada por DTS antes de la operación pero TELEFONICA presta servicios de televisión de pago stand alone por tecnología DTS de manera que la implantación del servicio en los términos que propone ORANGE rompería el equilibrio alcanzado.

Además, insiste TELEFONICA, la pretensión de ORANGE carece de fundamento porque puede distribuir los contenidos futbolísticos en su plataforma, sin necesidad de recurrir a un servicio de televisión de pago *stand-alone* de Telefónica, dado que, como ha quedado acreditado, es Mediapro la que ha resultado titular de la práctica totalidad de los derechos relativos a los acontecimientos futbolísticos para las próximas temporadas y, además, ella misma ha resultado adjudicataria del lote de derechos relativos al canal no residencial concurriendo en UTE junto a Vodafone. Es por tanto posible disponer de una oferta completa, sin necesidad de decantarse por un contenido o por otro, contrariamente a lo alegado por la recurrente.

A juicio de la Sala, el problema de la imposición de esta obligación concreta es que hace perder la visión global o de conjunto que debe presidir el establecimiento de los compromisos porque un precio incentivador de la contratación del servicio *stand alone* de Telefónica desmotiva la contratación del servicio de una empresa competidora, lo que afectaría especialmente a los servicios prestados por los operadores OTT. Es decir, la obligación así impuesta primaría a los operadores de comunicaciones electrónicas en detrimento de los operadores de televisión de pago *stand alone*, en particular los OTT, quebrando el equilibrio perseguido por la Resolución impugnada.

Este razonamiento no ha sido desvirtuado por ORANGE, por lo que rechazamos el motivo impugnatorio.

DECIMOPRIMERO.- Denuncia la actora la ausencia de un compromiso consistente en la prestación de un servicio mayorista por TELEFONICA de acceso indirecto a través de una red fija que permita prestar servicios de televisión de pago e insiste en que la resolución se aparta del borrador de 2010.

La exigencia del compromiso expuesto en tales términos revela, a juicio de la Sala, su falta de consistencia porque no tiene en cuenta la perspectiva de conjunto que deben tener los compromisos y su necesidad resulta exclusivamente de la comparativa con el borrador de 2010 al entender que si las condiciones del Borrador de 2010, eran aparentemente más estrictas, pese a que TELEFONICA pretendía adquirir solo un 22,5% en DTS, las condiciones impuestas en la resolución recurrida tendrían que haber sido aún más estrictas que las contenidas en el Borrador de 2010.

El borrador aludido es el que la entonces Dirección de Investigación de la extinta CNC remitió a las partes notificantes en el marco del procedimiento C/0231/10, Prisa/Telefónica/Telecinco/DTS, que no llegó a ser aprobado por el órgano de resolución de la CNC. Por tanto, no puede considerarse a este documento como un precedente que vincule a la actual CNMC.

Ahora bien, aunque tanto en 2010 como la operación enjuiciada ahora suponían la adquisición de control de Telefónica sobre DTS las diferencias son notables porque en la operación de 2010 junto a Telefónica intervenía un operador de televisión en abierto - Telecinco - lo que posibilitaba mayores solapamientos frente al control exclusivo de TELEFÓNICA resultante de la operación actual.

Además, en 2010, los operadores de comunicaciones electrónicas como Vodafone y la propia recurrente, tenían menor peso y no existían entonces operadores de televisión de pago OTT como Netflix o Wuaki. Por lo tanto, la situación no es comparable y tampoco pueden serlo los compromisos.

Por otra parte, la confrontación de las alegaciones de la recurrente con las de TELEFÓNICA permite apreciar que no es posible comparar ambas situaciones porque en el año 2010, los servicios lineales y no lineales no se solapaban en la misma ventana de emisión y en la actualidad es posible por el desarrollo tecnológico y el incremento de los servicios de televisión a través de internet. Es por ello que los Compromisos se han establecido en función de las nuevas circunstancias existentes en el mercado y además, ORANGE no toma en consideración las obligaciones que no se contemplaron en el Borrador de 2010 y que fueron impuestas ex novo por la Resolución impugnada.

Orange alega que el Borrador de 2010 contemplaba una prohibición absoluta de exclusivas en la modalidad no lineal, y critica que la Resolución impugnada permita exclusivas en modalidad no lineal en la ventana de estreno.

Ahora bien, en el año 2010, los servicios lineales y no lineales no se solapaban en la misma ventana de emisión. Sin embargo, en la actualidad este solapamiento es posible debido al desarrollo tecnológico y al auge de los servicios de televisión a través de internet. Es por ello que los Compromisos se han configurado de manera acorde a las nuevas circunstancias existentes en el mercado.

Además, ORANGE no toma en consideración las obligaciones que no se contemplaron en el Borrador de 2010 y que fueron impuestas por la Resolución impugnada, por ejemplo, la prohibición de adquisición de derechos en exclusiva (Compromiso 2.2.a).

DÉCIMOSEGUNDO.- En cuanto a la conformidad a derecho respecto del mercado de comercialización de contenidos audiovisuales individuales.

ORANGE sostiene que el límite del 50% le impide ofrecer a sus abonados cine y series, sin embargo, rechazamos este argumento, porque, en realidad, la resolución impugnada no se aparta del Borrador de 2010 al limitar la Oferta Mayorista de Telefónica a contenidos *premium*.

El Borrador de 2010 no obligaba a incluir todos los contenidos exclusivos en la Oferta Mayorista de la entidad resultante sino que limitaba la obligación - de forma similar a los actuales Compromisos - a los contenidos Premium y contemplaba la cesión únicamente al 50% de los contenidos premium, sin que el documento definiera el concepto.

En la actualidad, se define el canal premium a los efectos de los Compromisos, (aquél que incluya algún contenido audiovisual no deportivo de estreno de los grupos empresariales denominados Majors (los grupos empresariales de los siguientes estudios: Sony, Warner, Disney, Universal, Paramount y Fox) sobre el que la entidad resultante disponga de derechos de emisión en exclusiva en España y los canales deportivos o algún evento deportivo en directo de la Liga de Primera División de fútbol, Copa de S.M. el Rey de fútbol, Champions League, Europa League, Campeonato del Mundo de Fútbol, Campeonato Mundial de Baloncesto, Fórmula 1, Moto GP y los Juegos Olímpicos, sobre el que la entidad resultante disponga de derechos de emisión en exclusiva en España.) y el número de canales de Telefónica sujeto a la Oferta Mayorista el mismo (página 4 de la contestación a la demanda).

La diferencia estriba por tanto en que ahora se define el canal Premium y que en el borrador de 2010 se contemplaba un plan de actuaciones al respecto mientras que la resolución recurrida detalla con un mayor contenido los compromisos pero siendo similar al borrador de 2010.

DÉCIMOTERCERO.- Orange sostiene que los precios de la Oferta Mayorista de derechos deportivos contenidos en el Borrador de 2010 eran inferiores a los previstos en los Compromisos.



En realidad, el Compromiso 2.9.) establece que la Oferta Mayorista de canales propios premium se hará " *en condiciones equitativas, razonables, objetivas, transparentes v no discriminatorias*" de forma similar a lo que establecía el borrador de 2010.

Partiendo de estos principios generales, el cálculo de los precios de la oferta mayorista se hace de manera distinta según el tipo de contenido de que se trate pues los costes de adquisición y el riesgo asumido por la entidad resultante de la concentración también es distinto.

Así, para los canales cuyos contenidos tienen un coste fijo de adquisición muy elevado (fútbol y motor) se establece un coste mínimo garantizado con el fin de compartir el mayor coste y riesgo que asume la entidad resultante en la adquisición de estos derechos.

El reparto de este coste fijo (costes de adquisición de contenidos y de producción) se hace en función de tres variables con un porcentaje 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%).

ORANGE critica el sistema por entender mejor establecer un coste fijo por abonado, sin embargo, la Dirección de Competencia, avaló el sistema de reparto del coste fijo en los términos expuestos con el fin de 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 porque en ese momento la penetración en la base de abonados de terceros operadores de los canales que incluyen fútbol nacional era muy escasa, en torno al 15% de la base de abonados de cada operador.

Este criterio es razonable y no se ha desvirtuado, a juicio de la Sala.

Además, los compromisos también contemplan que cuando se contraten canales en el mercado mayorista una vez comenzada la temporada de los eventos deportivos incluidos en dicho canal, el coste mínimo garantizado a pagar por el operador se ajuste a los eventos deportivos restantes de dicha temporada introduciendo así un factor de proporcionalidad.

Paralelamente, en cuanto al resto de contenidos no se imponen mínimos garantizados, ya que el esfuerzo inversor de TELEFÓNICA es mucho más limitado y hay menos incertidumbre en la amortización de la inversión.

A juicio de la Sala, el modelo no resulta irrazonable o arbitrario pues incorpora el compromiso de TELEFÓNICA de hacer un análisis de replicabilidad a fin de garantizar que mediante las condiciones de comercialización de la oferta mayorista a sus competidores en el mercado de televisión de pago, TELEFÓNICA no limita la capacidad de los mismos de competir eficazmente en precio con sus propias ofertas minoristas.

DECIMOCUARTO.- Orange alega que se ha eliminado injustificadamente la obligación de elaborar una Oferta Mayorista de acceso indirecto a redes fijas con capacidad para transmitir televisión de pago porque en el Borrador de 2010 se contemplaba una obligación de acceso indirecto a redes fijas con capacidad de retransmisión de televisión de pago, manifestando que en la presente Operación dicha obligación habría sido obviada.

El planteamiento es incorrecto porque no se trata de echar en falta aquellas obligaciones que incluía el borrador de 2010 y que ahora no están, por ejemplo, porque el desarrollo tecnológico no lo impone sino de poner de manifiesto, en un examen global de los compromisos adoptados que estos son insuficientes o inadecuados para mantener la dinámica competitiva preexistente revelando así que la decisión de autorizar la concentración fue irrazonable o arbitraria, lo que no se ha efectuado.

Además, esa técnica obligaría a analizar el alcance y efecto de los compromisos que se introducen ahora y que no figuraban en 2010 en relación, además, a una situación diferente lo que pone de manifiesto la dificultad de cuestionar la razonabilidad de la operación de concentración desde esa perspectiva.

Por lo tanto, la recurrente discrepa de los compromisos que estima insuficientes pero no ha acreditado, mediante la oportuna prueba al efecto, 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, que deben contemplarse con una perspectiva global o de conjunto limitándose a sustituir la apreciación técnica de la resolución recurrida que se ampara en el informe de la Dirección de Competencia por la suya propia.

DECIMOQUINTO.- Rechazada la pretensión anulatoria principal debemos asimismo desestimar la subsidiaria consistente en imponer a la CNMC la adopción de una serie de medidas adicionales para autorizar la operación en los términos propuestos por la actora y que hemos recogido al resumir los fundamentos de la demanda.



Ya hemos expuesto que el control judicial se centra en revisar si la actuación de la CNMC en el ejercicio de las potestades que la Ley 15/2007 en materia de concentraciones económicas le atribuye para garantizar el mantenimiento de una competencia efectiva, es conforme a derecho y no incurre en arbitrariedad o error patente y manifiesto.

El control judicial de esa actuación amparada en la discrecionalidad técnica tiene el límite que impone el art. 71.2 LJCA y por tanto la Sala no puede incidir en el margen de apreciación que ha tenido la CNMC para autorizar la concentración imponiendo a los existentes nuevas obligaciones o compromisos.

Ha de tenerse en cuenta, además, que los compromisos existentes son el resultado de la valoración conjunta de todos los intereses tal y como indica la resolución recurrida y la modificación unilateral mediante la adición de nuevas obligaciones sin analizar su incidencia en relación con los ya establecidos podría alterar el equilibrio existente desde el punto de vista de la competencia efectiva.

Procede, en consecuencia, rechazar tal pretensión subsidiaria, desestimar el recurso y confirmar la resolución recurrida.

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

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

FALLAMOS

QUE DEBEMOS DESESTIMAR el recurso interpuesto por el Procurador D. Roberto Alonso Verdú, actuando en nombre y representación de **ORANGE ESPAGNE S.A.U (ORANGE)** contra la resolución del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, 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 TELEFÓNICA/DTS mediante la que Telefónica de Contenidos S.A.U, adquiriría el control exclusivo de DTS, Distribuidora de Televisión Digital (DTS), aprobación sujeta al cumplimiento de los compromisos presentados por Telefónica ante la CNMC con fecha 14 de abril de 2015, resolución que declaramos conforme a derecho.

Con imposición de costas a la parte recurrente.

La presente sentencia es susceptible de recurso de casación que deberá 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.