



Roj: **SAN 2438/2022 - ECLI:ES:AN:2022:2438**

Id Cendoj: **28079230062022100323**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **6**

Fecha: **06/06/2022**

Nº de Recurso: **545/2017**

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: 0000545/2017

Tipo de Recurso: PROCEDIMIENTO ORDINARIO

Núm. Registro General: 04398/2017

Demandante: OPENCABLE TELECOMUNICACIONES SL

Procurador: D^a. MÓNICA DE LA PALOMA FENTE DELGADO

Demandado: COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y LA COMPETENCIA

Abogado Del Estado

Ponente Ilmo. Sr.: D. RAMÓN CASTILLO BADAL

SENTENCIA Nº:

Ilma. Sra. Presidente:

D^a. BERTA SANTILLAN PEDROSA

Ilmos. Sres. Magistrados:

D. MARIA JESUS VEGAS TORRES

D. **RAMÓN CASTILLO BADAL**

Madrid, a seis de junio de dos mil veintidós.

VISTO el presente recurso contencioso-administrativo núm. 545/17 promovido por la Procuradora D^a. Mónica de la Paloma Fente Delgado actuando en nombre y representación de **OPENCABLE TELECOMUNICACIONES SL**, contra la resolución de 4 de mayo de 2017, del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, dictada en el expediente VC/0612/14 TELEFONICA/DTS que autorizó la operación de concentración económica consistente en la adquisición por TELEFONICA del control exclusivo de la sociedad DTS DISTRIBUIDORA DE TELEVISIÓN DIGITAL S.A.

La citada resolución vigila el cumplimiento de las condiciones impuestas en la resolución de 22 de abril de 2015 (expte. C/0612/14 TELEFÓNICA/DTS), que autorizó la operación de concentración económica.

En la citada resolución, la CNMC determinó que se debían introducir ajustes en la determinación del coste mínimo garantizado asignado a cada operador que adquirió los canales de fútbol de la oferta mayorista de TELEFÓNICA, con objeto de que dichos cálculos fueran compatibles con los compromisos que asumió ésta tras la resolución de 22 de abril de 2015, que aprobó la operación de concentración.



Además, TELEFONICA tiene que compensar a los operadores que hubiesen cobrado de más por coste mínimo garantizado de forma equivalente al derecho a reclamar el pago de las cantidades adicionales por coste mínimo garantizado a los operadores que hubiesen cobrado de menos por este concepto.

Igualmente encargó a la DC la continuación de la vigilancia de dicha Resolución.

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 se dicte sentencia por la que:

" estimando íntegramente la presente, declare nula de pleno Derecho la referida Resolución."

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.- Mediante auto de 5 de febrero de 2018, sin necesidad de abrir el periodo probatorio, se declaró pertinente la documental pública propuesta por la actora, teniendo por reproducidos los documentos obrantes en el expediente administrativo así como los documentos aportados por la recurrente en su escrito de interposición y demanda sin prejuzgar sobre su valoración a efectos probatorios.

CUARTO.- 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 27 de abril de 2022, en que tuvo lugar.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Es objeto del presente recurso la resolución de 4 de mayo de 2017, del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, dictada en el expediente VC/0612/14 TELEFONICA/DTS que autorizó la operación de concentración económica consistente en la adquisición por TELEFONICA del control exclusivo de la sociedad DTS DISTRIBUIDORA DE TELEVISIÓN DIGITAL S.A.

La citada resolución vigila el cumplimiento de las condiciones impuestas en la resolución de 22 de abril de 2015 (expte. C/0612/14 TELEFÓNICA/DTS), que autorizó la operación de concentración económica.

En la citada resolución, la CNMC determinó que se debían introducir ajustes en la determinación del coste mínimo garantizado asignado a cada operador que adquirió los canales de fútbol de la oferta mayorista de TELEFÓNICA, con objeto de que dichos cálculos fueran compatibles con los compromisos que asumió esta tras la resolución de 22 de abril de 2015, que aprobó la operación de concentración.

Además, TELEFONICA tiene que compensar a los operadores que hubiesen cobrado de más por coste mínimo garantizado de forma equivalente al derecho a reclamar el pago de las cantidades adicionales por coste mínimo garantizado a los operadores que hubiesen cobrado de menos por este concepto.

A la vista de los documentos que integran el expediente administrativo y de los unidos a estos autos, constituyen antecedentes relevantes para la resolución del pleito los siguientes:

- 1.- Con fecha 17 de octubre de 2014, fue notificada a la CNMC la operación de concentración económica consistente en la adquisición por parte de TELEFÓNICA DE CONTENIDOS, S.A.U. del control exclusivo de DTS DISTRIBUIDORA DE TELEVISIÓN DIGITAL, S.A. (DTS), notificación que dio lugar al expediente C/0612/14 TELEFÓNICA/DTS.
- 2.- Con fecha 22 de abril de 2015, el Consejo de la CNMC resolvió autorizar la operación de concentración económica TELEFÓNICA/DTS (expediente C/0612/14), subordinada al cumplimiento de los compromisos presentados por TELEFÓNICA DE CONTENIDOS, S.A.U. el 14 de abril de 2015, que obligan a esta empresa y a cualquiera de las empresas del grupo (conjuntamente referidas como TELEFÓNICA).
- 3.- Con fecha 29 de mayo de 2015, TELEFÓNICA presentó ante la CNMC, entre otra documentación, la oferta mayorista de canales y sus condiciones tipo, incluyendo las condiciones particulares de los distintos canales y el modelo de carta de aceptación. La oferta mayorista no incluyó en ese momento los canales de fútbol.



Con fecha 21 de julio de 2015, TELEFÓNICA remitió a la CNMC, entre otras, las condiciones particulares de los canales "Abono Fútbol" (que incluye la mayoría de los partidos de la Liga de Primera División y de la Copa de S.M. el Rey (desde treintaidosavos) de fútbol de la temporada 2015/2016), y "Abono Fútbol 1" (que incluye un partido por jornada de la Liga de Primera División y de la Copa de S.M. el Rey (desde treintaidosavos) de fútbol de especial interés, durante la temporada 2015/2016). Posteriormente, con fecha 21 de agosto de 2015, TELEFÓNICA presentó la modificación de las condiciones particulares de ambos canales mayoristas de fútbol.

4.- En el marco del expediente de vigilancia de la Resolución de 22 de abril VC/0612/14 TELEFÓNICA/DTS, la Dirección de Competencia, entre el 22 de junio de 2015 y el 25 de agosto de 2016, realizó sucesivos requerimientos de información a TELEFONICA. Las contestaciones a los requerimientos realizados se remitieron entre los días 1 de julio de 2015 y 12 de septiembre de 2016.

Asimismo, durante el mes de febrero de 2016, la Dirección de Competencia realizó requerimientos de información a los operadores Vodafone, Orange, Telecable, Total Channel y Opencable, así como a la Liga Nacional de Fútbol Profesional (LNFP). Las contestaciones se recibieron ese mismo mes de febrero.

5.- El 11 de mayo de 2016, la DC emitió una Propuesta de Informe Parcial de vigilancia relativo a la revisión de los cálculos realizados por TELEFÓNICA para determinar el coste mínimo garantizado asignado a cada operador que adquirió los canales de fútbol de la oferta mayorista de TELEFÓNICA. Dicha Propuesta fue notificada a TELEFONICA el 13 de mayo de 2016, frente a la cual presentó alegaciones el día 9 de junio de 2016.

6.- Adicionalmente, el 11 de mayo de 2016, al amparo del artículo 39.1 de la LDC, la DC remitió requerimientos a Mediapro (Total Channel), Orange, Vodafone, Opencable y Telecable, en los que se solicitaba observaciones en relación con la versión no confidencial de la Propuesta de Informe Parcial de Vigilancia, teniendo en cuenta que estos operadores han sido demandantes de estos canales de fútbol de la oferta mayorista de TELEFÓNICA. Las contestaciones a estos requerimientos tuvieron entrada en la CNMC el 25 de mayo de 2016 (Telecable), el 30 de mayo de 2016 (Mediapro), el 31 de mayo de 2016 (Vodafone), el 2 de junio de 2016 (Opencable, que complementó su respuesta con un escrito que tuvo entrada en la CNMC el 17 de junio de 2016) y el 6 de junio de 2016 (Orange).

7.- Con fecha 2 de junio de 2016, tuvo entrada en la CNMC un recurso de TELEFÓNICA contra los anteriores acuerdos de la Dirección de Competencia de 11 de mayo de 2016, por los que se daba traslado de la propuesta de informe parcial a los citados operadores. Este recurso dio lugar al expediente R/AJ/165/16. En el mismo, TELEFÓNICA consideraba que los requerimientos de información prescinden del procedimiento legalmente establecido en el artículo 42.3 del RDC y han transmitido cuantiosa y relevante información confidencial de TELEFÓNICA a Mediapro (Total Channel), Orange, Vodafone, Opencable y Telecable. Este recurso fue desestimado por el Consejo de la CNMC mediante Resolución de 21 de julio de 2016.

Contra dicha resolución interpuso TELEFONICA recurso contencioso administrativo ante la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional.

8.- Tras otros trámites, con fecha 28 de septiembre de 2016, la Dirección de Competencia remitió al Consejo Informe Parcial de Vigilancia sobre la revisión del coste mínimo garantizado aplicado por TELEFÓNICA a los operadores que han adquirido los canales de televisión de pago Abono Fútbol y Abono Fútbol 1, de su oferta mayorista, en relación al cumplimiento de la Resolución de la CNMC de 22 de abril de 2015.

9.- Tras estar suspendido el procedimiento, la Sala de Supervisión Regulatoria del Consejo de la CNMC emitió informe sin observaciones: "*La Sala de Supervisión Regulatoria, en su sesión de 27 de abril de 2017, al amparo de lo dispuesto en el artículo 21.2 de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la CNMC, y exclusivamente respecto del ámbito regulatorio delimitado por las funciones atribuidas a esta Sala en los artículos 6 y 9 de la Ley 3/2013, emite informe sin observaciones.*"

10.- La Sala de Competencia del Consejo deliberó y falló la Resolución que ahora se impugna en su sesión del día 4 de mayo de 2017.

Como hemos indicado, en la resolución de 4 de mayo de 2017 aquí recurrida, expte, VC/0612/14 TELEFÓNICA/DTS, la CNMC vigila el cumplimiento de las condiciones impuestas en la resolución de 22 de abril de 2015 (expte. C/0612/14 TELEFÓNICA/DTS), que autorizó la operación de concentración económica consistente en la adquisición por parte de TELEFÓNICA del control exclusivo de la sociedad DTS DISTRIBUIDORA DE TELEVISIÓN DIGITAL, S.A. (DTS).

En la citada resolución, la CNMC determinó que se debían introducir ajustes en la determinación del coste mínimo garantizado asignado a cada operador que adquirió los canales de fútbol de la oferta mayorista de TELEFÓNICA, con objeto de que dichos cálculos fueran compatibles con los compromisos que asumió esta tras la resolución de 22 de abril de 2015 que aprobó la operación de concentración.



Además, TELEFÓNICA tiene que compensar a los operadores que hubiesen cobrado de más por coste mínimo garantizado de forma equivalente al derecho a reclamar el pago de las cantidades adicionales por coste mínimo garantizado a los operadores que hubiesen cobrado de menos por este concepto.

Igualmente encargó a la Dirección de Competencia la continuación de la vigilancia de dicha Resolución.

SEGUNDO.- En la demanda, la parte recurrente plantea como motivos impugnatorios los siguientes.

Considera, en primer lugar, el artículo 42 del RDC debe interpretarse en el sentido que si el Consejo de la CNMC decide declarar el incumplimiento de las obligaciones del interesado impuestas en la resolución de concentración (en este caso, TELEFÓNICA), únicamente podrá requerirle el cumplimiento e imponerle la multa coercitiva correspondiente.

En segundo lugar, expone que el 28 de julio de 2015 los operadores aceptaron la Oferta Mayorista de TELEFÓNICA. Los precios de adquisición de canales Abono Fútbol y Abono Fútbol 1 fueron establecidos por TELEFÓNICA, siendo estos de 9,70 y 6,70 euros, más IVA, por abonado respectivamente.

El 18 de agosto de 2015, TELEFÓNICA anuncia la oferta Premium Extra de Movistar+, que incluía los canales de fútbol de la Oferta Mayorista, cine y series por 9,90 euros al mes (en lugar de los 65 euros/mes del citado paquete hasta ese momento). Todos los operadores que habían contratado los Canales, entre ellos OPENCABLE denunciaron ante la CNMC esa oferta, por entender que suponía un estrechamiento de márgenes que hacía inviable la comercialización de los Canales y la imposibilidad de replicabilidad de la oferta de TELEFÓNICA.

El 1 de septiembre de 2015, la Dirección de Competencia propone al Consejo que adopte la medida provisional de ordenar a TELEFÓNICA la reducción de los precios mayoristas. Pero el 13 de octubre de 2015, esa misma Dirección solicita la retirada de la propuesta de esas medidas provisionales, dejando a TELEFÓNICA en clara ventaja para hacerse con la mayor parte del mercado de televisión de pago.

Mediante escrito de fecha 10 de marzo de 2016, ORANGE denunció ante la CNMC el relanzamiento, ese mismo mes de marzo, de una nueva promoción de TELEFÓNICA que ofrecía todo el contenido premium por 15,5€ hasta el final de la temporada de fútbol.

La CNMC tampoco actuó en esta segunda campaña agresiva de TELEFÓNICA. Ni siquiera adoptó medida alguna en el expediente de vigilancia pese a que las denuncias interpuestas por los terceros de este expediente ponían de manifiesto la imposibilidad de réplica de ofertas de Telefónica que estuvieron vigentes hasta el final de la temporada 2015/2016.

El incumplimiento de la CNMC con su falta de actuación in vigilando dejó a OPEN CABLE, al final de la temporada, en un estado de cuantiosas pérdidas ante la imposibilidad de poder competir con TELEFÓNICA a lo largo de la vigencia del contrato.

En tercer lugar, cuestiona la Interpretación del concepto de "grupo empresarial", que hace la resolución recurrida.

Opencable considera que la CNMC reinterpreta los compromisos y las condiciones tipo de la oferta mayorista de una forma lesiva para sus intereses y en general para los pequeños operadores, en relación al concepto de "grupo empresarial", al considerar a Vodafone como un solo operador de televisión de pago que dispone del control de la oferta de los servicios de televisión de pago a través de sus distintas filiales (mediante una plataforma tecnológica común).

Según Opencable, esta interpretación no estaría en los compromisos que, por el contrario, reconocen que para el cálculo de la cuota de accesos de televisión de pago potenciales (criterio del 5%), cuando se dé el supuesto de que dos o más operadores ofreciesen conjuntamente servicios de comunicaciones electrónicas y/o televisión de pago que incluyesen canales de Fútbol, Fórmula 1 o Moto GP, la cuota a considerar deberá ser "la suma de la cuota de los operadores."

TERCERO.- Como hemos indicado, la resolución recurrida introduce ajustes en la determinación del coste mínimo garantizado asignado a cada operador que adquirió los canales de fútbol de la oferta mayorista de TELEFÓNICA, con objeto que dichos cálculos fueran compatibles con los compromisos que asumió esta tras la resolución de 22 de abril de 2015 que aprobó la operación de concentración.

El coste mínimo garantizado se calcula con el fin de compartir el riesgo que asume Telefónica en la adquisición de los derechos de emisión exclusiva en España de contenidos audiovisuales de terceros. El Anexo I (apartado 1.1.a) de los compromisos de Telefónica contenidos en la Resolución de 22 de abril de 2015 que autorizó la operación de concentración establece la forma en que deberá realizarse el cálculo del coste mínimo

garantizado aplicable a la contratación de determinados canales de televisión de pago de la oferta mayorista de Telefónica.

Para el cálculo del coste mínimo garantizado debían tenerse en cuenta los siguientes criterios:

1. Telefónica está obligada a configurar una oferta mayorista de canales de televisión con contenido premium, y a poner esta oferta a disposición de los operadores de televisión de pago que quieran comercializar dichos canales a sus abonados.

2. El precio de la oferta mayorista de Telefónica se determina en función del tipo de canal.

3. En lo que aquí interesa, el precio de los canales de fútbol se basa en la suma de dos conceptos: el coste mínimo garantizado y el precio variable por abonado final.

4. Para calcular el coste mínimo garantizado, será necesario sumar la parte fija del coste de adquisición de los derechos de emisión en exclusiva de los contenidos (eventos deportivos) que se incluyen en el canal, y de los costes de producción comunes a la oferta mayorista y minorista que se devenguen en cada temporada en relación con los eventos deportivos incluidos en el canal, lo que arrojará un coste fijo.

5. El coste mínimo garantizado será el que resulte de repartir este coste fijo entre Telefónica y todos los demás operadores de televisión de pago que acepten la oferta mayorista, sobre la base de tres parámetros de cálculo:

- La cuota de abonados recurrentes de televisión de pago (75% del coste mínimo garantizado).
- La cuota de accesos de banda ancha fija comercializados aptos para servicios de televisión de pago (20% del coste mínimo garantizado).
- La cuota de accesos de televisión de pago potenciales (5% del coste mínimo garantizado).

CUARTO.- Entrando a examinar el primer motivo impugnatorio, OPENCABLE considera que el art. 42 de la LDC en caso de incumplimiento de las obligaciones asumidas por TELEFONICA tras la autorización de la operación de concentración solo habilita a la CNMC para requerirla el cumplimiento de las obligaciones e imponerle la multa coercitiva correspondiente.

Es el artículo 41 de la LDC el que atribuye a la CNMC la función de vigilancia, potestad que le confiere verificar el cumplimiento de sus propias resoluciones y acuerdos adoptados, entre otros, en materia de control de concentraciones. Para ello, el art. 41.2 le otorga en caso de incumplimiento de las obligaciones, resoluciones o acuerdos, la posibilidad de imponer multas sancionadoras y coercitivas y de adoptar otras medidas de ejecución forzosa previstas en el ordenamiento, pudiendo alcanzar incluso la desconcentración. El artículo 71 del RDC desarrolla esta atribución.

Por lo tanto, la función de vigilancia es una función de derecho público en la que se ejercen potestades administrativas en defensa del interés público como lo acreditan los mecanismos que hemos visto la Ley pone a disposición de la CNMC en caso de incumplimiento de las obligaciones, resoluciones o acuerdos.

Por esa razón, los actos dictados en el ejercicio de la función de vigilancia son de naturaleza administrativa y revisables ante esta Sala.

Consideramos que la CNMC, al dictar la resolución recurrida ha actuado en el ejercicio de la función de vigilancia desde la perspectiva del interés público que es el que justifica la supervisión del cumplimiento de los Compromisos para salvaguardar la libre competencia sin que apreciemos extralimitación alguna en su ejercicio. La CNMC no ha impuesto a Telefónica obligación alguna que no estuviera prevista en los Compromisos porque estos obligan a Telefónica a adoptar condiciones de acceso a sus canales *premium* razonables, objetivas, transparentes y no discriminatorias. Y establece cómo debe estimarse el precio mayorista de acceso a estos canales con el objeto de salvaguardar dichas condiciones.

La Resolución recurrida de 4 de mayo de 2017, al analizar el procedimiento que ha empleado TELEFONICA -en ejecución de sus propios compromisos- a la hoja de fijar el coste mínimo garantizado y de aplicar los parámetros con los que calcula dicho coste, lo ha hecho con proyección o afectación general a todos los potenciales operadores y de ahí los ajustes introducidos. Es decir, la función de vigilancia no tiene el alcance tan limitado que le atribuye OPENCABLE-

Prueba de ello es que la propia recurrente parece contradecirse porque admite que los compromisos permiten a la CNMC modificar los precios mayoristas de los canales de la oferta cuando los productos minoristas de Telefónica que los incluyen no superen los análisis de replicabilidad recogidos en el anexo 1 de los compromisos.



Entendemos por ello que la CNMC no se ha extralimitado en el ejercicio de su función de vigilancia.

QUINTO.- En segundo lugar, debemos precisar que siendo objeto del recurso la resolución de la CNMC de 4 de mayo de 2017, que en el marco del expediente de vigilancia introdujo ajustes en la determinación del coste mínimo garantizado asignado a cada operador que adquirió los canales de fútbol de la oferta mayorista de TELEFÓNICA, con objeto que dichos cálculos fueran compatibles con los compromisos que asumió esta tras la resolución de 22 de abril de 2015 que aprobó la operación de concentración no forma parte del mismo el control de la solicitud de medida provisional que solicitó OPENCABLE. De hecho, la resolución recurrida no la menciona.

En todo caso, el Abogado del Estado, en su escrito de contestación explica las razones de la no adopción de la medida.

Reconoce, como apunta Opencable, que la propuesta de medida cautelar que la DC realizó el 1 de septiembre de 2015 ponía de relieve que la consideración de la permanencia de un cliente medio (vida media del cliente) en el producto Fusión con el paquete de contenidos Movistar+ Premium Extra venía determinado en gran medida por el paquete de contenidos televisivos de fútbol asociado, con una temporalidad máxima de 12 meses, lo cual colisionaba con la aplicación de las vidas medias aplicadas a los clientes de productos de banda ancha fija, de 27 meses para accesos de cobre y de 60 meses para accesos de fibra, al incorporar estos contenidos empaquetados en el mencionado producto Fusión+.

La propuesta de medidas provisionales realizada inicialmente por la DC se basaba en la aplicación para dicho producto 'Fusión+ Premium Extra' de una vida media de 12 meses, teniendo en cuenta para el cómputo de los ingresos percibidos el descuento aplicado por Telefónica en la promoción realizada.

Sin embargo, en el análisis de replicabilidad ex ante que realizó la DTSA, este mismo producto había superado dicho test al aplicarse las vidas medias del cliente en el producto consideradas para banda ancha en resoluciones previas. De esta forma, al no haber actuado la CNMC en base al análisis de replicabilidad establecido mediante la metodología ex ante para productos con banda ancha fija, se planteaba una contradicción ante la posibilidad de actuar, no obstante, sobre la base de los análisis de replicabilidad de los compromisos, donde Telefónica había venido interpretando que su primer test es idéntico al análisis realizado ex ante.

Sobre esta base y ante las posibles contradicciones jurídicas que ello implicaba, al no haberse determinado de forma definitiva por la CNMC cuál debía ser la implementación pertinente para los tres test especificados en los compromisos, y en particular del primero de ellos al ser similar en sus objetivos al test de replicabilidad ex ante (aunque no en su metodología de implementación), se optó por retirar el 13 de octubre de 2015 la propuesta de medidas provisionales, una vez terminada ya la promoción de Telefónica y cuando el 9 de octubre de 2015 la DTSA había abierto un procedimiento para la actualización de los parámetros y la revisión de la metodología de análisis ex ante cuyo objetivo era acometer la problemática planteada.

La revisión de la metodología ex ante fue coordinada internamente entre la DTSA y la DC, dando lugar al establecimiento de un nuevo test ex ante adicional específico, a realizar sobre las promociones de Telefónica que incorporasen contenidos de fútbol nacional y a las que se les aplicaría una vida media de producto de 12 meses.

Concluye por ello el Abogado del Estado, que el nuevo análisis de replicabilidad sobre promociones respondió al problema identificado en la propuesta de medidas provisionales de la DC, evitando incongruencias jurídicas y en vista de unos efectos prácticos preventivos ya nulos al haberse extinguido la promoción realizada.

Esta argumentación no es combatida por la recurrente por lo que debemos desestimar el motivo.

SEXTO.- Finalmente, en cuanto al cómputo de los abonados potenciales a la televisión de pago en el caso de Vodafone y respecto de la Interpretación del concepto de "grupo empresarial", Opencable considera que la CNMC reinterpreta los compromisos y las condiciones tipo de la oferta mayorista de una forma lesiva para sus intereses y en general para los pequeños operadores, en relación al concepto de "grupo empresarial" en los compromisos, al considerar a Vodafone como un solo operador de televisión de pago que dispone del control de la oferta de los servicios de televisión de pago a través de sus distintas filiales (mediante una plataforma tecnológica común).

Según Opencable, esta interpretación no estaría en los compromisos que, por el contrario, reconocen que para el cálculo de la cuota de accesos de televisión de pago potenciales (criterio del 5%), cuando se dé el supuesto de que dos o más operadores ofreciesen conjuntamente servicios de comunicaciones electrónicas y/o televisión de pago que incluyesen canales de Fútbol, Fórmula 1 o Moto GP, la cuota a considerar deberá ser "la suma de la cuota de los operadores."

Ha de recordarse que el 5% del CMG total se reparte entre los operadores en base al mercado potencialmente accesible en España que dicho operador de televisión de pago pueda disfrutar en función de su modalidad tecnológica de prestación de servicios de televisión de pago. En el caso de Vodafone eso supone considerar el número total de accesos de banda ancha fija residenciales en servicio en España aptos para ofrecer servicios de televisión de pago (velocidad mínima garantizada de 6 Mbps). El número total de esos accesos era de 8.074.580 accesos potenciales durante la oferta mayorista de 2015.

En el caso de Vodafone, la resolución recurrida explica que:

"TELEFÓNICA aplicó el total nacional de accesos de banda ancha fija residenciales aptos para TV de pago a cada una de las filiales que Vodafone incluyó en la aceptación de ambos canales de fútbol, esto es, a Vodafone España, S.A.U., a Vodafone Ono, S.A.U. y a Tenaria, S.A.

TELEFÓNICA computó por tanto tres veces el total de 8.074.580, (es decir 24.223.740 accesos) para el conjunto de "Vodafone+Ono+Tenaria.

TELEFÓNICA ha incurrido en un error significativo a los efectos del cálculo de la cuota correspondiente a Vodafone bajo el criterio del 5%, en la medida que ha imputado esta cuota tres veces a este operador".

Los compromisos indican que el número de abonados potenciales a la televisión de pago debe ser calculado respecto de cada operador.

La resolución recurrida tiene en cuenta que el grupo Vodafone actúa en España como un único operador económico mediante una plataforma tecnológica común en la televisión de pago por lo que las entidades VODAFONE ESPAÑA SAU, VODAFONE O **NO** y TENARIA SA actuaban en el ámbito de la televisión de pago como un único operador.

Sostiene TELEFONICA que el concepto de operador debe aplicarse respecto de cada entidad jurídicamente independiente que ofreciese servicios de televisión de pago lo que supone aplicar a Vodafone tres veces la cuota del 5%.

Esta interpretación de TELEFONICA no puede acogerse porque como explica la resolución recurrida, y coincide la Sala, en el marco de los compromisos no cabe computar más de una vez a un operador su capacidad potencial de acceder a un hogar para prestarle servicios de televisión de pago, cuando es un único grupo empresarial quien dispone del control de la oferta de los servicios de televisión de pago a través de sus distintas filiales.

A ello se añade que en el reparto del CMG inicial que realizó a los operadores, Telefónica empleó para sí misma el mismo concepto de grupo empresarial que la CNMC consideró en la resolución para la aplicación del criterio del 5%, ya que fueron dos las empresas del grupo Telefónica (DTS y Telefónica de España, S.A.U.) las que explotaron a nivel minorista los canales de fútbol, habiéndose imputado Telefónica a sí misma sólo una vez este criterio, sobre la base de la cobertura potencial de DTS.

Y otro dato que avala el criterio de la resolución recurrida es que a requerimiento de TELEFONICA a todos los operadores, en las condiciones tipo de la oferta mayorista de Telefónica de julio de 2015, Vodafone identificó expresamente a las tres empresas de su grupo que comercializan sus servicios de televisión de pago y Vodafone remitió una sola carta de aceptación por cada canal, por lo que si Telefónica hubiese considerado realmente que las tres empresas podían ser independientes entre sí, debería haber exigido una carta de aceptación y un representante legal para cada empresa lo que no hizo.

Procede, en consecuencia, la desestimación del recurso y la confirmación de la resolución recurrida.

SÉPTIMO.- De conformidad con lo dispuesto en el artículo 139.1 de la LJCA y dada la desestimación del recurso, procede imponer las costas a la parte recurrente.

VISTOS los preceptos citados y demás de general y pertinente aplicación, por el poder que nos otorga la Constitución:

FALLAMOS

Que DESESTIMAMOS el recurso contencioso-administrativo núm. 545/17 promovido por la Procuradora D^a. Mónica de la Paloma Fente Delgado actuando en nombre y representación de **OPENCABLE TELECOMUNICACIONES SL**, contra la resolución de 4 de mayo de 2017, del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, dictada en el expediente VC/0612/14 TELEFONICA/DTS que vigila el cumplimiento de las condiciones impuestas en la resolución de 22 de abril de 2015 (expte. C/0612/14



TELEFÓNICA/DTS), que autorizó la operación de concentración económica, resolución que declaramos conforme a derecho.

Con imposición de costas a la parte recurrente.

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

Lo que pronunciamos, mandamos y firmamos.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ