



Roj: **SAN 2441/2022 - ECLI:ES:AN:2022:2441**

Id Cendoj: **28079230062022100324**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **6**

Fecha: **06/06/2022**

Nº de Recurso: **475/2017**

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: 0000475 /2017

Tipo de Recurso: PROCEDIMIENTO ORDINARIO

Núm. Registro General: 03895/2017

Demandante: TELEFÓNICA

Procurador: D. ENRIQUE SASTRE BOTELLA

Demandado: COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y LA COMPETENCIA

Codemandado: VODAFONE ONO SAU Y VODAFONE ESPAÑA 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. MARIA JESUS VEGAS TORRES

D. **RAMÓN CASTILLO BADAL**

Madrid, a seis de junio de dos mil veintidós.

VISTO el presente recurso contencioso-administrativo núm. 475/17 promovido por el Procurador D. Enrique Sastre Botella actuando en nombre y representación de **TELEFONICA**, 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 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.

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 y VODAFONE como parte codemandada.

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:

" estime dicho recurso y:

Primero. Declare la nulidad de la Resolución Impugnada.

Segundo. Condene a la CNMC a publicar la sentencia anulatoria de la Resolución Impugnada por medios equivalentes a los medios empleados en la publicación de esta resolución, y en concreto en el apartado de la web de la propia CNMC dedicado al expediente C/0612/14 TELEFÓNICA/DTS, así como en nota de prensa.

Tercero. Condene a la CNMC a indemnizar a TELEFÓNICA los daños y perjuicios (gastos) derivados de la constitución y mantenimiento del aval bancario exigido para suspender cautelarmente la ejecutividad de la Resolución Impugnada. El importe de los daños y perjuicios se calculará en sede de ejecución de sentencia, de acuerdo con las bases establecidas en esta demanda.

Cuarto. Condene en costas a la CNMC y en su caso a las partes codemandadas."

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.

Asimismo, contestó la demanda VODAFONE solicitando la desestimación del recurso y la confirmación de la resolución recurrida con imposición de costas a la parte actora.

TERCERO.- Mediante auto de 21 de noviembre de 2018, se recibió el proceso a prueba, admitiéndose la prueba documental propuesta por la actora y señalándose para la ratificación del informe pericial propuesto el día 21 de enero de 2019 en que tuvo lugar.

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 TELEFÓNICA. 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 TELEFÓNICA 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 TELEFÓNICA 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 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.

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 la infracción de los artículos 41 de la Ley 15/2007 y 42 y 71.4 de su reglamento, por haberse admitido la personación como interesados en el procedimiento de operadores distintos de TELEFONICA, vulnerando, a su juicio, su derecho a la defensa y a la confidencialidad de la información del expediente.

Considera que se ha infringido el derecho de defensa de TELEFONICA porque la resolución se ha adoptado en función de documentos a los que no ha podido acceder ni presentar alegaciones.

En tercer lugar, denuncia la incompetencia de la CNMC al haberse extralimitado en el ejercicio de sus funciones e incurrir en desviación de poder y ello porque se pronuncia sobre cuestiones ajenas al objeto del expediente de vigilancia y porque debió acudir a la vía arbitral prevista en la resolución de autorización de la operación de concentración para dirimir el supuesto conflicto entre operadores.

Denuncia también, la infracción del art. 53.3 de la Ley 15/2007 porque la resolución recurrida modifica de facto y al margen del cauce procedimental establecido la resolución objeto de vigilancia y finalmente, sostiene que la resolución recurrida vulnera la propia resolución de autorización de la operación de concentración en la medida en que aplica erróneamente los compromisos establecidos en la misma en relación con el cálculo y distribución del coste mínimo garantizado propios de los canales de fútbol incluidos en la oferta mayorista de canales propios *Premium* de Telefónica en relación con distintas cuestiones, como son: el cómputo de usuarios del servicio YOMVI como abonados propios de Telefónica, el cómputo del número de accesos potenciales de Vodafone, el valor asignado a los derechos de explotación de los partidos de segunda división del fútbol español y la detracción de los ingresos derivados de la publicidad de los canales.

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 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.

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, considera TELEFONICA que los Acuerdos de la Dirección de Competencia de 11 de mayo de 2016, le han causado perjuicios irreparables en la medida en que se ha dado traslado a diversos operadores que no pueden tener la consideración de interesados en un procedimiento de vigilancia, de la versión no confidencial de la propuesta de Informe Parcial de Vigilancia en la que se contenían datos confidenciales y secretos comerciales de la recurrente, así, costes de producción imputados a cada canal mayorista y los ingresos obtenidos por publicidad derivados de la comercialización de las dos ofertas mayoristas. Datos que, al no ser públicos, llevan a la actora a entender que la información facilitada en la propuesta de informe parcial de vigilancia constituía secreto comercial de carácter confidencial al tratarse de la estructura de costes de la empresa que no es pública ni conocida por terceros operadores. Y, además, considera que se ha revelado información confidencial de Telefónica a operadores que no son parte interesada en el expediente de vigilancia en perjuicio de sus derechos e intereses debilitando su posición competitiva al reducir indebidamente la incertidumbre del mercado respecto a su comportamiento competitivo.

QUINTO.- El argumento debe rechazarse.

Los acuerdos de la Dirección de Competencia de 11 de mayo de 2016, no han considerado a los operadores que adquirieron los canales de fútbol de la oferta mayorista de Telefónica como partes interesadas en el procedimiento de vigilancia que tiene por objeto comprobar el cumplimiento de las condiciones impuestas en la autorización de la operación de concentración TELEFONICA/DTS y que únicamente afecta a la entidad que está obligada a su cumplimiento, es decir, TELEFONICA.

En los Acuerdos de 11 de mayo de 2016, se da traslado a los operadores adquirentes de los canales de fútbol de la oferta mayorista de Telefónica para que efectúen observaciones respecto de la versión no confidencial de la propuesta de Informe parcial de vigilancia relativo al expediente VC/0612/14 en cumplimiento de la obligación de colaboración exigida a todas las personas prevista en el artículo 39.1 de la LDC en el que se dice: *"Toda persona física o jurídica y los órganos y organismos de cualquier Administración Pública quedan sujetos al deber de colaboración con la Comisión Nacional de la Competencia y están obligados a proporcionar, a requerimiento de ésta y en plazo, toda clase de datos e informaciones de que dispongan y que puedan resultar necesarias para la aplicación de esta Ley"*.

Esta colaboración, en ningún caso, otorga la condición de parte interesada en un procedimiento pues se limita a solicitar que los operadores realicen observaciones en relación a un aspecto muy concreto, los cálculos realizados por Telefónica para determinar el coste mínimo garantizado que cada operador debía abonar por la adquisición de los canales de fútbol de la oferta mayorista de Telefónica en la temporada 2015/2016 que se correspondía con la oferta mayorista "Abono Fútbol" denominado comercialmente Canal+Liga y la oferta mayorista "Abono Fútbol 1" denominado comercialmente Canal+ Partidazo. Y la Dirección de Competencia justificó esa colaboración indicando que *"...teniendo en cuenta la complejidad de las cuestiones suscitadas y la interrelación entre todos los operadores que genera la fórmula de cálculo y reparto del coste mínimo garantizado de los canales de fútbol de la oferta mayorista de Telefónica, a la vista, además, de los principios de equidad, transparencia y no discriminación que rigen esta oferta mayorista"*.

Ha de tenerse en cuenta que es TELEFONICA quien determina unilateralmente el coste mínimo garantizado y el coste por abonado en cada oferta mayorista sin aportar información a los operadores que acceden a sus canales con CMG sobre cómo llega a fijar ese coste. Por lo tanto, para verificar que el acceso se sujeta a los criterios de objetividad, transparencia y no discriminación es necesario que los operadores conozcan esa



información y hagan sus observaciones para verificar que los cálculos en cuya virtud TELEFONICA ha fijado el coste mínimo garantizado se corresponden con los compromisos asumidos.

En este caso el traslado a los operadores para que realizaran sus observaciones era aún más lógico porque la Propuesta de Informe Parcial de Vigilancia ponía de manifiesto que Telefónica había aplicado de manera incorrecta los criterios de cálculo y de reparto de los costes mínimos garantizados de los canales de fútbol de la oferta mayorista.

De cualquier modo, el examen de las actuaciones revela que TELEFONICA es el único interesado en el expediente de vigilancia y en esa condición ha podido acceder al expediente y a la documentación que ha servido de base al informe parcial de vigilancia del que ha recibido una versión completa pudiendo, además, solicitar la práctica de las pruebas que estimase pertinentes.

Por el contrario, a operadores como VODAFONE, ORANGE, OPENCABLE, etc solo se les ha entregado una versión no confidencial de la propuesta de informe parcial de vigilancia y no han podido solicitar la práctica de prueba alguna. No han tenido, por tanto, la consideración de interesados en el expediente.

SEXTO.- Sostiene también TELEFONICA que cuando la Dirección de Competencia ha dado traslado a los operadores para efectuar observaciones en relación con la determinación del coste mínimo garantizado, les ha proporcionado datos confidenciales y secretos comerciales cuyo conocimiento por los operadores perjudica la capacidad competitiva de Telefónica. Precisa que, en la versión no confidencial de la propuesta del informe parcial de vigilancia, se entregaron a los operadores dos cuadros que contienen, a su juicio, datos que no son públicos tales como: (i) en el acuerdo suscrito con la Liga Nacional de Fútbol Profesional se establece que Telefónica debía abonar un total de 600 millones de euros pero sin un desglose pormenorizado de los costes imputables a cada uno de los canales mayoristas - Canal + Liga y Canal+ Partidazo- que si se especifican en el cuadro mientras que, según refiere Telefónica, el reparto de los costes de adquisición a imputar a cada canal mayorista se ajustaba a unos criterios internos de Telefónica que no eran públicos; (ii) además, ese cuadro contiene un desglose relativo a los derechos de emisión en exclusiva, a los costes de producción comunes y a los ingresos estimados por publicidad obtenidos por Telefónica en la comercialización de estos dos canales mayoristas que responde a un desglose realizado por ella y que se ha facilitado a la CNMC en el marco del expediente de vigilancia pero que no son públicos.

Concluye por ello, que la información que ha revelado la Dirección de Competencia de la Propuesta de Informe Parcial de Vigilancia constituye un secreto comercial de carácter confidencial, en tanto y cuanto supone, a su juicio, una información relativa a la estructura de costes y de ingresos por publicidad de la empresa que no es pública y que no tiene por qué conocerse por terceros operadores.

La Sala no comparte esa conclusión porque no puede calificarse como información estratégica la remitida a los operadores por la Dirección de Competencia a través de los cuadros que se incluían en la versión no confidencial de la propuesta de informe parcial de vigilancia a los operadores.

La información remitida no permitía conocer a los operadores las estrategias de mercado de Telefónica ya que los datos económicos se limitaban a fijar una cuantía económica de forma conjunta y global sin que, en ningún caso, se estuviera ante cifras de negocio desagregadas que permitieran a los operadores conocer que clientes concretos permitían a Telefónica los ingresos de publicidad, ni cual era el precio que abonaban ni el concepto que se incluía en los costes de producción. Todos los datos económicos proporcionados a los operadores reflejaban cuantías totales sin ninguna individualización.

En las Directrices sobre la aplicabilidad del artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a los acuerdos de cooperación horizontal aprobadas por la Comisión Europea (Comunicación 2011/ C 11/01 de 14 de enero 2011) se considera información estratégica la que habla de precios (es decir, precios reales, descuentos, aumentos, reducciones, o rebajas), lista de clientes, costes de producción, cantidades, volúmenes de negocio, ventas, capacidades, calidades, planes de comercialización, riesgos, inversiones, tecnologías y programas I+D y los resultados de estos. Y nada de esto consta en los cuadros proporcionados por la Dirección de Competencia a los operadores.

Por lo tanto, entendemos que no ha existido revelación de datos confidenciales o secretos comerciales de la recurrente.

SÉPTIMO.- TELEFONICA sostiene que se le ha causado indefensión porque no se le ha permitido alegar sobre las observaciones realizadas por los operadores y porque no ha podido acceder ni formular alegaciones sobre una serie de documentos, en particular, sobre los contratos relativos a la comercialización de derechos de explotación en exclusiva de partidos de la segunda división del fútbol español.



Tal alegato no puede prosperar porque TELEFONICA conocía esos contratos a raíz de la firma de su acuerdo con la Liga de fútbol Profesional el 10 de julio de 2015. Pudo solicitar su aportación al expediente cuando formuló alegaciones el 9 de junio de 2016, al conocer ya que la propuesta de informe parcial de vigilancia de 11 de mayo de 2016 hacía referencia a ellos.

Además, TELEFONICA ha accedido a las observaciones realizadas por los operadores, por ejemplo, el 15 de junio de 2016 (folio 32819), 18 de julio de 2016 (folio 33842) e incluso presentó alegaciones a las observaciones de ORANGE.

No advertimos por ello ninguna indefensión en los términos que plantea la actora.

OCTAVO.- Denuncia TELEFONICA que la resolución recurrida se ha extralimitado e incurre en desviación de poder porque se pronuncia sobre cuestiones ajenas al expediente de vigilancia, con una finalidad distinta de la que la Ley 15/2007, de Defensa de la Competencia atribuye a la CNMC, la potestad de vigilancia de sus resoluciones.

Alega que debió acudir a la vía arbitral prevista en la resolución de autorización de concentración para dirimir el supuesto conflicto entre operadores al que da respuesta la resolución que ahora impugna y que la CNMC no puede entrar a determinar cómo debe TELEFONICA calcular y distribuir el coste mínimo garantizado de acuerdo con los compromisos sino limitarse a verificar si aquella ha incumplido o no las obligaciones impuestas por la Resolución. En la práctica, está ejerciendo una función arbitral por vía de vigilancia sin que ningún tercero haya planteado el oportuno conflicto, lo que no es admisible.

Este argumento no puede prosperar.

Tiene razón TELEFONICA en que los compromisos contenidos en la Resolución de la CNMC de 22 de abril de 2015 contienen una cláusula arbitral en su apartado 5 que permite a la CNMC resolver, como órgano arbitral, aquellos conflictos de carácter contractual o extracontractual que puedan plantearse entre TELEFONICA y terceros en relación con la aplicación, entre otros, de lo previsto en el compromiso 2.9.

Ahora bien, es necesario distinguir las dos funciones de vigilancia y de arbitraje que responden a perspectivas diferentes pero que son compatibles.

En cuanto a la primera, el artículo 41 de la LDC 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.

Por el contrario, la función arbitral es una función de derecho privado como dice el artículo 5 1 b) de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la CNMC, que excluye expresamente su carácter público y que se remite para su ejercicio a la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje. A través de esta función de arbitraje, la CNMC únicamente puede resolver las controversias concretas de naturaleza privada que, aunque deriven de la obligación de TELEFONICA de cumplir los compromisos, produzcan efectos entre las partes.

Por esa razón, las decisiones que adopte la CNMC en el ejercicio de esta función, tienen la naturaleza de laudos arbitrales y solo son revisables ante la jurisdicción civil, a través de la acción de anulación que únicamente puede fundarse en los motivos tasados que contempla la propia Ley de Arbitraje en su artículo 41.

Lo que sucede es que en la cláusula arbitral contenida en el apartado 5 de los compromisos TELEFONICA se compromete a ofrecer a terceros el sometimiento de las controversias a arbitraje. Por lo tanto, para que la CNMC pudiera ejercer la función arbitral en el marco de la controversia suscitada, tendría que haber sido solicitada su intervención por parte de terceros o de la propia TELEFONICA lo que no ha sucedido.

En todo caso la previsión de un mecanismo de arbitraje no puede limitar las funciones de vigilancia de la CNMC de cumplimiento de la resolución de concentración y de los compromisos a los que se supedita.

En este caso, a la vista de las circunstancias concurrentes es difícil pensar en abrir la vía arbitral cuando los operadores desconocían a priori cómo había estimado Telefónica el Coste Mínimo Garantizado. Es la

resolución recurrida la que en el ejercicio de la función de vigilancia ha puesto de manifiesto que Telefónica había computado tres veces unos de los criterios de reparto del CMG, que no había descontado de los costes de producción sus ingresos por publicidad o que no había computado sus clientes Yomvi como propios.

Por lo tanto, la CNMC 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 extralimitarse por ello en el ejercicio de esa función ni incurrir en desviación de poder. 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 tomando en consideración la afectación general a todos los potenciales operadores.

No apreciamos por ello extralimitación de la CNMC en el ejercicio de sus funciones ni desviación de poder

NOVENO.- Denuncia también TELEFONICA, que la resolución recurrida vulnera el artículo 53.3 de la Ley 15/2007, al modificar de facto y al margen del cauce procedimental establecido la resolución objeto de vigilancia en cuanto:

- a) La resolución considera los costes de producción netos y no brutos detrayendo los ingresos obtenidos por publicidad convirtiendo el compromiso en más riguroso de lo que debería.
- b) La reinterpretación de los compromisos en cuanto valora los partidos de segunda división en cinco veces más que el valor atribuido por TELEFONICA.
- c) El cómputo de los abonados potenciales a la televisión de pago en el caso de Vodafone al entender la resolución recurrida que el cómputo debe realizarse respecto de cada grupo de empresas, agravando así los compromisos asumidos por telefónica.

DÉCIMO.- Este motivo tampoco puede prosperar.

Recordemos que el art. 53.3 de la ley 15/2007 dice que:

"3. El Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia podrá proceder, a propuesta de la Dirección de Competencia, que actuará de oficio o a instancia de parte, a la revisión de las condiciones y de las obligaciones impuestas en sus resoluciones cuando se acredite una modificación sustancial y permanente de las circunstancias tenidas en cuenta al dictarlas."

a) *En cuanto a la consideración de los costes de producción netos, descontando los ingresos por publicidad."*

Debemos partir del Anexo 1 de los compromisos, que en su apartado 1 (determinación preliminar de los precios de cada canal), establece que *" Por las diferencias existentes en cuanto a riesgo incurrido y proporción decostes fijos, existirán dos modelos distintos según tipo de contenido. En primerlugar, un modelo aplicable a Fútbol, Fórmula 1 y Moto GP, en el que el preciotendrá un Coste Mínimo Garantizado y un precio variable por abonado final. Ensegundo lugar, un modelo aplicable al resto de contenidos, en el que únicamente existirá un precio variable por abonado final."*

Para reducir el riesgo de modo proporcional se establece un modelo de reparto de costes fijos mediante un coste mínimo garantizado, por el cual tanto la parte fija de los costes de adquisición de los derechos como los costes de producción comunes a la oferta mayorista y minorista deberán ser repercutidos.

Como punto de partida debe destacarse que la resolución de 22 de abril de 2015, no precisa que los costes de producción deban ser los brutos y no los netos por lo que la resolución recurrida al indicar que deben considerarse estos no puede afirmarse que haya modificado los compromisos.

En segundo lugar, hay que tener en cuenta que Telefónica reduce su riesgo de adquisición de contenidos mediante los ingresos por publicidad que obtiene de la comercialización de los derechos en base a una planta de abonados tanto mayorista como minorista y esa disminución del riesgo debe ser trasladada de manera proporcional al resto de operadores que lo comparten a través del CMG. Si este lo que pretende es repartir entre los operadores el riesgo del alto coste de adquisición de los contenidos deben tenerse en cuenta los costes netos, es decir, descontados los ingresos que obtiene TELEFONICA por publicidad porque en otro caso se imputaría o trasladaría a los operadores unos costes mayores que los que proporcionalmente debe asumir TELEFONICA.



Además, el descuento de los ingresos por publicidad es coherente con el cálculo del coste por abonado máximo (CPA) o cuota mensual del canal porque este CPA máximo tiene en cuenta el descuento de los ingresos netos por publicidad tal como se establece en el apartado 1.1.(b) del Anexo 1 de los compromisos: " *El CPA estará orientado a costes y se calculará tomando como referencia el total de costes devengados en cada temporada de los contenidos audiovisuales incluidos en dicho canal mayorista y los costes directamente atribuibles a la edición del canal mayorista (teniendo en cuenta los contenidos efectivamente incluidos y los costes de producción del canal), descontando las estimaciones razonables de ingresos netos de la entidad resultante asociados a dicho canal y no ligados con su comercialización mayorista o minorista (i.e. publicidad televisiva incluida en el canal).*"

Por lo tanto, a juicio de la Sala, esta precisión relativa a la consideración de los costes de producción netos, descontando los ingresos por publicidad se corresponde con la finalidad de los compromisos y con el criterio de proporcionalidad que preside el reparto de costes.

b) *Valoración de los partidos de segunda división, que según TELEFÓNICA no está tratada en los compromisos.*"

Pese a lo que afirma TELEFÓNICA, la valoración de los costes de adquisición de los derechos de emisión de los partidos de segunda división se contempla de forma general en los compromisos porque para determinar el coste mínimo garantizado de los canales de fútbol de la oferta mayorista, TELEFÓNICA debe tener en cuenta los costes fijos de adquisición de los contenidos audiovisuales que se incluyen en dichos canales.

Así, el apartado 1.1.a) del Anexo 1 de los compromisos establece de cara al cálculo del coste mínimo garantizado:

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

Lo que sucede es que, en el contrato de 10 de julio de 2015, de adquisición de los derechos de emisión exclusiva en España de la Liga de primera y segunda división y de la Copa de S.M. el Rey en España para la temporada 2015/2016 por un importe total de 600 millones de euros, TELEFÓNICA no precisó con la Liga Nacional de Fútbol Profesional los costes fijos de adquisición de los derechos de emisión exclusiva en España de los distintos contenidos audiovisuales incluidos en dicho contrato.

Adicionalmente, TELEFÓNICA decidió configurar su oferta minorista de canales de tal manera que los contenidos de segunda división no se incluían en Canal+ Liga y Canal+ Partidazo, que eran los canales sujetos en la temporada 2015/2016, a las obligaciones de oferta mayorista derivadas de los compromisos.

Por lo tanto, al no estar incluidos los partidos de segunda división en Canal+ Liga y Canal+ Partidazo los compromisos obligan a determinar qué parte de los 600 millones de euros corresponden a los partidos de segunda división, y, por esa razón sus costes de adquisición no se pueden tener en cuenta de cara a determinar el coste mínimo garantizado de estos canales.

No obstante, dadas las circunstancias anteriormente expuestas, la CNMC estaba obligada a revisar los criterios de determinación de los costes de adquisición de derechos de emisión exclusiva en España de los contenidos audiovisuales de terceros de fútbol incluidos en Canal+ Liga y Canal+ Partidazo aplicados por Telefónica, en particular, qué parte de los 600 millones de euros del contrato con LNFP de 10 de julio de 2015 se debía imputar a Canal+ Liga y Canal+ Partidazo.

En caso contrario, se incumpliría lo establecido en el apartado 1.1.a) del Anexo 1 de los compromisos a fin de calcular el coste mínimo garantizado, en la medida que TELEFÓNICA podría incrementar los costes de adquisición de derechos de emisión exclusiva en España de contenidos de fútbol, lo que afectaría negativamente a la capacidad de la oferta mayorista de canales de TELEFÓNICA para garantizar la competencia efectiva en el mercado de televisión de pago en España, que era la finalidad última de los compromisos.

Por esa razón era necesario que la CNMC realizara una estimación de los costes fijos de adquisición de los partidos de Segunda División para alcanzar la cifra atribuida a los contenidos *premium* que deben incluirse en

los canales de la oferta mayorista de Telefónica y que precisan el cálculo del CMG (los partidos de la Primera División).

Ha de tenerse en cuenta, además que no siendo los partidos de Segunda División un contenido *premium*, cuanto más bajo fuera su coste de adquisición, mayor coste podría imputar Telefónica a los partidos de Primera División que sí se incluyen en los canales que conforman su oferta mayorista, beneficiando así a Telefónica que repartiría ese sobrecoste entre todos los operadores que accedieran a los canales que incluyeran los partidos de Primera División.

A partir de aquí y justificada la necesidad de valorar el coste de los partidos de segunda división y no obstante el informe pericial de TELEFONICA, la Sala entiende que el criterio tenido en cuenta por la CNMC para determinar el coste fijo de adquisición de los derechos de los partidos de segunda división, el de reparto de ingresos de explotación para los clubes de Segunda División establecido en el Real Decreto-Ley 5/2015 (un 10%) es razonable pues la cifra cercana a los 60 millones de euros responde a la valoración del coste realizada por el propio mercado (Mediapro, DTS, la Liga de Fútbol Profesional).

Así, ese coste es el reflejado en el arbitraje entre Mediapro y DTS y responde a un coste de adquisición real que es el que debe tenerse en cuenta para determinar el CMG y no el valor potencial que pueden generar los derechos adquiridos como sostiene el informe pericial.

c) *El cómputo de los abonados potenciales a la televisión de pago en el caso de Vodafone*

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.

DÉCIMOPRIMERO.- En cuanto a la consideración de los clientes del servicio YOMVI como abonados de TELEFÓNICA

A los efectos de cálculo del Coste Mínimo Garantizado, se trata de determinar si los clientes del servicio YOMVI deben ser considerados como abonados de TELEFÓNICA, como sostiene la CNMC, o no.

Para la resolución recurrida, a efectos de estimación del número de abonados se deben computar "todos aquellos abonados a los que se preste servicios de televisión mediante sistemas de acceso condicional, que permitan la contratación inmediata de los canales de fútbol de la oferta mayorista de TELEFÓNICA".

Añade que los clientes del servicio YOMVI tienen la condición de abonados, porque la plataforma YOMVI "cuenta con sistemas de acceso condicional, especialmente si se tiene en cuenta que, entre otros canales, los abonados de YOMVI pueden contratar los canales de fútbol incluidos en la oferta mayorista de TELEFÓNICA".

Que un número significativo de clientes del servicio YOMVI tienen contratado un canal de fútbol de la oferta mayorista de TELEFÓNICA (Abono Fútbol), por lo que es obvio que TELEFÓNICA ha podido explotar su oferta en relación con este tipo de clientes.

Y que el poco desarrollo comercial del servicio YOMVI obedece a una decisión de TELEFÓNICA, por lo que no es relevante a estos efectos, y que TELEFÓNICA aceptó (implícitamente) en sus compromisos que estos clientes se computasen como abonados suyos a efectos de cálculo del Coste Mínimo Garantizado.

Frente a estas razones TELEFÓNICA rechaza que los clientes del servicio YOMVI, a los que TELEFÓNICA no puede vender activamente sus canales de fútbol, sean abonados finales de TELEFÓNICA, al margen de que algunos puedan tener contratado uno de estos canales por propia iniciativa porque no es posible considerar abonado final-cliente- de un operador a un sujeto a quien el operador tiene prohibido dirigir ofertas comerciales.

Precisa que solo 38.507 clientes respecto de una cifra total de 178.845 tienen contratados canales de fútbol de la oferta de TELEFÓNICA, esto es, en torno al veinte por ciento; y que a través del servicio YOMVI solo pueden acceder a uno de los canales de fútbol por lo que no pueden ser considerados como abonados finales de TELEFÓNICA, entendiéndose por tales quienes tienen acceso a la oferta completa.

A juicio de la Sala, el argumento de TELEFÓNICA no puede prosperar porque supone tanto como dejar en sus manos la determinación de quienes son abonados a la televisión de pago y lo cierto es que los clientes de Yomvi eran clientes a la televisión de pago, con acceso condicional, y una parte importante de los mismos contrataron los canales de fútbol de la oferta mayorista. La interpretación de Telefónica convertiría en meramente subjetivo el criterio para identificar qué abonados son computables, pues cualquier operador podría justificar en base a otros criterios propios qué conjuntos de sus clientes consideraría, por unas razones u otras, que no deben ser tenidos en cuenta como abonados a la televisión de pago.

Además, la exclusión de los abonados de Yomvi debió ser planteada por TELEFÓNICA en la propuesta de compromisos para que pudiera ser analizada pero no ahora en función de su particular criterio por lo que estimamos razonable el criterio de considerar a todos los efectos a los clientes de Yomvi en los compromisos, como clientes a la televisión de pago bajo el criterio del 75%.

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

DÉCIPOSEGUNDO.- 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. 475/17 promovido por el Procurador D. Enrique Sastre Botella actuando en nombre y representación de **TELEFÓNICA**, 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 TELEFÓNICA/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