



Roj: **SAN 4170/2022 - ECLI:ES:AN:2022:4170**

Id Cendoj: **28079230062022100485**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **6**

Fecha: **12/09/2022**

Nº de Recurso: **631/2017**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Procedimiento ordinario**

Ponente: **BERTA MARIA SANTILLAN PEDROSA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA NACIONAL

Sala de lo Contencioso-Administrativo

SECCIÓN SEXTA

Núm. de Recurso: 0000631 /2017

Tipo de Recurso: PROCEDIMIENTO ORDINARIO

Núm. Registro General: 4263/2017

Demandante: ORANGE ESPAGNE, S.A.U.

Procurador: D. ROBERTO ALONSO VERDÚ

Demandado: COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y LA COMPETENCIA

Codemandado: VODAFONE ESPAÑA, S.A.U. Y VODAFONE ONO, S.A.U

Abogado Del Estado

Ponente Ilma. Sra.: D^a. BERTA SANTILLAN PEDROSA

SENTENCIA N^o :

Ilma. Sra. Presidente:

D^a. BERTA SANTILLAN PEDROSA

Ilmos. Sres. Magistrados:

D. MARIA JESUS VEGAS TORRES

D. RAMÓN CASTILLO BADAL

Madrid, a doce de septiembre de dos mil veintidós.

VISTO por la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, el recurso contencioso-administrativo nº **631/2017** interpuesto por el Procurador D. Roberto Alonso Verdú, que actúa en nombre y en representación de la entidad **ORANGE ESPAGNE, S.A.U.**, contra la Resolución de 4 de mayo de 2017 dictada por la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia en el procedimiento de vigilancia VC/0612/14 que realiza ajustes en relación con la determinación por parte de Telefónica del coste mínimo garantizado asignado a cada operador que había adquirido canales mayoristas de la oferta de Telefónica. Ha sido parte en autos la Administración demandada, representada y defendida por el Abogado del Estado. Y como entidad codemandada ha comparecido VODAFONE ESPAÑA, S.A.U. y VODAFONE ONO, S.A.U. representada por la Procuradora Dña. Ascensión de Gracia López Orcera.

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 esta Sala que dicte sentencia por la que estimando el recurso contencioso-administrativo interpuesto acuerde:

"a) Revoque la Resolución Impugnada, en cuanto a la alteración del compromiso en los términos indicados en el presente escrito de demanda.

b) Acuerde la devolución a Orange de la cantidad pagada de manera indebida, junto con todos los correspondientes intereses, de conformidad con los términos señalados en el Fundamento de Derecho Quinto.

c) Subsidiariamente respecto de lo previsto en la letra b) anterior, acuerde la devolución a Orange de la cantidad pagada de manera indebida, junto con todos los correspondientes intereses, de conformidad con los términos señalados en el Fundamento de Derecho Sexto.

En todo caso, con expresa imposición de las costas causadas a la Administración demandada"

SEGUNDO. El Abogado del Estado presentó escrito de contestación a la demanda en el que suplicaba se dicte sentencia que confirme el acto recurrido en todos sus extremos.

En relación con la entidad codemandada se declaró precluido el trámite de contestación a la demanda.

TERCERO. Una vez practicadas las pruebas admitidas a trámite, las partes presentaron los correspondientes escritos de conclusiones quedando posteriormente el recurso pendiente para votación y fallo. Y se fijó para ello la audiencia del día 27 de abril de 2022.

Ha sido ponente la Ilma. Sra. Magistrada Dña. Berta Santillán Pedrosa, quien expresa el parecer de la Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. En el presente recurso contencioso administrativo la entidad ORANGE ESPAGNE, S.A.U. impugna la resolución dictada en fecha 4 de mayo de 2017 por el Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia, Sala de Competencia, en el procedimiento de vigilancia VC/0612/14 Telefónica-DTS, que acuerda realizar determinados ajustes en relación con la determinación del coste mínimo garantizado asignado por Telefónica a cada operador que había adquirido canales mayoristas de la oferta de Telefónica con la finalidad de que los cálculos fueran compatibles con la Resolución de 22 de abril de 2015 recaída en el expediente C/0612/14 por la que se autorizaba la operación de concentración entre Telefónica-DTS sujeta al cumplimiento por parte de Telefónica de los compromisos presentados en fecha 14 de abril de 2015.

Concretamente, dicha resolución acuerda:

"PRIMERO.- Declarar que se deben introducir los ajustes señalados por la Dirección de Competencia en su informe parcial de vigilancia de 28 de septiembre de 2016 en relación con la determinación del coste mínimo garantizado asignado a cada operador que adquirió los canales de fútbol de la oferta mayorista de TELEFÓNICA en los términos señalados en los fundamentos de derecho cuarto y quinto de la presente resolución, con el objeto que dichos cálculos sean compatibles con los compromisos presentados el 14 de abril de 2015, recogidos en la Resolución del Consejo de la CNMC de 22 de abril de 2015 recaída en el expediente C/0612/14 TELEFONICA/DTS.

SEGUNDO. - Interesar de la Dirección de Competencia la continuación de la vigilancia de la Resolución del Consejo de la CNMC de 22 de abril de 2015 recaída en el expediente C/0612/14 TELEFONICA/DTS".

SEGUNDO. Con el fin de centrar adecuadamente el objeto del presente proceso se destacan los siguientes hechos que se deducen del expediente administrativo y de las alegaciones de las partes:

1. Con fecha 17 de octubre de 2014, se notificó 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. El Consejo de la CNMC dictó en fecha 22 de abril de 2015 resolución autorizando 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. En el Anexo I de los compromisos presentados por Telefónica y recogidos en la Resolución de 22 de abril de 2015 se especifican, entre otros, los principios y términos de la oferta de servicio mayorista de canales de televisión de pago. Y en el resuelve cuarto de la Resolución autorizando la concentración se encomienda a la Dirección de Competencia de la CNMC la vigilancia de lo establecido en la citada Resolución de conformidad con el



Reglamento de Defensa de la Competencia, aprobado por el Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero, dando lugar posteriormente a la apertura del expediente de vigilancia VC/0612/14.

3. En cumplimiento de los citados compromisos, TELEFONICA presentó en fecha 29 de mayo de 2015 ante la CNMC 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. Y posteriormente en 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 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 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 parcial de la Resolución de 22 de abril de 2015, la Dirección de Competencia realizó sucesivos requerimientos de información a TELEFONICA, así como a los operadores Vodafone, Orange, Telecable, Total Channel y Opencable y a la Liga Nacional de Fútbol Profesional.

5. El 11 de mayo de 2016, la Dirección de Competencia 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 había adquirido 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 Dirección de Competencia 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 toda vez que estos operadores habían 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. Finalmente, la Sala de Competencia del Consejo dictó en fecha 4 de mayo de 2017 la Resolución que constituye el objeto del presente proceso en la que se modifica el Coste Mínimo Garantizado que inicialmente había fijado Telefónica a cada operador que había adquirido los dos canales de fútbol de la oferta mayorista. Modificación que realiza la CNMC en el ejercicio de sus funciones de vigilancia respecto del cumplimiento de los compromisos que había asumido Telefónica como consecuencia de la autorización de la referida operación de concentración económica. Y, en consecuencia, analiza si TELEFÓNICA, a la hora de fijar los costes mínimos garantizados a los operadores adquirentes de canales mayoritarios de fútbol, se había ajustado a lo establecido en el Anexo 1 (apartado 1.1.a) de los compromisos asumidos por TELEFÓNICA en la operación de concentración con DTS autorizada en fecha 22 de abril de 2015 en el que se recoge la forma en que debía realizarse el cálculo del coste mínimo garantizado aplicable a la contratación de determinados canales de televisión de pago de la oferta mayorista de TELEFÓNICA. Concretamente, dicha resolución acuerda:

"PRIMERO.- Declarar que se deben introducir los ajustes señalados por la Dirección de Competencia en su informe parcial de vigilancia de 28 de septiembre de 2016 en relación con la determinación del coste mínimo garantizado asignado a cada operador que adquirió los canales de fútbol de la oferta mayorista de TELEFÓNICA en los términos señalados en los fundamentos de derecho cuarto y quinto de la presente resolución, con el objeto que dichos cálculos sean compatibles con los compromisos presentados el 14 de abril de 2015, recogidos en la Resolución del Consejo de la CNMC de 22 de abril de 2015 recaída en el expediente C/0612/14 TELEFONICA/DTS.

SEGUNDO. - Interesar de la Dirección de Competencia la continuación de la vigilancia de la Resolución del Consejo de la CNMC de 22 de abril de 2015 recaída en el expediente C/0612/14 TELEFONICA/DTS".

TERCERO. En el caso analizado, el Coste Mínimo Garantizado que se ha revisado por la CNMC en la resolución impugnada se refiere exclusivamente a la oferta mayorista ofrecida por Telefónica en relación con los canales "Abono Fútbol" /Canal+ Liga y "Abono Fútbol 1" /Canal+ Partidazo y que habían contratado los operadores Vodafone, Orange, Telecable, Total Channel y Opencable. En consecuencia, el reparto de la parte fija del coste de adquisición de derechos de emisión exclusiva en España de los contenidos audiovisuales incluidos en los dos canales de fútbol en el canal ofertado y de los costes de producción comunes, de acuerdo con lo dispuesto en el Anexo 1 de los compromisos de 14 de abril de 2015, debería realizarse entre TELEFÓNICA y estos cinco operadores tal como exige el citado Anexo en el que se dice:

"ANEXO 1: PRINCIPIOS Y TÉRMINOS DE LA OFERTA DE SERVICIO MAYORISTA DE CANALES DE TELEVISIÓN Y MODALIDAD SVOD

1) Determinación preliminar de los precios de cada canal

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

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

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

a) Coste Mínimo Garantizado

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

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

.Cuota de abonados recurrentes de televisión de pago: El 75% de este coste fijo se repartirá en base al porcentaje de abonados de televisión de pago que dicho operador de televisión de pago tenga en el primer día del último mes de la temporada anterior al comienzo de la temporada de los eventos deportivos incluidos en dicho canal, en relación con el conjunto de abonados de televisión de pago que Telefónica y que los operadores de televisión de pago que adquieran el canal tengan en ese mismo día.

.Cuota de accesos de banda ancha fija comercializados aptos para servicios de televisión de pago: El 20% de este coste fijo se repartirá en base al porcentaje de accesos de banda ancha fija que dicho operador de televisión de pago tenga en servicio y sean aptos para ofrecer servicios de televisión de pago (velocidad mínima garantizada de seis (6) Mbps) en el primer día del último mes de la temporada anterior al comienzo de la temporada de los eventos deportivos incluidos en dicho canal, en relación con el conjunto de accesos de banda ancha fija que Telefónica y que los operadores de televisión de pago que adquieran el canal tengan en servicio y sean aptos para ofrecer servicios de televisión de pago (velocidad mínima garantizada de seis (6) Mbps) ese mismo día.

. Cuota de accesos de televisión de pago potenciales: El 5% de este coste fijo se repartirá en base al mercado potencialmente accesible en España que dicho operador de televisión de pago pueda disfrutar en función de la modalidad tecnológica de prestación de servicios de televisión de pago por la que haya optado en relación con el total de hogares de España.

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

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

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

. A la cuota de abonados recurrentes de televisión de pago: la suma de la cuota de los operadores.



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

. A la cuota de accesos de televisión de pago potenciales: la suma de la cuota de los operadores.

(...)"

La CNMC en la resolución impugnada realiza diversos ajustes en la determinación del Coste Mínimo Garantizado realizado inicialmente por TELEFÓNICA diciendo:

"4.2 Fecha de referencia a considerar para las cifras de abonados y accesos

De acuerdo al calendario de la Liga nacional de fútbol de primera división, el último partido de la temporada 2014/2015 (jornada 38) se celebró el 23 de mayo de 2015. En cuanto a la Copa de S.M. el Rey, su partido final se celebró 30 de mayo de 2015. Por consiguiente, la Dirección de Competencia considera que el 1 de mayo de 2015 es la fecha de referencia para calcular los costes mínimos garantizados de los canales de fútbol de la oferta mayorista de TELEFÓNICA, al corresponder al "primer día del último mes de la temporada anterior al comienzo de la temporada de los eventos deportivos incluidos en dicho canal", tal y como han considerado TELEFÓNICA y el resto de los operadores implicados.

4.3 Número de abonados a la televisión de pago (criterio del 75%)

El apartado 1.1(a) del anexo 1 de los compromisos de 14 de abril de 2015 establece en relación al reparto de la parte fija del coste de los derechos exclusivos y los costes de producción comunes, en el caso de los canales de fútbol ofertados, que "... El 75% de este coste fijo se repartirá en base al porcentaje de abonados de televisión de pago que dicho operador de televisión de pago tenga en el primer día del último mes de la temporada anterior al comienzo de la temporada de los eventos deportivos incluidos en dicho canal, en relación con el conjunto de abonados de televisión de pago que Telefónica y que los operadores de televisión de pago que adquieran el canal tengan en ese mismo día".

Por ello, la Dirección de Competencia considera que en el número de abonados a la televisión de pago de cada operador deberá incluirse, por tanto, al conjunto de todos los abonados del segmento residencial y no-residencial que disfrutan de un servicio de canales de televisión de pago por el que a los abonados le es facturada, de forma directa o indirecta, una cierta cantidad.

A estos efectos, la Dirección de Competencia señala que los tres criterios de reparto del coste mínimo garantizado buscan graduar la potencialidad que tiene cada operador para comercializar los canales de la oferta mayorista a clientes finales.

El criterio del 75%, el que mayor peso tiene, es el que refleja mayor potencialidad de captación de clientes para los canales de la oferta mayorista de TELEFÓNICA, en la medida que en este caso el operador no debe hacer ninguna actuación adicional en el domicilio del abonado, ni le debe asignar claves específicas, para permitir que éste acceda a los canales de fútbol de la oferta mayorista.

El criterio del 20% se sitúa un escalón por debajo, en la medida que los clientes de banda ancha fija que no tienen televisión de pago con acceso condicional, deben realizar actuaciones adicionales específicas, fundamentalmente contratando la instalación de un descodificador, de cara a poder acceder a los canales de fútbol de la oferta mayorista de TELEFÓNICA.

Por último, el criterio del 5% simplemente refleja la potencialidad de captar clientes en toda España a través de plataformas OTT (televisión de pago por internet) en las que se incluyan los canales de fútbol de la oferta mayorista.

Por consiguiente, en el marco de los compromisos y respecto de la cuota de abonados recurrentes de televisión de pago de cada operador sobre la que habrá de repartirse el 75% del coste por compartir el riesgo de adquisición de los derechos de emisión exclusiva en España de los contenidos afectados, la Dirección de Competencia propone considerar que los abonados a tener en cuenta para cada operador serán aquéllos que reciben los contenidos de la televisión de pago empleando sistemas de acceso condicional que permiten descodificar la señal encriptada (mediante descodificador de tipo hardware o software) o son identificados por cualquier otro medio con las suficientes garantías de seguridad y por los cuales, implícita o explícitamente, realizan un pago específico.

4.4 Número de accesos de banda ancha fija aptos para TV de pago (criterio del 20%)

El apartado 1.1(a) del anexo 1 de los compromisos prevé en relación al reparto de la parte fija del coste de los derechos exclusivos y los costes de producción comunes, en el caso de los canales de fútbol ofertados que "el 20% de este coste fijo se repartirá en base al porcentaje de accesos de banda ancha fija que dicho operador

de televisión de pago tenga en servicio y sean aptos para ofrecer servicios de televisión de pago (velocidad mínima garantizada de seis (6) Mbps) en el primer día del último mes de la temporada anterior al comienzo de la temporada de los eventos deportivos incluidos en dicho canal, en relación con el conjunto de accesos de banda ancha fija que Telefónica y que los operadores de televisión de pago que adquieran el canal tengan en servicio y sean aptos para ofrecer servicios de televisión de pago (velocidad mínima garantizada de seis (6) Mbps) ese mismo día".

El número de accesos de banda ancha fija aptos para la televisión de pago de cada operador incluye, de entre todos los accesos que el operador comercializaba a nivel minorista y tenía contratados a clientes en la fecha de 1 de mayo de 2015 para el servicio de banda ancha fija, tanto del segmento residencial como del segmento no-residencial o negocios, a aquéllos cuyas características físicas y en base a la tecnología empleada (xDSL, HFC o FTTH) son capaces de garantizar una velocidad mínima de pico, en sentido descendente, de 6 megabits por segundo.

De los datos iniciales reportados en julio de 2015 a TELEFÓNICA por los cinco operadores que contrataron los canales de fútbol, así como de los datos aportados por estos operadores a la Dirección de Competencia en respuesta a los requerimientos de información de 1 de febrero de 2016, y de igual manera en base a la respuesta de TELEFÓNICA a los requerimientos de información de fechas 2 de octubre de 2015 y 3 de febrero de 2016, la Dirección de Competencia concluye que las cifras aportadas por los distintos operadores responden a la aplicación de unos criterios no uniformes, en particular, respecto de la estimación del porcentaje de pares de cobre de la red de TELEFÓNICA (ya sean bucles desagregados o de acceso indirecto) que son capaces de soportar una velocidad mínima garantizada de 6Mbps con tecnología xDSL.

En cambio, no existe ninguna discrepancia al respecto de considerar que el 100% de los accesos sobre red híbrida de fibra y coaxial (HFC) con tecnología DOCSIS, y de red de fibra óptica hasta el hogar (FTTH) sobre tecnología GPON cumplen con dicha condición.

En el requerimiento a los operadores anteriormente aludido, a la cuestión relativa al porcentaje estimado de accesos de par de cobre en servicio con capacidad de más de 6Mbps sobre el total de pares de cobre en servicio para el segmento residencial, las respuestas de los operadores divergieron significativamente, oscilando entre el 95,60% en el caso de Vodafone y el 55,55% en el caso de Orange. Por su parte, TELEFÓNICA reportó a esta cuestión un porcentaje del 69,15% que aplicaría, en promedio, a toda su planta".

Asimismo, en la resolución impugnada se recogen las razones que han determinado respecto de la recurrente ORANGE un incremento en la aportación al coste mínimo garantizado diciendo:

"a) Valoración del porcentaje de pares de cobre aptos para televisión de pago

Mediante escrito de 18 de marzo de 2016 la representación de Orange propuso una metodología para calcular el porcentaje de pares de cobre desagregados que serían aptos para soportar el servicio de televisión de pago en el marco de los compromisos de 14 de abril de 2015, es decir, capaces de garantizar una velocidad mínima de 6Mbps. Para ello, Orange tuvo en cuenta los datos de sus pares de cobre desagregados, aunque sin incluir a los más de 1,3 millones de pares de Jazztel. Orange realiza sus cálculos a partir de la información contenida en la base de datos de pares de la OBA de la cual valora, entre otros, los perfiles de caracterización (velocidad de bajada/subida) de 'ADSL2+ 7,296Mbps/640kbps' y 'ADSL2+ 10Mbps/512kbps'. En sus observaciones a la propuesta de informe parcial de vigilancia de 6 de junio de 2016, Orange aportó de forma adicional los cálculos para el perfil NEBA 'ADSL2+ 8Mbps/640kbps, no real time'.

Frente a las asunciones realizadas por Orange, la Dirección de Competencia destaca que el procedimiento de garantía de calidad del par asegura en todas las circunstancias que un par desagregado de cobre que está caracterizado en la base de datos con una 'aptitud del par en bajada' determinada, sería sustituido por otro par en provisión si el operador detectase una velocidad de sincronismo inferior en un 30% a la aptitud marcada, o sería igualmente sustituido o reparado si este problema se constatase más adelante en el tiempo.

Para la Dirección de Competencia, no puede interpretarse, por tanto, que tal par solo garantice una velocidad del 70% de la nominal, sino que una eventual disminución hacia esos niveles da derecho al operador a abrir la correspondiente incidencia, pero en ningún caso el procedimiento de calidad del par determina un valor de calidad mínima garantizada, sino solamente los umbrales que habilitan la apertura de la incidencia o avería. De otra forma se estarían sobrevalorando de forma inapropiada las capacidades reales de los pares en la base de datos de la OBA, pues si la velocidad garantizada fuese de forma generalizada realmente un 30% inferior a la nominal en todos los casos, debería reflejarse tal valor inferior y no la actual referencia de aptitud.

Por consiguiente, el hecho de que cuando se constate que la velocidad de sincronismo entre router de cliente y DSLAM baja del 70%, podrá garantizarse el reemplazo o la reparación del par, no significa que la velocidad

mínima garantizada frente al cliente final para ese bucle se fije en un 70% inferior a su aptitud, debiendo ser, en condiciones normales, significativamente superior.

Por todo ello, la Dirección de Competencia considera de vital importancia pronunciarse sobre qué se debe entender por velocidad mínima garantizada de 6Mbps, y concluye que la garantía de velocidad mínima es la que el operador puede asegurar al cliente final.

Por ello, a juicio de la Dirección de Competencia, los perfiles de la base de datos de pares de cobre no representan una adecuada aproximación para realizar este cálculo, pues son perfiles excesivamente agregados que no recogen las velocidades reales que soporta cada par de cobre, sino que simplemente son un instrumento a través del cual se puede instar a TELEFÓNICA a reparar o sustituir pares de cobre defectuosos.

Al contrario, la Dirección de Competencia considera que la aproximación más adecuada sería utilizar las mediciones reales de las velocidades de pico que tiene cada par de cobre activo desagregado por Orange. Como prestador del servicio de acceso de banda ancha fija sobre estos pares de cobre, Orange tiene capacidad de disponer de esta información que le permitirá saber si, teniendo en cuenta la realidad de la prestación del servicio en el pasado, ese par de cobre soporta en la práctica y de forma sostenida velocidades mínimas de 6Mbps y, por lo tanto, si comercialmente se puede ofrecer al cliente final televisión de pago con una calidad HD.

Tras examinar pormenorizadamente las alegaciones de Orange al respecto (apartados 163 a 171 del informe parcial de vigilancia) la Dirección de Competencia no estima razonable asumir el criterio de Orange de que los pares sólo garanticen el 70% de su velocidad nominal (lo cual invalida los resultados de su metodología para este propósito), ni tampoco aplicar un porcentaje específico para Orange (como este operador sugiere) y otro, u otros diferentes, para el resto de operadores, pues aunque cada operador tenga en realidad un porcentaje distinto de pares aptos propios (para xDSL), este porcentaje no es estable y puede variar significativamente en el tiempo, especialmente en el actual contexto de fuerte migración de clientes de cobre a clientes de fibra.

La Dirección de Competencia estima que la materialización de la propuesta de Orange arrojaría datos muy inestables en el tiempo y de difícil comprobación, lo que haría imprescindible hacer una auditoría sobre los resultados de cada operador en cada momento, algo que a todas luces sería desproporcionado en términos de coste/beneficio. Por consiguiente, por motivos de simplicidad, estabilidad y transparencia, el órgano de vigilancia e instrucción considera que se debe tomar como referencia para todos los operadores la planta de cobre de TELEFÓNICA y que se debe dar por bueno el valor aportado por TELEFÓNICA de 69,15% como porcentaje de pares aptos para soportar servicios de televisión de pago (6Mbps) para su aplicación de forma uniforme a las plantas de cobre de todos y cada uno de los operadores afectados, teniendo en cuenta la información de que dispone esta CNMC.

Dado que los datos requeridos a los distintos operadores sobre accesos en servicio xDSL están disponibles para esta Comisión como consecuencia de los reportes periódicos de los operadores, la Dirección de Competencia opta por tomar los valores de este tipo de accesos sobre par de cobre correspondientes al mes de abril de 2015 (a 30 de abril de 2015), cuyo dato es asimilable al existente a 1 de mayo de 2015, fecha que ha sido tomada como referencia.

A estos valores la Dirección de Competencia ha aplicado el porcentaje del 69,15%, para obtener el número de accesos xDSL aptos para la televisión de pago. Respecto del número de accesos operados con tecnologías HFC y FTTH, la Dirección de Competencia ha tomado los valores indicados por los operadores como respuesta a los requerimientos y que, en algunos casos, se han alineado con las actualizaciones o auditorías realizadas respecto de los valores inicialmente empleados para el coste mínimo garantizado en julio de 2015 por TELEFÓNICA. El número total de accesos de banda ancha fija aptos para televisión de pago resultará de computar los accesos xDSL con garantía de 6Mbps, y los accesos HFC y FTTH de que disponga en servicio a la fecha de referencia (1 de mayo de 2015) cada operador.

(...)

b) El caso de Orange tras su adquisición de Jazztel

En su informe parcial de vigilancia (apartados 178 a 188) la Dirección de Competencia también analiza la no inclusión de los accesos correspondientes a Jazztel en los datos aportados por Orange a TELEFÓNICA en relación con los accesos de banda ancha fija.

A estos efectos, el informe recuerda que el 19 de mayo de 2015 la Comisión Europea autorizó la adquisición del control exclusivo de Jazztel por Orange. Esta operación de concentración se implementó a través de una oferta pública de adquisición del 100% del capital social de Jazztel por parte de Orange, que finalizó exitosamente el 26 de junio de 2015. Ese mismo día Orange señaló que iba a ejercer sus derechos de adquisición forzosa sobre el 100% del capital social de Jazztel.

De esta manera, cuando Orange decide el 29 de julio de 2015 adquirir los canales de fútbol de la oferta mayorista de TELEFÓNICA, Orange ya disponía del control exclusivo de Jazztel y podía, entre otros aspectos, determinar sus políticas comerciales.

Sin embargo, Orange considera que, dado que la fecha de referencia para calcular el reparto del coste mínimo garantizado es el 1 de mayo de 2015, se debe tener en cuenta la configuración del grupo Orange en ese momento, pues de lo contrario se estaría produciendo una modificación retroactiva de sus costes mínimos garantizados.

Por el contrario, si bien la Dirección de Competencia considera que podría ser desproporcionado considerar que Orange tenía inicialmente una capacidad real de ofrecer a los abonados de banda ancha fija de Jazztel la contratación de los canales de fútbol de la oferta mayorista de TELEFÓNICA, en igualdad de condiciones que sus competidores de cara a sus respectivos abonados de servicios de banda ancha fija, cualquier condicionante técnico y jurídico desapareció a 1 de enero de 2016, fecha en la que tuvo efectos económicos la fusión por absorción de Jazztel por Orange, que se produjo el 8 de febrero de 2016, y que implicó que todos los clientes de banda ancha fija de Jazztel pasaron a ser titularidad de Orange. Asimismo, en estas mismas fechas Orange había introducido en los sistemas de Jazztel su plataforma de televisión de pago.

Teniendo en cuenta lo anterior, y considerando que hasta el 1 de enero de 2016 Orange había tenido un margen temporal suficiente para introducir en los sistemas de Jazztel su plataforma de televisión de pago, la Dirección de Competencia considera que lo más acorde con los compromisos es imputar a Orange los accesos de banda ancha fija de Jazztel a 1 de mayo de 2015 para un periodo de 7 meses, de 1 de enero de 2016 a 31 de julio de 2016, y no un año completo de vigencia de las condiciones tipo de la oferta mayorista de canales de fútbol (de 1 de agosto de 2015 a 31 de julio de 2016). Esta proporción de 7 meses frente a un año se utilizaría para ponderar los datos de Jazztel a 1 de mayo de 2015".

CUARTO. En el escrito de demanda presentado por la mercantil recurrente se solicita la nulidad de la resolución impugnada efectuando las siguientes consideraciones.

Refiere que la CNMC ha modificado de manera arbitraria, injustificada y de forma contraria al ordenamiento jurídico el importe de la aportación de la recurrente, ORANGE, al Coste Mínimo Garantizado recogido en los compromisos de 14 de abril de 2015 vinculantes para Telefónica tras la resolución de la CNMC de 22 de abril de 2015 dictada en el expediente C/0612/14 al autorizar la operación de concentración TELEFONICA/DTS. Concretamente, considera que la CNMC no ha respetado el compromiso referido en el apartado 2.9.j) de la Resolución de 22 de abril de 2015 por el cual *"la oferta mayorista de canales propios premium se hará en condiciones equitativas, razonables, objetivas, transparentes y no discriminatorias, conforme a lo previsto en el Anexo 1..."*.

Igualmente sostiene que la CNMC ha vulnerado los principios de objetividad, proporcionalidad y de no discriminación, así como el principio de confianza legítima y la doctrina de los actos propios.

Asimismo, señala la recurrente que la estimación del presente recurso contencioso-administrativo debería acompañarse de una compensación económica a su favor atendiendo a los criterios recogidos en los Fundamentos de Derecho Quinto y Sexto de su escrito de demanda.

QUINTO. Centrado el objeto de debate corresponde a esta Sala analizar si se ajusta al ordenamiento jurídico la decisión adoptada por la CNMC en el ejercicio de sus funciones de vigilancia previstas en el artículo 41 de la LDC en relación con el cumplimiento de los compromisos de 14 de abril de 2015 asumidos por Telefónica en el expediente de concentración C/0612/14 TELEFONICA/DTS y, en este caso concreto, de vigilancia parcial del compromiso relativo a la determinación por parte de Telefónica del coste mínimo garantizado en la adquisición de los canales deportivos ofertados por Telefónica, tales como Abono Fútbol (Canal + Liga) y Abono Fútbol 1 (Canal + Partidazo).

En el Anexo 1 de la resolución dictada por la CNMC en fecha 22 de abril de 2015 que autorizaba la operación de concentración de TELEFONICA y DTS se recogían los compromisos que debía cumplir Telefónica y, entre ellos, se indicaba que los operadores que quisieran acceder a los canales de la oferta mayorista de Telefónica debían contribuir a pagar el llamado Coste Mínimo Garantizado que se determinará de manera específica para cada operador teniendo en cuenta los criterios fijados en los compromisos de 14 de abril de 2015 asumidos por Telefónica. El Coste Mínimo Garantizado es, por tanto, un coste fijo que se repercute entre Telefónica y los operadores adquirentes de esos canales de acuerdo con una serie de reglas. En este sentido, en el Anexo 1 tantas veces citado se dice que *"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".

Por ello, el Coste Mínimo Garantizado se calculará para cada operador que adquiera el canal premium de que se trate en función de una serie de criterios. Concretamente, en la determinación del coste mínimo garantizado Telefónica tuvo que tener en cuenta los siguientes parámetros: (i) número de abonados a la televisión de pago -criterio del 75%-; (ii) número de accesos de banda ancha fija comercializados aptos para servicios de televisión de pago (velocidad mínima garantizada de 6Mbps) -criterio del 20%-; y (iii) número de accesos potenciales a la televisión de pago -criterio del 5%-. Para la concreción de esos parámetros, Telefónica requirió su aportación a cada uno de los operadores potencialmente interesados a la fecha de 1 de mayo de 2015 porque, según los compromisos asumidos, debía atenderse al primer día del último mes de la temporada anterior al comienzo de la temporada de los eventos deportivos incluidos en dicho canal de oferta mayorista. Y Telefónica, atendiendo a los datos aportados por cada operador, determinó para cada uno de los operadores el coste mínimo garantizado de acuerdo con los parámetros antes referidos que se han revisado por la CNMC en el ejercicio de sus funciones de vigilancia y que, en relación con la recurrente, ORANGE, han supuesto un incremento del coste mínimo garantizado inicialmente fijado por Telefónica por importe de 5.485.533 euros.

Por ello, en este proceso, la recurrente discute la decisión adoptada por la CNMC en cuanto que se ha incrementado su aportación al Coste Mínimo Garantizado por la adquisición a Telefónica de los citados canales de fútbol y ello, a su juicio, ha supuesto una modificación unilateral y arbitraria de los compromisos de 14 de abril de 2015.

La recurrente discrepa, por tanto, de los ajustes efectuados por la CNMC y que han supuesto un incremento de su aportación al coste mínimo garantizado. Uno de esos ajustes es debido a que la CNMC ha considerado que para la determinación del coste mínimo garantizado debían incluirse no solo los clientes de ORANGE a fecha 1 de mayo de 2015 sino también, con efectos desde el día 1 de enero de 2016, los clientes de banda ancha que tenía Jazztel y que se incorporaron a ORANGE tras la fusión con Jazztel para la determinación del criterio consistente en el número de accesos de banda ancha comercializados aptos para servicios de televisión de pago (velocidad mínima garantizada de 6 Mbps). Según la recurrente ese ajuste implica una modificación arbitraria por parte de la CNMC de los compromisos de 14 de abril de 2015 en cuanto que ha supuesto, por una parte, la introducción de una nueva fecha - 1 de enero de 2016- para el cálculo de los parámetros del coste mínimo garantizado y, por otra parte, la incorporación desde esa fecha y con la misma finalidad de los clientes de banda ancha de Jazztel a pesar de que en la fecha de 1 de mayo de 2015 no formaban parte de Orange porque no se había producido todavía la fusión. Insiste la recurrente en la idea de que los compromisos de 14 de abril de 2015, que eran vinculantes para Telefónica, únicamente fijaban la fecha del 1 de mayo de 2015 como la fecha que debía tenerse en cuenta para la determinación del cálculo de los parámetros que concretarían el coste mínimo garantizado en ese computo.

SEXTO. Vista ya la discrepancia entre las partes, corresponde a esta Sala analizar si es correcta la actuación de la CNMC en relación con la inclusión desde el 1 de enero de 2016 de los clientes de banda ancha de Jazztel y si ello ha implicado una modificación arbitraria de los compromisos asumidos por Telefónica que ha supuesto un incremento injustificado en el importe de la aportación de ORANGE al Coste Mínimo Garantizado atendiendo a los compromisos a los que se condicionó la operación de concentración entre Telefónica y DTS.

No se discute la realidad de la fusión de ORANGE y JAZZTEL, sino si los clientes de banda ancha de JAZZTEL pueden computarse a ORANGE en la determinación del coste mínimo garantizado cuando no formaban parte de su estructura organizativa ni económica en la fecha de 1 de mayo de 2015. Si la respuesta fuera afirmativa deberemos, entonces, analizar si es correcta la fecha de 1 de enero de 2016 que ha tenido en cuenta la CNMC para incorporar en el cálculo del citado coste a los clientes de banda ancha de Jazztel.

Los parámetros que deben tenerse en cuenta para la determinación de cuál debe ser el importe que debe abonar cada operador a Telefónica por la adquisición de los canales de ofertas mayoristas que les ofrece tienen en común que su finalidad es atender a la potencialidad que cada operador tiene para comercializar los canales de la oferta mayorista a clientes finales. Y atendiendo a esa potencialidad podemos concluir que la determinación del coste mínimo garantizado no puede quedar cerrada de forma absoluta en una fecha cuando, durante el desarrollo de la temporada de los eventos deportivos que se adquieren, se modifica la estructura de los operadores, como es el caso de Orange que se fusiona con Jazztel, incrementando así la potencialidad para comercializar los canales Abono Fútbol y Abono Fútbol 1, lo cual debe implicar que su participación en el coste sea mayor que la de otros operadores. Atender de forma errática a la fecha de 1 de mayo de 2015 sin atender a los supuestos excepcionales que puedan surgir durante el desarrollo de la temporada del evento deportivo implica no dar cumplimiento a la finalidad que se persigue al compartir los gastos entre Telefónica y



los operadores, como es graduar la potencialidad que tiene cada operador para comercializar los canales de la oferta mayorista. Y ello no supone modificar los compromisos asumidos por Telefónica sino aplicar criterios racionales y equitativos entre todos los operadores siendo la equidad uno de los principios recogidos en los compromisos citados de 14 de abril de 2015 así como en la resolución de la CNMC de 22 de abril de 2015 en cuyo apartado 2.9.j) se decía que *"la oferta mayorista de canales propios premium se hará en condiciones equitativas, razonables, objetivas, transparentes y no discriminatorias, conforme a lo previsto en el Anexo 1..."*.

Por ello, entendemos que la actuación de la CNMC respeta el principio de equidad y el de proporcionalidad cuando reinterpreta los compromisos asumidos por Telefónica en los que no estaba prevista la forma de calcular el coste mínimo garantizado en los casos de fusión de dos empresas durante el desarrollo de la temporada de los eventos deportivos.

Y, en consecuencia, compartimos con la CNMC que, para el cálculo del Coste Mínimo Garantizado respecto de la recurrente, ORANGE, debían tenerse en cuenta dos fechas; una, la del 1 de mayo de 2015, que era la fecha de referencia para el cálculo del Coste Mínimo Garantizado de la temporada para los canales del fútbol del periodo 2015/2016 que comenzaba en agosto de 2015, para la cartera de abonados de televisión de pago y para la cartera de accesos de banda ancha fija comercializados aptos para servicios de televisión de pago (velocidad mínima garantizada de 6 Mbps) de Orange; y, dos, la fecha de 1 de enero de 2016 en la que se modificó su Coste Mínimo Garantizado atendiendo ya a la cartera de accesos de la entidad Jazztel con quien se fusiona. Fecha está -1 de enero de 2016- en la que efectivamente se había incrementado la potencialidad de ORANGE respecto de los otros operadores al disponer en su cartera de los clientes de Jazztel y esa mera posibilidad permitía su inclusión en el cálculo del referido coste sin que fuera necesario atender al número real de clientes de Jazztel que finalmente hubieran optado por la contratación de los canales de Abono Fútbol y Abono Fútbol 1.

La elección de la fecha de 1 de enero de 2016 por parte de la CNMC no es tampoco arbitraria, sino que lo justifica diciendo que en esa fecha la fusión ya producía efectos económicos. Afirmación esta que reconoce la propia recurrente cuando en un escrito dirigido a la CNMC en fecha 1 de febrero de 2016 (en respuesta a un requerimiento de información en el expediente de vigilancia) señala que: *"Sólo a partir del 8 de febrero esos clientes pasan a formar parte de Orange Espagne, S.A.U., (con efectos económicos desde 1 de enero) desapareciendo la Entidad Mercantil Jazztel que nunca ha mantenido acuerdo alguno con Telefónica respecto de la Oferta mayorista de Canales que regulan los compromisos ni ha prestado servicios de comunicación audiovisual en los últimos ejercicios anuales"*.

En definitiva, esta Sala teniendo en cuenta lo que implica el Coste Mínimo Garantizado admite la explicación dada por la CNMC para fijar respecto de Orange la fecha de 1 de enero de 2016 para computar, además, la cartera de clientes de Jazztel que pasaron a formar parte de su estructura económica en igualdad con la adquirente y ello al margen del volumen de clientes de Jazztel que realmente adquirieran los canales de fútbol, ya que el Coste Mínimo Garantizado se fija atendiendo a la cartera de clientes con independencia del número de abonados finales que contraten el canal. Por ello, esta Sala entiende que la CNMC ha reinterpretado los compromisos adquiridos por Telefónica en relación con Orange y los clientes de Jazztel que pasaron a formar parte de Orange tras la fusión por cuanto que ello, dado que implicaba una mayor posibilidad de adquisición de los canales de fútbol, justificaba que esa cartera de clientes se debiera tener en cuenta para determinar el cálculo del Coste Mínimo Garantizado.

De forma subsidiaria, la recurrente señala que, de adoptarse algún periodo temporal, éste debería limitarse a 4 meses (febrero a abril de 2016) porque entiende que, solo dispuso de ese periodo para captar abonados al fútbol de entre los clientes de Jazztel. Esta Sala tampoco acepta esa pretensión porque el número de accesos de banda ancha fija aptos servicios de televisión de pago no guarda relación con el éxito o la capacidad comercial, por lo que la proporción que debe considerarse debe estar en relación con la incorporación de Jazztel en Orange con efectos económicos, esto es, desde enero de 2016 a julio de 2016 (7 meses de 12).

SÉPTIMO. Por otra parte, ORANGE discrepa de la actuación de la CNMC impugnada en cuanto que en el cálculo del Coste Mínimo Garantizado ha incluido tanto a los abonados residenciales como a los abonados no residenciales o de negocios y por ello entiende que se ha incrementado de forma injustificada el importe que debe abonar al Coste Mínimo Garantizado. Concretamente, señala que la CNMC ha incluido en el computo 2.900 clientes XDSL más aptos de Orange Catalunya Xarxes de Telecomunicacions, S.A. cuando, según refiere, en ningún momento no va a prestar servicios de televisión de pago a sus clientes porque es una empresa que solo provee servicios al segmento de Grandes Cuentas de clientes empresariales y no recoge el producto de televisión de pago en su portfolio.

Esta Sala no comparte la alegación de la recurrente. Como ya hemos referido anteriormente el Coste Mínimo Garantizado pretende graduar la potencialidad que tiene cada operador para comercializar los canales de la



oferta mayorista a clientes finales y para ello debe atenderse con carácter general al número de accesos de banda ancha fija comercializados aptos para servicios de televisión de pago (velocidad mínima garantizada de 6 Mbps) sin necesidad de diferenciar entre abonados de tipo residencial y abonados de tipo no residencial o de negocios porque estos últimos son también potenciales demandantes de los canales de fútbol. De hecho, en el Anexo 1, apartado 1.1(a), de los compromisos de 14 de abril de 2015 no se precisa que deban aportarse exclusivamente los pares aptos correspondientes a clientes residenciales, o que el operador pueda decidir excluir a determinados segmentos o tipos de clientes en función del servicio que les está prestando. Por ello, en el requerimiento de información realizado por Telefónica a todos los operadores, incluido a Orange, se solicitaron los datos del número de accesos aptos para televisión de pago a fecha 1 de mayo de 2015, tanto del segmento residencial como del no-residencial, así como el número de abonados reportado a Telefónica en julio de 2015. Y de la respuesta de Orange, como de las del resto de operadores, se desprendía que todos interpretaron que los accesos aptos a considerar debían incluir, agregados, tanto los del segmento residencial como los del segmento no-residencial.

OCTAVO. Finalmente, la recurrente discrepa con la CNMC en la interpretación del criterio del 20% relativo a la determinación del porcentaje del número de accesos de banda ancha fija aptos para servicios de televisión de pago que garantizan una velocidad superior a 6 Mbps aplicable a ORANGE. La CNMC en este aspecto mantiene el cálculo efectuado por Telefónica que fija un porcentaje común para todos los operadores del 69,15%. Porcentaje este que la recurrente no comparte y entiende que para ella debió ser del 55,55% lo que reduciría su aportación al coste mínimo garantizado.

La recurrente para justificar la aplicación de ese porcentaje utiliza el criterio de la aptitud para determinar si los pares de cobre garantizan la velocidad de descarga de 6 Mbps y que, por lo tanto, son aptos para prestar servicios de televisión de pago. En este sentido entiende que no todos los pares garantizan una velocidad de bajada superior a 6 Mbps por lo que, atendiendo a registros estadísticos, aplica el porcentaje del 55,55% porque considera que ese porcentaje de pares es el realmente apto para garantizar velocidades superiores a 6 Mbps.

Esta Sala confirma el criterio de la CNMC porque entiende que la decisión de no acoger el porcentaje propuesto por la recurrente no es ni arbitrario ni inmotivado cuando, entre otras razones, la CNMC rechaza el cálculo realizado por la recurrente porque se utilizaron datos incompletos ya que tuvo en cuenta 1,9 millones de pares de cobre desagregados de Orange, pero no incluyó los más de 1,3 millones de pares de cobre desagregados de Jazztel. Y esa incorrección ya es suficiente para poner en duda la realidad del porcentaje que quiere que se le aplique. Pero es que, además, la CNMC sobre la aplicación del citado porcentaje dice que: *"Por ello, a juicio de la Dirección de Competencia, los perfiles de la base de datos de pares de cobre no representan una adecuada aproximación para realizar este cálculo, pues son perfiles excesivamente agregados que no recogen las velocidades reales que soporta cada par de cobre, sino que simplemente son un instrumento a través del cual se puede instar a Telefónica a reparar o sustituir pares de cobre defectuosos. Al contrario, la Dirección de Competencia considera que la aproximación más adecuada sería utilizar las mediciones reales de las velocidades de pico que tiene cada par de cobre activo desagregado por Orange. Como prestador del servicio de acceso de banda ancha fija sobre estos pares de cobre, Orange tiene capacidad de disponer de esta información que le permitirá saber si, teniendo en cuenta la realidad de la prestación del servicio en el pasado, ese par de cobre soporta en la práctica y de forma sostenida velocidades mínimas de 6Mbps y, por lo tanto, si comercialmente se puede ofrecer al cliente final televisión de pago con una calidad HD".*

Y, por ello, la CNMC *"considera que la aproximación más adecuada sería utilizar las mediciones reales de las velocidades pico que tiene cada par de cobre activo desagregado por Orange".* Y continúa diciendo que: *"La Dirección de Competencia estima que la materialización de la propuesta de Orange arrojaría datos muy inestables en el tiempo y de difícil comprobación, lo que haría imprescindible hacer una auditoría sobre los resultados de cada operador en cada momento, algo que a todas luces sería desproporcionado en términos de coste/beneficio. Por consiguiente, por motivos de simplicidad, estabilidad y transparencia, el órgano de vigilancia e instrucción considera que se debe tomar como referencia para todos los operadores la planta de cobre de TELEFÓNICA y que se debe dar por bueno el valor aportado por TELEFÓNICA de [65-75] % como porcentaje de pares aptos para soportar servicios de televisión de pago (6Mbps) para su aplicación de forma uniforme a las plantas de cobre de todos y cada uno de los operadores afectados, teniendo en cuenta la información de que dispone esta CNMC. Dado que los datos requeridos a los distintos operadores sobre accesos en servicio xDSL están disponibles para esta Comisión como consecuencia de los reportes periódicos de los operadores, la Dirección de Competencia opta por tomar los valores de este tipo de accesos sobre par de cobre correspondientes al mes de abril de 2015 (a 30 de abril de 2015), cuyo dato es asimilable al existente a 1 de mayo de 2015, fecha que ha sido tomada como referencia".*

En virtud de todo lo expuesto, entendemos que se ajusta al ordenamiento jurídico la actuación de la CNMC ahora impugnada.



NOVENO. Toda vez que se ha desestimado el presente recurso contencioso-administrativo, debemos imponer a la parte actora las costas procesales causadas en esta instancia, tal como dispone el artículo 139.1 de la LJCA en la redacción dada por la Ley 37/2011, de 10 de octubre.

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

FALLAMOS

DESESTIMAR el recurso contencioso administrativo nº **631/2017** interpuesto por el Procurador D. Roberto Alonso Verdú que actúa en nombre y en representación de la entidad **ORANGE ESPAGNE, S.A.U.**, contra la Resolución dictada por la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia de fecha 4 de mayo de 2017 en el procedimiento de vigilancia VC/0612/14 que realiza ajustes en relación con la determinación por parte de Telefónica del coste mínimo garantizado asignado a cada operador que había adquirido canales mayoristas de la oferta de Telefónica. Y, en consecuencia, confirmamos dicha resolución por entender que es conforme con el ordenamiento jurídico.

Se imponen a la parte actora las costas procesales causadas en esta instancia.

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.

Así, lo mandamos, pronunciamos y firmamos.