



Roj: **STSJ M 1514/2019 - ECLI: ES:TSJM:2019:1514**

Id Cendoj: **28079310012019100018**

Órgano: **Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Civil y Penal**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **16/01/2019**

Nº de Recurso: **20/2018**

Nº de Resolución: **2/2019**

Procedimiento: **Civil**

Ponente: **FRANCISCO JOSE GOYENA SALGADO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid

Domicilio: C/ General Castaños, 1 - 28004

Teléfono: 914934850,914934750

31001590

NIG: 28.079.00.2-2018/0054078

Procedimiento Nulidad laudo arbitral 20/2018

Materia: **Arbitraje**

Demandante: TELEFONICA DE ESPAÑA SAU

PROCURADOR D./Dña. MARIA DEL CARMEN ORTIZ CORNAGO

Demandado: ASOCIACION NACIONAL DE OPERADORES DE TELECOMUNICACIONES Y SERVICIOS DE INTERNET

PROCURADOR D./Dña. MONICA DE LA PALOMA FENTE DELGADO

SENTENCIA N° 2/2019

Excmo. Sr. Presidente:

D. Francisco Javier Vieira Morante

Ilmos. Sres. Magistrados:

Ilmo. Sr. Magistrado Don Francisco José Goyena Salgado

Ilmo. Sr. Magistrado D. Jesús María Santos Vijande

En Madrid, a dieciseis de enero de dos mil diecinueve

I.- ANTECEDENTES DE HECHO.

PRIMERO .- El 3 de abril de 2018 tuvo entrada en esta Sala Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia la demanda formulada por la procuradora D.ª CARMEN ORTIZ CORNAGO, en nombre y representación de "TELFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U.", asistida por el letrado D. JOSÉ MIGUEL FATÁS MONFORTE, ejercitando, contra la "ASOCIACIÓN NACIONAL DE OPERADORES DE TELECOMUNICACIONES Y SERVICIOS DE INTERNET" (AOTEC), acción de anulación del Laudo de fecha 25 de enero de 2018, que dicta la COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y LA COMPETENCIA (CNMC).

SEGUNDO .- Por Decreto de fecha 17 de abril de 2018 se admitió a trámite la demanda supra referenciada, acordando dar traslado a la parte demandada, al que se emplazó en legal forma, para contestación de la demanda formulada.



TERCERO .- Con fecha 28 de mayo de 2018 compareció la parte demandada "ASOCIACIÓN NACIONAL DE OPERADORES DE TELECOMUNICACIONES Y SERVICIOS DE INTERNET", representada por la procuradora D.^a MÓNICA DE LA PALOMA FENTE DELGADO y asistida por la letrada D.^a SARA JORDÁN MARTÍN, en el plazo fijado, contestando a la demanda y oponiéndose a la misma.

CUARTO .- Por Auto de fecha 20 de junio de 2018 se acordó recibir el pleito a prueba, admitiendo la documental aportada por la parte demandante y demandada y señalándose fecha para deliberación.

Ha sido Ponente el Ilmo. Sr. D. Francisco José Goyena Salgado, quien expresa el parecer unánime del Tribunal.

II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO.

PRIMERO .- El Laudo impugnado estima parcialmente la demanda de **arbitraje** formulada por la "ASOCIACIÓN NACIONAL DE OPERADORES DE TELECOMUNICACIONES Y SERVICIOS DE INTERNET"(AOTEC) frente a "TELFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U.", en el sentido de declarar compatible con los compromisos contenidos en la Resolución de 22 de abril de 2015 el modelo de adquisición y comercialización del canal Movistar Partidazo planteado por AOTEC, si bien con las precisiones que se indican en los apartados siguientes:

Se pueden adquirir los contenidos premium, en concreto el "partidazo" a través de una empresa "X" creada a estos efectos por AOTEC e inscrita en el registro de operadores de televisión.

Esta empresa "X" puede comercializar estos contenidos y, por tanto, contratar con los clientes finales y puede además firmar con operadores de comunicaciones electrónicas locales encomendadas de cobro en relación con los clientes de estos que a su vez contraten con X el contenido considerado.

La empresa "X" puede dejar en la cabecera de los operadores locales con los que haya firmado una encomienda de cobro la señal con el contenido Premium para que esta llegue a los clientes finales de la empresa "X". La empresa "X" deberá asumir en todo caso la responsabilidad del servicio frente a los usuarios finales.

La modalidad tecnológica de prestación será DVB-C, DVB-Te PTV sólo y exclusivamente sobre redes propias de cable y fibra de los operadores locales con los que se haya firmado una encomienda de cobro.

La empresa "X" podrá prestar servicios OTT, tanto en la segunda ventana para clientes de la empresa que ya están recibiendo la señal en las modalidades tecnológicas anteriormente citadas (DVB-C, DVB-T e IPTV sobre redes propias bucle local), como en primera ventana, para clientes que contraten el acceso a la señal únicamente a través de internet.

2 Exigir a TELEFONICA que adecue las condiciones tipo de su oferta mayorista de canales de televisión a los operadores locales, en los términos señalados en el apartado 1º anterior.

3 Establecer la siguiente metodología en cuanto al sistema de cómputo a aplicar por TELEFONICA para el reparto del Coste Mínimo Garantizado, en función de los tres criterios contemplados en los compromisos de contenidos en la Resolución de 22 de abril de 2015:

Se debe computar los abonados recurrentes de televisión de pago (criterio del 75%) y los accesos de banda ancha fija comercializados aptos para servicios de televisión de pago (criterio 20%) a la fecha determinada en los compromisos, de los operadores locales con los que la empresa "X" haya firmado acuerdos de encomienda de cobro y transporte de señal en el firmado acuerdos de encomienda de cobro y transporte de señal en el momento de solicitud del canal Movistar Partidazo por dicha empresa "X", sin que se acuerda firmar nuevos acuerdo de encomienda de cobro y transporte de señal con otros operadores locales durante la vigencia anual del contrato.

En relación con los accesos de televisión de pago potenciales (criterio del 5%), se debe computar una única vez este criterio y para todo el territorio nacional, desde la óptica del total de accesos de banda ancha fija aptos para servicios de televisión de pago existentes en la fecha de referencia establecida en los compromisos.

4 Desestimar el resto de las pretensiones formuladas por la ASOCIACIÓN NACIONAL DE OPERADORES DE TELECOMUNICACIONES Y SERVICIOS DE INTERNET (AOTEC) que no hayan sido incluidas en los apartados anteriores.

5 No realizar pronunciamiento alguno en cuanto a la imposición de las costas, del presente **arbitraje**.

SEGUNDO.- Frente a dicha resolución se insta la presente demanda de anulación del laudo dictado, con base en las alegaciones y fundamentos que estimó oportunos y solicitando se declare nulo el laudo y se deje sin efecto.

Se formula por la parte demandante, dos motivos de nulidad previstos en el apartado f del art. 41.1, de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de **Arbitraje** .



El primero de ellos alega la nulidad del laudo por ser contrario al orden público, así como vulnerar los arts. 9.3 y 24 CE , por falta de motivación de los puntos 1º y 2º del fallo del Laudo.

El segundo de los motivos alega, igualmente, que el laudo es contrario al orden público, así como a los arts. 9.3 y 24 CE , por falta de motivación en derecho e incoherencia interna del laudo, en relación al punto 3º del fallo del Laudo.

TERCERO.- Establece el Art. 41.1: "El laudo solo podrá ser anulado cuando la parte que solicita la anulación alegue y pruebe:

f) Que el laudo es contrario al orden público."

Con carácter general cabe señalar, que como tiene declarado esta Sala, en sentencia de fecha 13 de diciembre de 2018 , con cita de otras sentencias, entre ellas las de 4-7-2017 : "la acción de anulación no configura una nueva instancia, como si este Tribunal estuviese habilitado por la ley para revisar, con plenitud de jurisdicción, el juicio de hecho y la aplicación del Derecho efectuados por los árbitros al laudar.

En tal sentido, v.gr., las Sentencias de esta Sala de 24 de junio de 2014 (rec. n º 70/2013) y de 5 de noviembre de 2013 (rec. n º 14/2013), cuando dicen (FFJJ 8 y 4, respectivamente): "Como ha puesto de manifiesto esta Sala desde la sentencia de 3 de febrero de 2012 , la acción de anulación de laudo arbitral diseñada en la Ley de **Arbitraje** no permite a la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia, a la que ahora se atribuye la competencia para el conocimiento de este proceso, reexaminar las cuestiones debatidas en el procedimiento arbitral. La limitación de las causas de anulación del laudo arbitral a las estrictamente previstas en el artículo 41 de esa Ley de **Arbitraje** , restringe la intervención judicial en este ámbito a determinar si en el procedimiento y la resolución arbitrales se cumplieron las debidas garantías procesales, si el laudo se ajustó a los límites marcados en el convenio arbitral, si éste carece de validez o si la decisión arbitral invade cuestiones no susceptibles de **arbitraje**. Así lo indica con claridad la Exposición de Motivos de la Ley 60/2003 cuando precisa que "los motivos de anulación del laudo han de ser tasados y no han de permitir, como regla general, una revisión del fondo de la decisión de los árbitros...". "La esencia del **arbitraje** y el convenio arbitral, en cuanto expresa la voluntad de las partes de sustraerse a la actuación del poder judicial, determinan - como destaca la sentencia del Tribunal Supremo de del 22 de Junio del 2009 (ROJ: STS 5722/2009)- que la intervención judicial en el **arbitraje** tenga carácter de control extraordinario cuando no se trata de funciones de asistencia, pues la acción de anulación, de carácter limitado a determinados supuestos, es suficiente para la satisfacción del derecho a la tutela judicial efectiva, en su modalidad de acceso a los tribunales (SSTC 9/2005 , y 761/1996 y 13/1927) y, según la jurisprudencia esta Sala, tiene como objeto dejar sin efecto lo que pueda constituir un exceso del laudo arbitral, pero no corregir sus deficiencias u omisiones (SSTS 17 de marzo de 1988 , 28 de noviembre de 1988 , 7 de junio de 1990)".

En igual sentido nuestra sentencia de 12 de junio de 2018 .

Al respecto la STS de 15 de septiembre de 2008 establece que "*Como dice el auto de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 21 de febrero de 2006 : como punto de partida debe tomarse la especial función de la institución arbitral y el efecto negativo del convenio arbitral, que veta por principio la intervención de los órganos jurisdiccionales para articular un sistema de solución de conflictos extrajudicial, dentro del cual la actuación de los Tribunales se circunscribe a actuaciones de apoyo o de control expresamente previstas por la Ley reguladora de la institución; es consustancial al **arbitraje**, por lo tanto, la mínima intervención de los órganos jurisdiccionales por virtud y a favor de la autonomía de la voluntad de las partes, intervención mínima que, tratándose de actuaciones de control, se resume en el de la legalidad del acuerdo de **arbitraje**, de la arbitrabilidad -entendida en términos de disponibilidad, como precisa la exposición de Motivos de la Ley 60/2003 - de la materia sobre la que ha versado, y de la regularidad del procedimiento de **arbitraje**; para ello, tal y como asimismo se señala en el Preámbulo de la vigente Ley de **Arbitraje**, se contempla un cauce procedimental que satisface las exigencias de rapidez y de mejor defensa, articulando el mecanismo de control a través de una única instancia procesal; esta mínima intervención jurisdiccional explica el hecho de que en el artículo 42.2 de la vigente Ley de **Arbitraje** , como también se hacía en el artículo 49.2 de su predecesora, se disponga que frente a la sentencia que se dice en el proceso sobre anulación de un laudo arbitral no quepa recurso alguno, habiendo entendido el legislador que a través de una única instancia y con una sola fase procesal se satisface suficientemente la necesidad de control jurisdiccional de la resolución arbitral, que, evidentemente, no alcanza al fondo de la controversia, sino únicamente a los presupuestos del **arbitraje** y su desarrollo.*"

En este mismo sentido se ha pronunciado el Tribunal Constitucional en las SSTC 62/91, de 22 de marzo (EDJ 1991/3180) y 228/93 de 4 de octubre , 259/93 de 23 de julio (EDJ 1993/7399), 176/96 de 11 de noviembre (EDJ 1996/7029. En el mismo sentido el Tribunal Constitucional, Sentencia 174/1995, de 23 de noviembre (EDJ 1995/6552), señala que "el posible control judicial derivado del artículo 45 de la Ley de **Arbitraje** -hoy art. 41- está limitado al aspecto externo del laudo y no al fondo de la cuestión sometida al **arbitraje**, al estar tasadas las



causas de revisión previstas y limitarse éstas a las garantías formales"; razón por la cual únicamente procede conocer de las causas de nulidad tasadas que, además dice la STS de 23 de abril de 2001 (EDJ 2001/6431), en su Fundamento Séptimo, con remisión a la de 16-2-68, " *han de ser interpretadas y aplicadas estrictamente a fin de evitar la acusada tendencia de quienes renunciaron a las garantías que les brindaba la severa aplicación del Derecho, de lograr su anulación por los órganos jurisdiccionales de carácter oficial cuando no logran el éxito de sus aspiraciones*"

CUARTO.- El primer motivo de la demanda, como señalábamos, alega la contravención del orden público, así como la vulneración de los arts. 9.3 y 24 CE , por falta de motivación del Laudo en relación a los puntos 1º y 2º del mismo.

A.-En cuanto a lo que se debe entender por orden público, como ya dijo esta Sala en sentencia de 23 de Mayo de 2.012, Recurso 12/2011 , "... *por orden público han de estimarse aquel conjunto de principios, normas rectoras generales y derechos fundamentales constitucionalizados en el Ordenamiento Jurídico español, siendo sus normas jurídicas básicas e inderogables por la voluntad de las partes, tanto en lo social como en lo económico (Sentencia del Tribunal Constitucional, Sala 2ª, nº 54/1989, de 23-2)*, y por ende, a los efectos previstos en el citado artículo, debe considerarse contrario al orden público, aquel Laudo que vulnere los derechos y libertades fundamentales reconocidos en el Capítulo II, Título I de la Constitución, garantizados a través de lo dispuesto en términos de generalidad en el artículo 24 de la misma, incluyendo la arbitrariedad patente referida en el artº 9.3 de la Constitución , y desde luego, quedando fuera de éste concepto la posible justicia del Laudo, las deficiencias del fallo o el modo más o menos acertado de resolver la cuestión."

Criterio reiterado en nuestra sentencia de fecha doce de junio del dos mil dieciocho .

En relación al deber de motivación de las resoluciones judiciales, lo que es plenamente aplicable a los Laudos arbitrales, cabe traer a colación la siguiente doctrina, expuesta en la STS. 28-6-2016 : "El derecho a la tutela judicial efectiva, establecido en el art. 24.1 CE comprende, entre otros derechos, el de obtener una resolución fundada en derecho de los Jueces y Tribunales y exige que las sentencias expliciten de forma suficiente las razones de sus fallos, esto es, que estén motivadas de forma bastante, lo que además ya venía ya preceptuado en el art. 142 LECrim . está prescrito en el art. 120.3 CE y se deduce implícitamente de la prohibición de la arbitrariedad que impone el art. 9.3 de la misma Supra Ley.

Por ello, podrá considerarse que la resolución judicial impugnada vulnera el derecho constitucional a la tutela judicial efectiva cuando no sea fundada en derecho, lo cual ocurre en estos casos:

a) Cuando la resolución carezca absolutamente de motivación, es decir, no contenga los elementos y razones de juicio que permitan conocer cuáles han sido los criterios jurídicos que fundamentan la decisión. Al respecto, debe traerse a colación la doctrina constitucional sobre el requisito de la motivación, que debe entenderse cumplido, si la sentencia permite conocer el motivo decisorio excluyente de un mero voluntarismo selectivo o de la pura arbitrariedad de la decisión adoptada (SSTC. 25/90 de 19.2 , 101/92 de 25.6), con independencia de la parquedad del razonamiento empleado: una motivación escueta e incluso una fundamentación por remisión pueden ser suficientes porque "La CE no garantiza un derecho fundamental del justiciable a una determinada extensión de la motivación judicial", ni corresponde a este Tribunal censurar cuantitativamente la interpretación y aplicación del derecho a revisar la forma y estructura de la resolución judicial, sino sólo "comprobar si existe fundamentación jurídica y, en su caso, si el razonamiento que contiene constituye lógica y jurídicamente suficiente motivación de la decisión adoptada" (STC. 175/92 de 2.11).

b) Cuando la motivación es solo aparente, es decir, el razonamiento que la funda es arbitrario, irrazonable e incurre en error patente. Es cierto como ha dicho el ATC. 284/2002 de 15.9 que "en puridad lógica no es lo mismo ausencia de motivación y razonamiento que por su grado de arbitrariedad e irrazonabilidad debe tenerse por inexistente, pero también es cierto que este Tribunal incurriría en exceso de formalismo si admitiese como decisiones motivadas y razonadas aquellas que, a primera vista y sin necesidad de mayor esfuerzo intelectual y argumental, se comprueba que parten de premisas inexistente o patentemente erróneas o siguen sin desarrollo argumental que incurre en quiebras lógicas de tal magnitud que las conclusiones alcanzadas no pueden considerarse basadas en ninguna de las razones aducidas". (STS. 770/2006 de 13.7).

El Tribunal Constitucional, SS. 165/93 , 158/95 , 46/96 , 54/97 y 231/97 y esta Sala SS. 626/96 de 23.9 , 1009/96 de 30.12 , 621/97 de 5.5 y 553/2003 de 16.4 , han fijado la finalidad y el alcance y límites de la motivación. La finalidad de la motivación será hacer conocer las razones que sirvieron de apoyatura a la decisión adoptada, quedando así de manifiesto que no se ha actuado con arbitrariedad. La motivación tendrá que tener la extensión e intensidad suficiente para cubrir la esencial finalidad de la misma, que el Juez explique suficientemente el proceso intelectual que le condujo a decidir de una manera determinada.



En este sentido la STC. 256/2000 de 30.10 dice que el derecho a obtener la tutela judicial efectiva "no incluye un pretendido derecho al acierto judicial en el selección, interpretación y aplicación de las disposiciones legales, salvo que con ellas se afecte el contenido de otros derechos fundamentales distintos al de tutela judicial efectiva (SSTC. 14/95 de 24.1 , 199/96 de 4.6 , 20/97 de 10.2).

Según la STC. 82/2001 "solo podrá considerarse que la resolución judicial impugnada vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva, cuando el razonamiento que la funda incurra en tal grado de arbitrariedad, irrazonabilidad o error que, por su evidencia y contenido, sean tan manifiestas y graves que para cualquier observador resulte patente que la resolución, de hecho, carece de toda motivación o razonamiento".

El mandato constitucional del art. 120.3 acerca de la necesidad de que las sentencias estén siempre motivadas, es asimismo una exigencia derivada del derecho a la tutela judicial efectiva, proclamado en el art. 24.1 del mismo Texto constitucional.

Motivación que viene impuesta para evitar cualquier reproche de arbitrariedad, satisfacer el derecho del justiciable a alcanzar la comprensión de la resolución judicial que tan especialmente le afecta, así como para garantizar y facilitar el control que permite la revisión de la sentencia en otras instancias judiciales o, en su caso, por el Tribunal Constitucional.

Así, se ha señalado, entre otras en la STS núm. 584/1998, de 14 de mayo , que, por lo que se refiere específicamente a las sentencias, la motivación debe abarcar los tres aspectos relevantes: fundamentación del relato fáctico que se declara probado; subsunción de los hechos en el tipo penal procedente (elementos descriptivos y normativos, tipo objetivo y subjetivo, circunstancias modificativas); y consecuencias punitivas y civiles en el caso de condena.

En efecto, como dicen las SSTs. 485/2003 de 5.4 y 1132/2003 de 10.9 , las sentencias deben estar suficientemente motivadas no sólo en lo referente a la calificación jurídica central o nuclear a que se contraiga el objeto del proceso, sino también en lo relativo a cualquier punto jurídico del debate y de las peticiones de las partes, pues así lo exige el referido artículo 120.3 de la Constitución y también el no hacerlo puede conllevar el defecto formal contenido en el artículo 851.3º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , falta que tradicionalmente se ha denominado "incongruencia omisiva".

Además la motivación requiere del Tribunal la obligación de explicitar los medios probatorios utilizados para declarar la verdad judicial del hecho enjuiciado y que, junto a las consideraciones relativas a la subsunción de los hechos en el tipo penal procedente y consecuencias punitivas en caso de condena, integran el derecho del justiciable a la tutela judicial efectiva. De esta manera, la motivación de las sentencias constituye una consecuencia necesaria de la función judicial y de su vinculación a la Ley, permite conocer las pruebas en virtud de las cuales se la condena (motivación fáctica) y las razones legales que fundamentan la subsunción (motivación jurídica) al objeto de poder ejercitar los recursos previstos en el ordenamiento y, finalmente, constituye un elemento disuasorio de la arbitrariedad judicial."

La citada doctrina jurisprudencial es, como apuntábamos, trasladable y aplicable a los Laudos, dado que conforme a lo que se dispone en el art. 37.4 L A, "El laudo deberá ser siempre motivado", a salvo el supuesto del laudo dictado por acuerdo de las partes, a que se refiere el art. 36 LA.

Por otra parte la doctrina citada pone de manifiesto la vinculación directa de la exigencia/obligación de motivación de las resoluciones con derechos fundamentales (arts. 9.3 , 24.1 y 120.3 CE) y por lo tanto que entra de lleno en el espectro del concepto de orden público, como igualmente ya exponíamos al principio de este fundamento.

No obstante lo anterior, hay que modular su alcance y así tiene declarado esta Sala, en su sentencia de fecha 25 de junio de 2018 ,que: "solo cabe analizar la motivación de un lado arbitral, a los efectos de estimar que concurra en una vulneración del orden público, si incurre patentemente en error, arbitrariedad o manifiesta irracionalidad, lo que es muy diferente a entrar a analizar cuál es la decisión que, según el criterio de este Tribunal, habría sido la más acertada en el caso concreto."

B.- El recurso considera que la decisión del Laudo, por la que "TESAU debe vender a Movistar Partidazo y el resto de los canales Premium, porque está obligado ello en virtud del Compromiso 2.9 de la Resolución CNMC (punto 1º del fallo) y a resultas de esta decisión, la imposición a TESAU de la obligación de modificar su oferta mayorista a los operadores locales (punto 2º del fallo, no está motivada en forma alguna en el Laudo, por cuanto no "contiene los elementos y razones de juicio que permitan conocer cuáles han sido los criterios jurídicos que fundamentan la decisión."

Concretamente indica la demandante que "El Laudo no motiva jurídicamente por qué la fórmula de acceso indirecto propuesta por AOTEC que no está contemplada en los Compromisos debe ser atendida

obligatoriamente por TESAU, en contra de lo defendido por TESAU." Se indica, asimismo, que, tras afirmarse en el Laudo, que los Compromisos no pueden regular exhaustivamente todos los aspectos de las relaciones inter privadas, "el Laudo se limita a afirmar de forma apodíctica que "sin perder de vista el espíritu y finalidad de los compromisos, este órgano arbitral no estima que la fórmula propuesta por AOTEC para acceder a la oferta mayorista de canales de TELEFÓNICA resulte incompatible con los mismos". Nada más señala el Laudo en relación con su exégesis de los Compromisos que le lleve a concluir la obligación de TESAU de atender la petición de AOTEC."

El Laudo, sigue diciendo la demanda, ni tan siquiera esboza cuál ha sido el proceso interpretativo de los Compromisos que conduce a imponer esa obligación a TESAU. Y tampoco explica cómo esa interpretación permite soslayar el "problema" de que, según el laudo, los Compromisos no contemplan la fórmula de acceso indirecto de los operadores locales propuesta por AOTEC. Tampoco explica el Laudo, continúa la demanda, el por qué impone a TESAU una obligación no contemplada expresamente en los Compromisos cuando el propio Laudo reconoce que la Resolución CNMC "señala expresamente en su fundamento jurídico tercero que tales compromisos resultan suficientes y proporcionados para compensar los riesgos de obstaculización de la competencia efectiva derivados de la operación de concentración que se había detectado."

Todo ello, concluye, determina un claro motivo de anulación por vulneración del orden público conforme al artículo 41.1 f) de la Ley de **Arbitraje**.

C.- El examen del laudo impugnado por parte de la Sala, nos lleva a desestimar el motivo expuesto, con base en las siguientes consideraciones:

c'.- Como ya exponíamos, el primer motivo de impugnación alega la falta de motivación del Laudo, en relación a su decisión por la que TELEFÓNICA (TESAU), conforme al Compromiso 2.9 de la Resolución de la CNMC, debe vender Movistar Partidazo y el resto de los canales Premium y a resultas de esto, se impone a TELEFÓNICA la obligación de modificar su oferta mayorista a los operadores locales. (Puntos 1º y 2º del fallo.)

Como tiene señalado el Tribunal Supremo, cabe entender el concepto de la motivación de la sentencia, - aplicable a los laudos arbitrales- "como razonamiento jurídico que conduce a fallar en un determinado sentido, y la finalidad de esa motivación, que enlaza con el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, y que es la de evitar la indefensión que se ocasionaría cuando el órgano jurisdiccional deniega o acepta una petición y la parte afectada no sabe cuál ha sido la razón de su estimación o denegación." (STS de 26 de septiembre de 2005 , STS de 3 de febrero de 2010 y STS de 17 de septiembre de 2012).

La motivación, como requisito de las sentencias cumple dos finalidades, (STS de 13 de noviembre de 2009): "De un lado, la de exteriorizar el fundamento de la decisión, haciendo explícito que ésta corresponde a una determinada aplicación de la Ley, para que la parte interesada pueda, en su caso, interponer los recursos correspondientes. De otro, permitir su eventual control jurisdiccional mediante el ejercicio de los recursos."

La motivación de la sentencia o el laudo arbitral debe suponer, por otra parte, "la conclusión de una argumentación que permita por tanto a las partes como a los órganos judiciales superiores y demás ciudadanos conocer las razones que condujeron al fallo."

Conforme a la doctrina ya expuesta previamente, habrá inexistencia de motivación cuando la resolución no contenga los elementos y razones de juicio que permitan conocer cuáles han sido los criterios jurídicos que fundamentan la decisión, a lo que cabe equiparar, aunque conceptualmente sea distinto, el supuesto de que la motivación sea solo aparente, es decir, que el razonamiento que la funda sea arbitrario, irrazonable e incurra en error patente, o en palabras del Tribunal Constitucional (ATC. 284/2002 de 15.9), decisiones motivadas y razonadas que, a primera vista y sin necesidad de mayor esfuerzo intelectual y argumental, se comprueba que parten de premisas inexistentes o patentemente erróneas o siguen sin desarrollo argumental que incurre en quiebras lógicas de tal magnitud que las conclusiones alcanzadas no pueden considerarse basadas en ninguna de las razones aducidas"

c'.- El Laudo, tras establecer diversas cuestiones procesales sobre competencia y el procedimiento arbitral, desarrolla una extensa fundamentación, analizando el planteamiento de las partes, así como un previo análisis de la compatibilidad de las pretensiones de AOTEC con los Compromisos de TELEFÓNICA, contenidos en la resolución de 22 de abril de 2015, aprobado por la CNMC, en el expediente c/0612/14, haciendo hincapié en el epígrafe 2.9, por el que TELEFÓNICA se obliga a poner a disposición de otros operadores de televisión de pago en España, una oferta mayorista de canales propios Premium en determinadas condiciones, desgranando los apartados de dicho epígrafe en cuanto tienen relación con el objeto del **arbitraje**, así como, con el mismo fin - lo que dará lugar a su aplicación al fallo, del Anexo 1, relativo al cálculo del Coste Mínimo Garantizado.

En su fundamentación el Laudo aborda la objeción que plantea TELEFÓNICA, en lo relativo a los conceptos empleados de "reventa y/o coordinación", en cuanto que ésta considera que la propuesta de AOTEC busca



enmascarar, mediante la figura de la encomienda de cobro, un verdadero modelo de reventa, prohibido por los Compromisos -en particular el compromiso 2.9 a)-, frente a lo que analiza, a su vez, la tesis de AOTEC, que niega tal finalidad.

En el análisis de esta cuestión valora los argumentos de TELEFÓNICA -que al respecto lo califica de débil por las razones que se indican en el Laudo (pág. 37, párrafo 4º y ss.)-y establece la siguiente consideración: "Ahora bien, dado que la distribución del contenido adquirido se va a realizar a través de la red de operadores locales a quienes la empresa "X" les va a encomendar también el cobro del servicio, estos hechos deben ser tenidos en cuenta a la hora de determinar el reparto del Coste Mínimo Garantizado, tal y como se desarrollará en el siguiente apartado."

"Este es, a juicio de este órgano arbitral, el debate esencial que subyace de la controversia del **arbitraje** de referencia, más allá de determinar si se genera un nuevo mercado mayorista de reventa o si se produce la coordinación entre operadores."

Y sigue diciendo: "Dicho de otro modo, las alegaciones de TELEFÓNICA apuntan a la forma de adquisición y comercialización de cara al Movistar Partidazo por la empresa "X" pero, sobre todo se centran en sus implicaciones en la determinación del Coste Mínimo Garantizado de dicho canal Movistar Partidazo por parte de TELEFÓNICA y su imputación a la empresa "X" y/o los diferentes operadores locales con los que la empresa "X" firme encomiendas de cobro, así como al resto de operadores de televisión de pago interesados en la adquisición del canal."

Para la valoración de esta cuestión, el órgano arbitral considera necesario tener presente las particularidades de los operadores locales que se beneficiarían de las encomiendas de cobro de la empresa "X", en la medida que sus clientes finales tendrían acceso a unos contenidos muy atractivos (los de Movistar Partidazo) con una factura única.

Y para realizar dicha valoración el órgano arbitral, por una parte señala las puntualizaciones que estima oportunas, para la resolución de la cuestión y por otra parte las examina respecto de los términos de los Compromisos de TELEFÓNICA.

Es cierto, llegados a este punto que el Laudo reconoce que: "En este contexto, cabe considerar que el hecho de que la modalidad de adquisición y comercialización de Movistar Partidazo propuesta por AOTEC no está expresamente contemplada en los compromisos", pero añade -lo que omite señalar la demanda-que: "no significa en modo alguno que esté prohibida o que no tenga encaje válido en los mismos."

Y dicha afirmación no es algo gratuito o carente de fundamento, ya que la posibilidad de dicha integración por el órgano arbitral viene apoyada en un criterio válido como es el que: "cualquier interpretación de los citados compromisos debe estar alineada con el espíritu y finalidad de los mismos y con un enfoque orientado a la entrada de operadores en el mercado." Y por otra parte en el criterio sentado por esta Sala, citando al respeto nuestra sentencia de fecha 20 de diciembre de 2016, en el sentido de que: "Debe tenerse en cuenta que los compromisos no pueden regular de forma exhaustiva todos los aspectos de las relaciones inter privados que surjan a partir de los mismos, correspondiendo al órgano arbitral las facultades para interpretar el alcance de los mismos, en virtud de la sumisión a **arbitraje** contenido en el apartado 5."

De lo anterior, junto con el resto de la fundamentación -singularmente la argumentación expresada en el fol. 37, párrafo 3º del Laudo-, concluye el órgano arbitral "que no estima que la fórmula propuesta por AOTEC para acceder a la oferta mayorista de canales de TELEFÓNICA resulte incompatible con los mismos -en referencia a los compromisos-."

Partiendo de lo anterior, pasa a continuación a analizar, como cuestión distinta, "la necesaria clarificación que debe abordarse, en el marco del presente procedimiento arbitral, respecto de la metodología de cálculo del Coste Mínimo Garantizado a aplicar en relación con la propuesta de AOTEC, de cara a garantizar un adecuado cumplimiento de los compromisos de 22 de abril de 2015, que tenga en cuenta las relaciones y/o vínculos que se establecen entre los diferentes operadores implicados en la propuesta de AOTEC."

En este tema el órgano arbitral señala que el compromiso 2.9 no establece qué condiciones debe cumplir o qué características debe tener un operador de televisión de pago para acceder a la oferta mayorista de TELEFÓNICA, pasando a establecer, conforme a lo que razona, que los operadores de televisión de pago deben cumplir varias condiciones, ninguna puesta en duda por TELEFÓNICA, analizando, por otra parte, la clasificación de los operadores de televisión de pago en función de la red principal utilizada para la distribución de los contenidos, y ello a los efectos de buscar el encaje más apropiado para la empresa "X" que propone AOTEC, pues no pertenecería exactamente ni a los operadores con red propia o gestionada ni a los operadores OTT. Y esto, indica el órgano arbitral, debe ser tenido en cuenta, junto con el hecho de que los operadores locales no suelen ser competidores entre sí, para la determinación del reparto del Coste Mínimo Garantizado.



Tiene igualmente en cuenta el contexto de libertad de actuación por parte del operador de televisión de pago, en el que procede analizar la propuesta de AOTEC.

Llegados a este otro punto, conforme al desarrollo argumental que se refleja en el Laudo, establece el órgano arbitral la siguiente consideración: "Que si reconocen a la empresa "X" los requisitos para ser calificada como operador de televisión de pago, está capacitada para adquirir Movistar Partidazo a TELEFÓNICA y, cuando lo hace, es ella la que, formalmente, accede al canal de forma directa." Y sigue diciendo: "Se produce, por tanto, un único acceso mayorista al canal, el de la empresa "X", y no se produce una coordinación directa entre los distintos operadores locales con los que la empresa "X" firma encomiendas de cobro, especialmente teniendo en cuenta que estos operadores locales no suelen competir directamente entre sí, como consecuencia de la cobertura de sus redes propias.

Los clientes finales de los operadores locales, por otra parte señala el Laudo, acceden al canal a través de la empresa "X", lo que es relevante a juicio del órgano arbitral, para valorar la forma de cómputo de la cuota de acceso de televisión de pago potenciales, en el cálculo de reparto del Coste Mínimo Garantizado. Cuestión que desarrolla más adelante el Laudo.

Discrepa y lo argumenta, de que el uso de la encomienda de cobro -cuestionado por TELEFÓNICA-encubra un modelo de reventa prohibido, ni tiene el carácter esencial que pretende defender TELEFÓNICA. Considera, por contra el órgano arbitral, que la encomienda de cobro es un instrumento utilizado con frecuencia en las relaciones mercantiles entre empresas.

Nuevamente, llegados a este punto, el órgano arbitral advierte que, lo que subyace tras las alegaciones de TELEFÓNICA, relacionadas con la encomienda de cobro, es su preocupación sobre la vinculación que, a su juicio, supondría el uso de esa figura sobre el sistema de reparto de Coste Mínimo Garantizado, asumido en los compromisos de 14 de abril de 2015.

Y este punto se hace eco, por las razones que se exponen en el Laudo, de dicha preocupación de TELEFÓNICA, señalando el órgano arbitral que debe buscarse también un encaje adecuado dentro del régimen de retribución previsto en los citados compromisos.

Para lograr este objetivo, el órgano arbitral analiza los argumentos tanto de AOTEC como de TELEFÓNICA, exponiendo dicho análisis en el Laudo, con las conclusiones que alcanza y que se trasladarán al Acuerdo 3º del fallo del Laudo.

c".- Las precedentes referencias a extremos de la fundamentación del Laudo impugnado, se realizan a modo de un extracto acríptico, dado el alcance del presente recurso, en cuanto que no nos corresponde examinar el acierto de la resolución arbitral, que pone de relieve, a juicio de la Sala, que no pueda hablarse de falta de motivación.

El tribunal arbitral parte para la resolución de la cuestión que le es planteada, de la resolución dictada por el CNMC, de fecha 22 de abril de 2015, en el ámbito de la competencia que le es propia, conforme a la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de dicha institución, y que autorizó la operación de concentración económica consistente en la adquisición por TELEFÓNICA DE CONTENIDOS SAU, del control exclusivo de DTS, DISTRIBUIDORA DE TELEVISIÓN DIGITAL, SA, sobre la base de aprobar los Compromisos presentados por TELEFÓNICA.

Analiza, en relación a la cuestión litigiosa los apartados de los citados Compromisos, que tienen relación con dicha cuestión, y asimismo, analiza la pretensión deducida por la demandante de **arbitraje** AOTEC, así como las objeciones que plantea la demandada TELEFÓNICA. Todo ello se plasma en el Laudo.

A continuación va desgranando los distintos argumentos de una y otra parte y su encaje en los Compromisos presentados por TELEFÓNICA, argumentando las distintas consideraciones, tanto para dar virtualidad a la pretensión actora, como para desvirtuar las objeciones de la parte demandada, lo que igualmente, de forma sucesiva y relacionada, plasma en su resolución, a modo de consideración que sirve de premisa para la siguiente consideración, hasta culminar en la conclusión que expresa en el fallo del Laudo.

Hay que recalcar, que su decisión no es una aceptación íntegra o en bloque de la pretensión actora, sin más, sino que, a la vista de los Compromisos que fueron aprobados en la citada resolución de la CNMC de 22 de abril de 2015, y precisamente para salvaguardar los mismos, tanto en lo que respecta a la finalidad anticolusoria a que obedece la resolución, atendiendo de forma positiva la pretensión actora, como para respetar asimismo la operación realizada por TELEFÓNICA, y que fue sometida a dicha aprobación, en definitiva, para salvaguardar los legítimos intereses de dicha entidad, modula los efectos de la pretensión de AOTEC, en aspectos muy relevantes, relativos a cómo se podrá llevar a cabo la adquisición de los contenidos Premium, cómo se llevará a cabo la contratación, modalidad tecnológica de prestación y prestación de servicios OTT, así como en un



aspecto esencial cual es la metodología a aplicar al sistema de cómputo para el reparto del Coste Mínimo Garantizado, y que en definitiva se plasma en el fallo del Laudo.

Todo lo anterior es el resultado de una amplia argumentación, suficientemente motivada y que permite entender cuáles han sido los criterios desde los que ha partido el órgano arbitral para sentar sus premisas y conclusiones, así como para comprender las razones por las que ha atendido o rechazado los argumentos de una y otra parte litigante.

Se cumplen, por tanto, las exigencias de una debida y verdadera motivación, y ello al margen del mayor o menor acierto de la decisión acordada, en lo que no puede entrar la Sala, como ya exponíamos.

D.- El cumplimiento de una adecuada motivación, conforme a lo expuesto, nos permite entrar a examinar el segundo motivo de la impugnación formulada, que vuelve a plantear como motivo de anulación del Laudo, por ser contrario al orden público (art. 41.1 f) LA), dada la falta grave de motivación respecto del punto 3º del fallo del Laudo. Concretamente achaca la parte impugnante al Laudo su falta total de motivación jurídica, habiendo resuelto su solución desde un punto de vista de mercado.

El punto del fallo del Laudo es el que modula, como ya adelantábamos en el apartado anterior, la cuestión del reparto del Coste Mínimo Garantizado, estableciendo para ello un sistema de cómputo.

Ciertamente no se cita expresamente en la fundamentación del Laudo preceptos jurídicos, aunque ello no quiere decir que no tenga soporte jurídico implícito. Así, por una parte, no se aprecia por la Sala y lo que resulta también muy relevante, no se alega por la parte impugnante en su demanda, que el Laudo dictado haya contravenido norma jurídica de obligado cumplimiento y observancia, a salvo la cita de la obligación de motivación de los laudos.

El Laudo se dicta por un órgano arbitral competente, en base a la previa deducción de una pretensión arbitrable, conforme a las reglas que rigen el procedimiento arbitral, que, insistimos, no han sido cuestionadas por la parte impugnante.

Por otra parte, la decisión arbitral parte de la resolución acordada por la CNMC de 22 de abril de 2015, que aprueba los Compromisos formulados por TELEFÓNICA, resolución adoptada en el marco legal de las competencias de la CNMC y normativa administrativa aplicable al objeto de dicha resolución. Y dicha resolución y los Compromisos aprobados, singularmente los que son atinentes a la pretensión arbitral deducida por AOTEC, constituyen el punto de partida y referencia de la decisión arbitral. Por lo tanto constituyen el marco jurídico en el que debe y así lo hace, resolver la cuestión litigiosa el órgano arbitral.

Ciertamente y así lo expone la parte impugnante, haciéndose eco de lo que ya concluye el órgano arbitral, la pretensión deducida por la actora AOTEC, la modalidad de adquisición y comercialización de Movistar Partidazo propuesta por AOTEC, no está expresamente contemplada en los Compromisos, pero ello es resuelto correctamente por el órgano arbitral, con arreglo al principio de que "cualquier interpretación de los citados compromisos debe estar alineada con el espíritu y finalidad de los mismos y con un enfoque orientado a la entrada de operadores en el mercado." Criterio de interpretación jurídico válido, y que apoya, por otra parte en el criterio sentado por esta Sala de que los compromisos no pueden regular de forma exhaustiva todos los aspectos de las relaciones inter privados que surjan a partir de los mismos, correspondiendo al órgano arbitral las facultades para interpretar el alcance de los mismos, en virtud de la sumisión a **arbitraje** contenido en el apartado 5.

No se aprecia, por tanto extralimitación en la función decisoria del órgano arbitral, no tanto en referencia a lo que dispone el art. 41.1 e) LA, sino en el modo de integrar la pretensión actora en el marco de la resolución acordada por la CNMC.

La decisión adoptada por el Laudo, por lo tanto, se ajusta a la previsión contenida en el art. 34.3 LA, debiendo entenderse que las estipulaciones contractuales, deben referirse a la resolución acordada por la CNMC y los Compromisos aprobados, como marco de resolución de la pretensión deducida en el procedimiento arbitral que examinamos, así como a ser válido, conforme a la previsión del citado precepto "tendrán en cuenta los usos aplicables", la toma en consideración de las exigencias y circunstancias del mercado, hasta el punto de que la propia parte demandante, no sin insistir en su tesis de la necesidad de una motivación jurídica, señala en su escrito de demanda: "Esta parte no cuestiona que, examinada en términos de mercado, la decisión no deba ser calificada ni de absurda ni de irracional,..."

Atendido lo expuesto debe ser desestimado este segundo motivo, pues en definitiva la mera falta de cita concreta de preceptos jurídicos no significa que no responda el Laudo a principios jurídicos, cuando menos de general aplicación, y desde luego no resulta contrario a los de necesaria observancia.



E.- En definitiva la Sala aprecia en el laudo impugnado la necesaria y suficiente motivación, que resulta argumentada y por lo tanto ni arbitraria ni voluntarista, llegando a una conclusión, que con independencia de su mayor o menor acierto, es resultado lógico de dicha argumentación y que da respuesta, cabe decir a la pretensión de la parte demandante del **arbitraje** y también intenta proteger los interés de la parte demandada. Por lo que deben rechazarse los dos motivos que alegaban la nulidad del Laudo, en cuanto contrarios al orden público.

QUINTO.- De conformidad con el artículo 394 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , procede imponer a la parte demandante las costas causadas en este procedimiento, sin que se aprecien serias dudas de hecho o de Derecho en el asunto planteado.

Vistos los artículos citados y de general y pertinente aplicación,

III.- FALLO.

QUE DEBEMOS DESESTIMAR Y DESESTIMAMOS la demanda de anulación del Laudo arbitral dictado con fecha 25 de enero de 2018 por la COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y LA COMPETENCIA en el Procedimiento de **Arbitraje** 1/2017 , formulada por la procuradora D.ª CARMEN ORTIZ CORNAGO, en nombre y representación de "TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U.", contra la "ASOCIACIÓN NACIONAL DE OPERADORES DE TELECOMUNICACIONES Y SERVICIOS DE INTERNET" (AOTEC); con expresa imposición a la demandante de las costas causadas en este procedimiento.

Frente a esta sentencia no cabe recurso alguno (art. 42.2 Ley de **Arbitraje**).

Lo acuerdan, mandan y firman los Sres. Magistrados que figuran al margen.

DILIGENCIA.- Firmada la anterior resolución es entregada en esta secretaría para su notificación, dándose publicidad en legal forma y se expide certificación de la misma para su unión al rollo. Doy fe.