



Roj: **SAN 1805/2021 - ECLI:ES:AN:2021:1805**

Id Cendoj: **28079230062021100163**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **6**

Fecha: **19/04/2021**

Nº de Recurso: **436/2015**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Procedimiento ordinario**

Ponente: **MARIA JESUS VEGAS TORRES**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA NACIONAL

Sala de lo Contencioso-Administrativo

SECCIÓN SEXTA

Núm. de Recurso: 0000436 /2015

Tipo de Recurso: PROCEDIMIENTO ORDINARIO

Núm. Registro General: 04202/2015

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

Procurador: DÑA. MONICA DE LA PALOMA FENTE DELGADO

Demandado: COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y LA COMPETENCIA

Codemandado: LIGA NACIONAL FUTBOL PROFESIONAL , TELEFONICA DE CONTENIDOS, SAU

Abogado Del Estado

Ponente Ilmo. Sr.: D. MARIA JESUS VEGAS TORRES

SENTENCIA Nº :

Ilma. Sra. Presidente:

Dª. BERTA SANTILLAN PEDROSA

Ilmos. Sres. Magistrados:

D. FRANCISCO DE LA PEÑA ELIAS

D. SANTOS GANDARILLAS MARTOS

D. MARIA JESUS VEGAS TORRES

D. RAMÓN CASTILLO BADAL

Madrid, a diecinueve de abril de dos mil veintiuno.

VISTO por la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, el recurso contencioso-administrativo núm. **436/2015**, promovido por la Procuradora de los Tribunales Dª Mónica de la Paloma Fente Delgado, en nombre y en representación de la **Asociación Nacional de Operadores de Telecomunicaciones y Servicios de Internet**, contra la Resolución de 22 de abril de 2015 del Pleno del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC), dictada en el expediente NUM000 . Ha sido parte en autos la Administración demandada representada por el Abogado del Estado. Se han personado como codemandados La Liga Nacional de Fútbol, representada por la procuradora Dª Consuelo Rodríguez Chacón y Telefónica de Contenidos, representada por la procuradora Dña. Gloria Teresa Robledo Machuca.



ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. - Interpuesto el recurso y seguidos los trámites prevenidos por la ley, se emplazó a la parte recurrente para que formalizase la demanda lo que verificó mediante escrito presentado al efecto en el que, tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que entendió oportunos solicitó a la Sala que se dicte sentencia por la que, estimando íntegramente el recurso, declare la no conformidad a Derecho de los epígrafes 9.f); 2.9.j, 5 ; 6 y 1.1 y 2 del Anexo 1, todos ellos de la propuesta de compromisos aprobada por la resolución impugnada.

SEGUNDO. - El Abogado del Estado ha presentado escritos de contestación a la demanda interesando su desestimación y la confirmación de la resolución recurrida Telefónica de Contenidos opuso la inadmisibilidad del presente recurso por incumplimiento del requisito exigido por el artículo 45.2.d) de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (LJCA) solicitando que se dicte Sentencia por la que se inadmita el recurso y, subsidiariamente se desestime el presente recurso contencioso-administrativo, con condena en costas, en ambos casos, a la parte recurrente.

TERCERO. -Acordado el recibimiento del recurso a prueba con el resultado obrante en autos, se confirió traslado a las partes, sucesivamente, para la presentación de escritos de conclusiones, verificado lo cual, se declararon concluidas las presentes actuaciones y quedaron pendientes para votación y fallo, a cuyo efecto se señaló el día 27 de enero del año en curso, fecha en la que tuvo lugar.

Ha sido magistrada Ponente la Ilma. Sra. D^a M.^a Jesús Vegas Torres, quien expresa el parecer de la Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. - La representación procesal de la Asociación Nacional de Operadores de Telecomunicaciones y Servicios de Internet ha interpuesto el presente recurso contencioso administrativo contra la Resolución de 22 de abril de 2015 del Pleno del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC), dictada en el expediente NUM000 .

La parte dispositiva de dicha resolución era del siguiente tenor literal:

"Primero. - De acuerdo con el artículo 58.4.b) de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, subordinar la autorización de la concentración G0612114 TELEFONICA/DTS al cumplimiento de los compromisos presentados por TELEFÓNICA DE CONTENIDOS, S.A.U. ante la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia con fecha 14 de abril de 2015, que obligarán a TELEFÓNICA DE CONTENIDOS, S.A.U. y cualquiera de las empresas del grupo.

Segundo.- Teniendo en cuenta la Comunicación de la Comisión Europea sobre las restricciones directamente vinculadas a la realización de una concentración y necesarias a tal fin (2005/ C 56/03) y la práctica de las autoridades nacionales de competencia, deberán quedar fuera de la autorización la cláusula de no utilización de la marca Canal+ (cláusula 8.5 del contrato de compraventa de 2 de junio de 2014) en lo que supere los dos años, y la cláusula de colaboración Mediaset-Telefónica (cláusula 9.3 del contrato de compraventa de 4 de julio de 2014). Ambas cláusulas se consideran no accesorias a la operación de concentración notificada y sometidas, en su caso, a las normas de competencia relativas a los acuerdos entre empresas.

Tercero. - El incumplimiento de lo previsto en la presente Resolución se considera Infracción muy grave de acuerdo con el artículo 62 de la LDC, lo que en su caso dará lugar a las sanciones previstas en los artículos 63 y 67 de la misma.

Cuarto. - En virtud de lo previsto en el artículo 41 de la LDC, se encomienda la vigilancia de la presente Resolución a la Dirección de Competencia".

SEGUNDO. - Como antecedentes procedimentales de interés merecen destacarse, a la vista de los documentos que integran el expediente administrativo, los siguientes.

1.- Con fecha 17 de octubre de 2014 fue notificada a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC), por parte de TELEFÓNICA, la operación de concentración económica consistente en la adquisición por parte de TELEFÓNICA del control exclusivo de DTS, notificación que dio lugar al expediente NUM000 .

2.- Dicha operación de concentración fue previamente objeto de reenvío a España por parte de la Comisión Europea, en virtud de lo dispuesto en el artículo 4.4 del Reglamento (CE) n° 139/2004, del Consejo, de 20 de enero, sobre el control de concentraciones entre empresas, mediante decisión de 22 de agosto de 2014 en el marco del expediente NUM001 .

3.- Mediante escritos con entrada en la CNMC el 27, 29 y 31 de octubre de 2014 y el 3, 7 y 11 de noviembre del mismo año, TELEFÓNICA remitió a la CNMC información complementaria sobre la operación de concentración.



4.- El Pleno del Consejo de la CNMC acordó, con fecha 12 de noviembre de 2014, conocer del presente expediente, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 12.2.c) del Estatuto Orgánico de la CNMC y en la misma fecha, el Consejo de la CNMC dictó resolución en primera fase, en la que acordó iniciar la segunda fase del procedimiento conforme al artículo 57.2.c) de la LDC, por considerar que la citada operación de concentración podía obstaculizar el mantenimiento de la competencia efectiva en los mercados analizados.

6.- La Dirección de Competencia instruyó el procedimiento en segunda fase conforme a lo previsto en los artículos 58, 59 y 37 de la LDC.

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

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

8.- El 3 de diciembre de 2014 el Consejo de Consumidores y Usuarios (CCU) envió a la CNMC un informe sobre la nota sucinta que le había remitido la CNMC en el marco del expediente de referencia.

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

10.- TELEFÓNICA presentó voluntariamente en el marco de la segunda fase del presente expediente de concentración, cinco versiones de su propuesta de compromisos, con fechas 25 de febrero de 2015, 11 de marzo de 2015, 31 de marzo de 2015, 1 de abril de 2015 y 14 de abril de 2015. En la última propuesta TELEFÓNICA los compromisos se estructuraban en tres grandes bloques que tratan de responder a los problemas detectados en los mercados afectados: (1) el mercado de la televisión de pago; (2) los mercados de comercialización mayorista de contenidos audiovisuales individuales y de edición, comercialización y distribución mayorista de canales de televisión; y (3) la condición de acceso a la red IP de TELEFÓNICA. Asimismo, TELEFÓNICA redactó adicionalmente tres anexos que recogen de forma pormenorizada la información periódica que TELEFÓNICA debe remitir a la CNMC, los principios y términos que regirán la oferta mayorista de canales de TELEFÓNICA, y las condiciones a cumplir en las rutas de interconexión con la red IP de TELEFÓNICA.

11.- Con fecha 15 de abril de 2015 la Dirección de Competencia elevó al Consejo Informe sobre la operación y propuesta de resolución definitiva, proponiendo subordinar la autorización de la concentración al cumplimiento de los compromisos presentados por TELEFÓNICA ante la CMNC con fecha 14 de abril de 2015.

En dicho informe se sentaron las siguientes conclusiones:

"La Dirección de Competencia considera que la operación de concentración notificada afecta negativamente y de forma significativa a la competencia efectiva en los mercados minoristas de televisión de pago y de comunicaciones electrónicas, así como en los mercados mayoristas de comercialización de contenidos audiovisuales.

Asimismo, esta Dirección de Competencia considera que las eficiencias alegadas por la notificante en principio no beneficiarían significativamente a los consumidores y, en cualquier caso, no han sido suficientemente cuantificadas ni compensarían los efectos restrictivos sobre la competencia efectiva de la operación de concentración notificada.

En virtud de lo anterior, esta Dirección de Competencia estima que la operación de concentración, sin la aplicación de compromisos o condiciones, obstaculiza el mantenimiento de la competencia efectiva en los mercados considerados".

12.- El Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia concluyó la deliberación y fallo del presente expediente en su sesión de 22 de abril de 2014, dictando la resolución recurrida en el presente procedimiento. La Resolución coincide con la DC en que el conjunto de los compromisos propuestos por TELEFÓNICA el 14 de abril de 2014 resulta suficiente y proporcionado para compensar los riesgos de obstaculización de la competencia efectiva, derivados de la operación de concentración TELEFÓNICA/DTS



que se habían detectado y quedaron recogidos en el PCH. Y añade que, tal como expresa la DC en su Informe Propuesta, la valoración de los compromisos presentados por TELEFÓNICA debe realizarse teniendo en cuenta una visión de conjunto, pues la efectividad de los mismos está a su vez ligada a la implementación de todos y cada uno de ellos, todo ello sin perjuicio de la valoración individualizada de cada uno de los distintos compromisos presentados que realiza la DC con el objetivo de lograr una evaluación precisa de cada uno de ellos.

La operación de concentración supone la integración del principal operador y líder tradicional en España de televisión de pago, DTS, en la estructura empresarial de TELEFÓNICA, afectando a los siguientes mercados relevantes de producto:

1- Mercado de la televisión de pago, dentro del cual se deja abierta la posibilidad de segmentar la televisión móvil, y el mercado de servicios de televisión en abierto.

2- Mercados de comercialización mayorista de contenidos audiovisuales individuales, dentro de los que se identifican los siguientes:

- Mercados de comercialización mayorista de derechos de retransmisión de películas y series de estreno, pudiendo asimismo distinguir las películas y series comercializadas por majors del resto, diferenciando según la modalidad de emisión (lineal/SVOD y TVOD) y pudiéndose también distinguir un segmento específico para televisión de pago.

- Mercados de comercialización mayorista de derechos de retransmisión de películas y series de catálogo, pudiendo asimismo distinguir las películas y series comercializadas por majors del resto, distinguiendo según la modalidad de emisión (lineal y no lineal) y dentro de ésta última según sean adquiridas para emitir en SVOD o TVOD y pudiéndose también distinguir un segmento específico para televisión de pago.

- Mercado de comercialización mayorista de los derechos de retransmisión de partidos de Liga y Copa de S.M. el Rey de fútbol.

- Mercado de comercialización mayorista de derechos de retransmisión de la UEFA Champions League y de la UEFA Europa League.

- Mercado de comercialización mayorista de derechos de retransmisión de otros acontecimientos deportivos.

- Mercado de comercialización mayorista de derechos de retransmisión de otros programas de televisión (documentales, concursos, magazines, etc.).

- Mercados de comercialización mayorista de canales de televisión.

3- Mercados de comunicaciones electrónicas, que incluye el mercado minorista de servicios de telefonía fija, el mercado minorista de servicios de comunicaciones móviles y el mercado minorista de acceso a banda ancha fija. Dentro de este mercado, la CNMC examina las ofertas convergentes de servicios empaquetados múltiple play (paquetes triples play y cuádruple play con televisión de pago).

Por lo demás, la Dirección de Competencia consideró que los mercados afectados por la operación de concentración notificada tienen un ámbito geográfico relevante que abarca a España debido al hecho de que la estrategia competitiva de los operadores debe tener en cuenta factores como las fronteras lingüísticas, culturales y regulatorias, así como que las estrategias comerciales en estos mercados son nacionales.

TERCERO.- En su escrito de demanda, la representación procesal de la Asociación Nacional de Operadores de Telecomunicaciones y Servicios de Internet denuncia que los compromisos asumidos por la entidad resultante de la concentración entre Telefónica de Contenidos S.A.U. (Telefónica) y Distribuidora de Televisión Digital, S.A. (DTS), que han sido finalmente aceptados por la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, en su Resolución C/0612/14, suponen, en su conjunto, una grave vulneración de los derechos de competencia en los mercados de televisión de pago y de comunicaciones electrónicas y afirma que la resolución recurrida conculca el contenido de los artículos 101 y 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), así como el artículo 10 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC). A su juicio, la resolución de la CNMC es el medio necesario utilizado por Telefónica y DTS para alcanzar un acuerdo de concentración que restringe e impide la competencia en los mercados de televisión de pago y de comunicaciones electrónicas y que, gracias a dicha concentración, Telefónica realiza una explotación abusiva de la posición dominante generada por la propia concentración aprobada por la CNMC, conculcando el artículo 102 del TFUE.

Opone que la CNMC, no ha cumplido con su función de ejercer de garante de la competencia sectorial en nuestro país y que ha dejado de considerar, o los ha considerado de forma no diligente, cada uno de los elementos detallados en el artículo 10.1 de la LDC.



En concreto, centra su impugnación en el contenido de los siguientes epígrafes:

1- Sobre la oferta mayorista de canales de televisión propios (epígrafe 2.9.f de la propuesta de compromisos aprobada por la resolución impugnada): Recuerda que cada grupo empresarial de operadores de televisión de pago podrá adquirir un número de canales equivalente como máximo al 50% (con redondeo al alza) del número total de canales que integren la oferta mayorista de canales Premium propios de la entidad resultante y sostiene la Asociación recurrente que dicho porcentaje se constituye como un número arbitrario en el expediente de concentración, toda vez que, durante la tramitación del mismo, ni la CNMC ni la entidad resultante justifican su establecimiento. Considera injustificada la limitación cuantitativa, dado que los costes de los canales de Fórmula 1, Moto GP y de Fútbol son repartidos íntegramente entre todos los operadores interesados, lo que debería dar acceso a todos los canales de la oferta mayorista sin reservas de ningún tipo. Añade que la resolución adolece, así mismo, de la falta de una prohibición de desagregación de contenidos que podría desvirtuar la oferta mayorista, lo que otorga a Telefónica la libertad de desagregar los contenidos en múltiples canales, obligando a los operadores interesados en determinados contenidos (por ejemplo: fútbol, fórmula 1, motos, series...) a la contratación de todos ellos para completar su oferta.

Así mismo, cuestiona que se otorgue a la entidad resultante el derecho a no ofrecer acceso a un número superior al 50 % del total de canales mayoristas ofertados en caso de que dos o más operadores de televisión de pago se asocien para concurrir a la oferta porque dicha potestad supone para el pequeño operador, que carece de capacidad económica para concurrir individualmente, una barrera absoluta en su derecho de acceso a la oferta y que sin la coordinación de la Asociación, que unificaría la contratación de los canales en los aspectos técnicos y administrativos, los operadores locales no tendrán capacidad económica ni técnica para acceder a los canales. Explica que las condiciones aprobadas por la CNMC les obligarían a todos ellos a acceder a los mismos contenidos, con la limitación del 50% de la oferta y esto es lo que la propia CNMC, en su resolución de julio de 2015, dictada en el expediente NUM002, entendía que era algo a evitar. Sin embargo, en la resolución objeto de esta demanda rompe su propio criterio, dejando a los operadores locales en una situación totalmente desfavorecida e inequitativa.

2- Sobre la oferta mayorista de canales de televisión propios (epígrafe 2.9.j de la propuesta de compromisos aprobada por la resolución impugnada), señala la recurrente que era obligación de la CNMC revisar su metodología de replicabilidad, teniendo en cuenta que el test fue creado para controlar las ofertas de los servicios de banda ancha, no siendo aplicable el mismo criterio para los contenidos audiovisuales, de los que la entidad resultante pasa a ser también operador dominante. Entiende que los actuales criterios de replicabilidad, que favorecen per se al operador dominante, suponen que las ofertas resultantes de los compromisos aceptados serán, en todo caso, irreplicables y, por tanto, anticompetitivas, reforzando la posición de dominio de Telefónica en el mercado.

3- Sobre la resolución de conflictos (epígrafe 5 de la propuesta de compromisos aprobada por la resolución impugnada) sostiene la Asociación actora que el plazo de dos meses establecido para las negociaciones previas carece de previsión en cuanto que no prevé la posibilidad de suspender, por parte de Telefónica, el acceso a los contenidos en caso de que durante ese periodo esta pueda considerar que existe incumplimiento contractual por parte del operador, otorgando un poder soberano a Telefónica que puede no aceptar las negociaciones durante el plazo establecido, interpretar incumplimiento contractual y realizar el corte de señal del operador, dejando a éste último en una situación de total indefensión hasta verse cumplido el preceptivo plazo, sometiendo al operador una clara situación de dependencia económica del operador adquirente respecto de Telefónica, siendo esta conducta considerada del todo desleal conforme a lo preceptuado en el artículo 16 de la ley 3/1991 de 10 de enero de competencia desleal.

4.- Sobre la duración de los compromisos (epígrafe 6 de la propuesta de compromisos aprobada por la resolución impugnada), considera la recurrente que el plazo de vigencia establecido es desproporcionado. Recuerda que apenas una semana después de la aprobación de la resolución impugnada, se publicó en el BOE de fecha 1 de mayo el Real Decreto-Ley 5/2015 de 30 de abril de medidas urgentes en relación con la comercialización de los derechos de explotación de que apenas una semana después de la aprobación de la resolución impugnada, se publicó en el BOE de fecha 1 de mayo el Real Decreto-Ley 5/2015 de 30 de abril de medidas urgentes en relación con la comercialización de los derechos de explotación de contenidos audiovisuales de las competiciones de fútbol profesional que modifico a partir de la temporada 2015/16 las normas para la comercialización de los derechos de explotación de contenidos audiovisuales de las competiciones futbolísticas correspondientes al Campeonato Nacional de Liga de Primera y Segunda División, a la Copa de SM el Rey y a la Supercopa de España. Por lo que, teniendo en cuenta que la entidad resultante es y seguirá siendo uno de los principales agentes en dicha comercialización, es incuestionable la necesidad de una inmediata revisión y adaptación de los compromisos aprobados.



5. Sobre la determinación preliminar de los precios de cada canal (epígrafe 1.1. del Anexo 1 de la propuesta de compromisos aprobada por la resolución impugnada) expone la recurrente que la resolución dispone que se debe evitar generar una exclusión de facto en el acceso al canal por parte de los operadores de televisión de pago más pequeños pero que este compromiso no se ve alcanzado, toda vez que para lograrlo se establece que los operadores compartan el riesgo asumido por Telefónica en la adquisición de los derechos de emisión en exclusiva de estos contenidos. A juicio de la Asociación recurrente, la forma de lograr el objetivo de la no exclusión pasa por determinar dichos mínimos garantizados en función de las ventas realizadas por los operadores adquirentes en temporadas anteriores, como ya reconoció la CNMC, en situaciones anteriores relativas a la concentración de plataformas de televisión. Este mismo criterio ha sido utilizado por el regulador británico Ofcom, al analizar la oferta mayorista de Sky.

Añade que, para evitar la exclusión de los pequeños operadores, la opción más viable sería establecer un coste fijo por abonado, como establece la propia resolución para otros contenidos audiovisuales Premium, opción que podría ser revisable en un periodo de tiempo discrecional, en función de la repercusión real de la concentración en el mercado.

Denuncia que el modelo aprobado se ha convertido en un desproporcionado e injustificado incremento de los costes a abonar por los operadores por los derechos audiovisuales deportivos, dotando a Telefónica del poder de excluir a pequeños operadores de esta oferta, pues serán incapaces de asumir un coste mínimo que tiene en cuenta el total de abonados de los servicios de televisión y de banda ancha a nivel nacional; que se reduce el riesgo de Telefónica que podrá asumir riesgos mucho más elevados, a sabiendas de que el precio de adquisición será repartido entre el resto de operadores sin que compartición de riesgo conlleve la correspondiente compartición de beneficios ya que únicamente supone tener garantizado el acceso a los contenidos en las condiciones desproporcionadas que establece la resolución.

Continúa denunciando que los criterios del mínimo garantizado sólo tienen en cuenta la capacidad de Telefónica de rentabilizar la totalidad de los contenidos, desde el mismo momento de su adquisición, olvidando, por tanto, la capacidad de los operadores adquirentes de rentabilizar esa adquisición, lo que, a su juicio, únicamente se conseguiría considerando la penetración real en su mercado geográfico. Y añade que, con la prohibición de adquisición de la totalidad de los contenidos Premium se propicia que únicamente Telefónica disponga de la totalidad de los contenidos, pero que este hecho no pondera en ningún momento los criterios de los mínimos garantizados, por lo que, en su opinión, Telefónica pretende que la solución a los problemas de competencia consista en una especie de central de compras en la que todos los operadores contribuyen al pago pero es Telefónica la que determina el precio de adquisición y los costes de producción, y, además, sea la única que tiene capacidad para rentabilizar los pagos realizados.

Explica que, para los operadores locales, que llevan prestando el servicio de televisión desde hace más de 20 años, el criterio impuesto supone, al estar basado en cifras nacionales, una barrera objetiva de entrada y que, ante la imposibilidad de hacer frente a esos precios, los operadores locales se vieron obligados a retirarse de la contratación, lo que ha supuesto un incremento de los mínimos garantizados.

Por ello considera que la potencialidad de un operador local no puede ser entendida a nivel nacional, ya que no puede emitir esos contenidos más allá de su red propia de ámbito local y que para el supuesto de que la aplicación de un mínimo garantizado se considerase imprescindible, entiende esta parte, que dicho mínimo en ningún caso debería compartir el riesgo total de telefónica y, así mismo, debería ser ponderado, aplicando a cada operador su potencialidad real.

6. Sobre el análisis de replicabilidad (epígrafe 2 del Anexo 1 de la propuesta de compromisos aprobada por la resolución impugnada) reitera la recurrente que la metodología para el análisis de replicabilidad aceptada por la Comisión no ha sido previamente adaptada a ofertas que incluyan contenidos audiovisuales Premium, provocando gravísimos daños en el resto de operadores, que ven mermada su capacidad de ser competitivos en cuanto a precios, reforzando la posición dominante de Telefónica en el mercado, con el beneplácito de la Comisión.

Para terminar se afirma en la demanda que en los últimos años los contenidos televisivos Premium se han ido convirtiendo en el producto que podría diferenciar competitivamente las ofertas de los operadores de telecomunicaciones y que la concentración aprobada ha supuesto otorgar a Telefónica el control exclusivo del primer operador de televisión de pago en España, proporcionándole así el acceso a una cuota importante de clientes, dejando estos contenidos inaccesibles para el resto de operadores de comunicaciones, haciendo propio y asumiendo la recurrente el contenido del voto particular del consejero D. Carlos Antonio contrario a la aceptación de la propuesta .

El Abogado del Estado se opone a la demanda e interesa su desestimación.



CUARTO.- La representación procesal de TELEFÓNICA DE CONTENIDOS, S.A.U. ("Telefónica"), en su escrito de constatación a la demanda, opone con carácter previo la inadmisibilidad del presente recurso por incumplimiento del requisito exigido por el artículo 45.2.d) de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (LJCA). Denuncia que no consta que la recurrente haya cumplido con los requisitos exigidos por el artículo 45.2.d) de la LJCA, por no resultar acreditada la adopción del acuerdo de interposición del presente recurso por persona habilitada para ello, con arreglo a los estatutos que le son de aplicación, precisando en su escrito de conclusiones que el acuerdo de interposición aportado fue adoptado exclusivamente por el Presidente de la Asociación, siendo así que el artículo 21 de sus Estatutos dispone claramente que la aprobación de temas de interés general que sean objeto de defensa jurídica a cargo de la Asociación es competencia de la Junta Directiva, pudiendo únicamente su Presidente adoptar medidas de carácter urgente (artículo 22 párrafo f) y que es notorio que la interposición de este recurso (para lo que se disponía de dos meses desde la fecha de la Resolución impugnada) no puede ser considerado como una medida de carácter urgente, de lo que se desprende que el acuerdo para recurrir fue interpuesto por persona no facultada para ello y, añade que AOTEC no procedió en su momento a subsanar el defecto puesto de manifiesto en forma oportuna ni ha alegado nada al respecto en su escrito de conclusiones.

También en el escrito de conclusiones opone la inadmisibilidad del presente recurso por incumplimiento del requisito exigido por el artículo 45.2.a) de la LJCA. Precisa que, como resulta de la Diligencia de Ordenación de 13 de junio de 2015, AOTEC ha interpuesto el presente recurso con fecha de 9 de julio de 2015 y que tras serle requerida la subsanación de su comparecencia, por medio de la indicada Diligencia, aportó poder general para pleitos otorgado con fecha de 16 de julio de 2015 y que, por tanto, es evidente que la recurrente carecía de la debida representación para la interposición del recurso en la fecha en que el mismo se interpuso, debiendo por ello ser inadmitido por cuanto no es que el poder no se acompañara al escrito de interposición, que sería un requisito de carácter subsanable, sino que dicho poder no existía, al no haberse otorgado hasta varios días después.

Por lo demás, con carácter subsidiario, interesa la desestimación del presente recurso, defendiendo la conformidad a derecho de la resolución impugnada.

QUINTO.- Expuestos, en apretada síntesis, los términos del debate, debemos resolver con carácter previo sobre los motivos de inadmisibilidad del presente recurso opuestos por la representación procesal de TELEFONICA, comenzando por el que denuncia el incumplimiento de los requisitos exigidos por el artículo 45.2.d) de la LJCA, por no resultar acreditada la adopción del acuerdo de interposición del presente recurso por persona habilitada para ello, con arreglo a los estatutos que le son de aplicación.

En el caso que examinamos, el acuerdo de interposición aportado fue adoptado exclusivamente por el presidente de la Asociación, siendo así que el artículo 21 de sus Estatutos dispone que la aprobación de temas de interés general que sean objeto de defensa jurídica a cargo de la Asociación es competencia de la Junta Directiva, pudiendo únicamente su presidente adoptar medidas de carácter urgente (artículo 22 párrafo f). sin que, por parte de la recurrente-AOTEC, una vez advertida esta circunstancia en el escrito de contestación a la demanda, no procedió en su momento a subsanar el defecto ni ha alegado nada al respecto en su escrito de conclusiones.

A estos efectos, cumple manifestar que el defecto procesal apreciable con fundamento en el artículo 45.2.d) LJCA es subsanable, pero se convierte en obstáculo procesal determinante de la inadmisibilidad del recurso interpuesto si el recurrente no ha procedido a su subsanación, habiendo tenido la posibilidad de hacerlo, (en este mismo sentido, STS de 14 de febrero de 2013, Rec. 2007/2011, de 21 de octubre de 2013, Rec 2000/2012 de 7 de febrero de 2014, Rec. 4749/2011, y de 27 de enero de 2015, Rec. 3939/2012, entre otras).

Recordaremos, a continuación, la doctrina establecida por el Tribunal Supremo acerca del cumplimiento de las exigencias impuestas por el artículo 45.2.d) LJCA, contenida en las Sentencia de 16 de marzo de 2011, Rec 3629/2009 y de 19 de abril de 2012, Rec 6412/2009, entre otras, que reiteran la doctrina recogida en la STS, Pleno, de 5 de noviembre de 2008, Rec. 4755/2005, que resuelven que, cualquiera que sea la entidad demandante, ésta debe aportar, bien el documento independiente acreditativo de haberse adoptado el acuerdo de interponer el recurso por el órgano a quien en cada caso compete, o bien el documento que, además de ser acreditativo de la representación con que actúa el compareciente, incorpore o inserte en lo pertinente la justificación de aquel acuerdo.

Se afirma, además, que una cosa es el poder de representación, que sólo acredita y pone de relieve que el representante está facultado para actuar válida y eficazmente en nombre y por cuenta del representado; y otra distinta la decisión de litigar, de ejercitar la acción, que habrá de ser tomada por el órgano de la persona jurídica a quien las normas reguladoras de ésta atribuyan tal facultad. De modo que el cumplimiento de esta exigencia permitirá la válida constitución de la relación jurídico-procesal, pues ha de constatarse que la persona jurídica



que aparece como recurrente ha solicitado realmente la tutela judicial, lo que a su vez precisa que tome el correspondiente acuerdo dirigido a tal fin a través del órgano facultado para ello.

Resulta singularmente ilustrativa la STS de 16 de julio de 2012, Rec. 2043/2010, cuya doctrina es reiterada por las SSTs de 7 de febrero de 2014, Rec. 4749/2011, de 27 de enero de 2015, Rec. 3939/2012, de 5 de junio de 2017, Rec. 2620/2016, y de 3 de octubre de 2017, Rec. 3894/2015, pues recapitula esa doctrina jurisprudencial en los siguientes términos:

"1º) Las sociedades mercantiles no escapan al régimen general de presentación de documentos que han de acompañar al escrito de interposición, previsto para las personas jurídicas en el tan citado apartado d) del artículo 45.2 LRJCA como viene declarando de forma constante esta Sala. Baste citar la Sentencia del Pleno de la Sala de 5 de noviembre de 2008 (recurso de casación nº 4755/2005 precedida y seguida de muchas otras como, a título de muestra, la de 4 de noviembre de 2011 (casación 248/2009).

2º) A efectos del cumplimiento de esta carga procesal, ha de tenerse en cuenta que una cosa es el poder de representación, que sólo acredita y pone de relieve que el representante está facultado para actuar válida y eficazmente en nombre y por cuenta del representado; y otra distinta la decisión de litigar, de ejercitar la acción, que habrá de ser tomada por el órgano de la persona jurídica a quien las normas reguladoras de ésta atribuyan tal facultad. Obvia es la máxima trascendencia que la acreditación de esto último tiene para la válida constitución de la relación jurídico-procesal, pues siendo rogada la justicia en el ámbito del orden de jurisdicción contencioso-administrativo lo primero que ha de comprobarse es que la persona jurídica interesada ha solicitado realmente la tutela judicial, lo que a su vez precisa que tome el correspondiente acuerdo dirigido a tal fin, y que lo tome no cualquiera, no cualquier órgano de la misma, sino aquél al que la persona jurídica ha atribuido tal decisión, ya que en otro caso se abre la posibilidad, el riesgo, de iniciación de un litigio no querido, o que jurídicamente no quepa afirmar como querido, por la entidad que figure como recurrente (ad exemplum, Sentencia de 28 de octubre de 2011 -casación 2716/2009-).

3º) Es verdad que la Ley tiene por cumplida la exigencia procesal que nos ocupa cuando la decisión de litigar se ha insertado en el propio cuerpo del poder de representación, pero no cuando el poder aportado por la parte actora no incorpora ningún dato del que quepa deducir que los órganos de la entidad actora competentes para ello hubieran decidido ejercitar la concreta acción promovida [Sentencia de 24 de noviembre de 2011 (casación 2468/2009)

4º) Por lo que respecta a la subsanabilidad de la falta de aportación inicial de la documentación exigida por el artículo 45.2.d) de la LJCA el artículo 138 LJCA diferencia con toda claridad dos situaciones. Una, prevista en su número 2, consistente en que sea el propio órgano jurisdiccional el que de oficio aprecie la existencia de un defecto subsanable; en cuyo caso, necesariamente, el secretario judicial ha de dictar diligencia de ordenación reseñándolo y otorgando plazo de diez días para la subsanación. Y otra, prevista en su número 1, en la que el defecto se alega por alguna de las partes en el curso del proceso, en cuyo caso, la que se halle en tal supuesto, es decir, la que incurrió en el defecto, podrá subsanarlo u oponer lo que estime pertinente dentro de los diez días siguientes al de la notificación del escrito que contenga la alegación. Y termina con otra norma, la de su número 3, que es común a aquellas dos situaciones, aplicable a ambas, en la que permite sin más trámite que el recurso sea decidido con fundamento en el defecto si éste era insubsanable o no se subsanó en plazo. Así pues, no es sólo que la literalidad del precepto diferencie esas dos situaciones y que, para ambas, para una y otra una vez agotada su respectiva descripción, prevea sin necesidad de más trámite el efecto común que dispone su número 3. Es también la regla lógica que rechaza toda interpretación que conduzca a hacer inútil o innecesaria la norma, la que abona la conclusión de que en el supuesto contemplado en el número 1 precitado, no resulta obligado que el órgano judicial haga un previo requerimiento de subsanación. Consiguientemente, el Tribunal habrá de requerir expresa y necesariamente de subsanación cuando sea el propio Tribunal el que de oficio aprecie esta circunstancia (sentencia del Pleno de la Sala de 5 de noviembre de 2008, ya citada).

5º) Ahora bien, nuestra jurisprudencia ha puntualizado que el requerimiento de subsanación del Tribunal resultará también necesario cuando sin él pueda generarse la situación de indefensión proscrita en el artículo 24.1 de la Constitución".

Pues bien, con fundamento en la doctrina jurisprudencial expuesta y las circunstancias expresadas, esta Sala concluye que, en el caso examinado, no puede considerarse cumplida la carga procesal exigida por el artículo 45.2.d), puesto que, como denuncia la representación procesal de TELEFÓNICA DE CONTENIDOS, S.A.U, el acuerdo para recurrir aportado fue adoptado exclusivamente por el Presidente de la Asociación, siendo así que el artículo 21 de sus Estatutos dispone claramente que la aprobación de temas de interés general que sean objeto de defensa jurídica a cargo de la Asociación es competencia de la Junta Directiva, pudiendo únicamente su Presidente adoptar medidas de carácter urgente (artículo 22 párrafo f), resultando evidente que la interposición del presente recurso administrativo no puede quedar englobado dentro de este supuesto.



Y habiendo sido opuesta por Telefónica en su escrito de contestación a la demanda la causa de inadmisibilidad por incumplimiento del requisito exigido por el artículo 45.2.d) de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (LJCA) sin que dicho defecto haya sido subsanado, pese a haber tenido la recurrente posibilidad de hacerlo o al menos de formular alegaciones al respecto con ocasión de la presentación de su escrito de conclusiones, procede declarar la inadmisibilidad del presente recurso contencioso administrativo.

SEXTO. - De conformidad con el artículo 139.2 de la Ley reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa, las costas procesales causadas deben ser impuestas a la parte recurrente.

En atención a lo expuesto

FALLAMOS

DECLARAMOS LA INADMISIBILIDAD del presente recurso contencioso-administrativo, con imposición de costas a la parte recurrente.

Así por esta nuestra Sentencia, que se notificará en la forma prevenida por el art. 248 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, y contra la que cabe recurso de casación que deberá prepararse ante esta Sala en el plazo de 30 días contados desde el día siguiente al de su notificación; en el escrito de preparación del recurso deberá acreditarse el cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 89.2 de la Ley de la Jurisdicción justificando el interés casacional objetivo que presenta.

Lo que pronunciamos, mandamos y firmamos.