

Roj: **STS 749/2016** - ECLI: **ES:TS:2016:749**Id Cendoj: **28079130032016100065**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso**Sede: **Madrid**Sección: **3**Fecha: **22/02/2016**Nº de Recurso: **1419/2013**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **RECURSO CASACIÓN**Ponente: **EDUARDO CALVO ROJAS**Tipo de Resolución: **Sentencia**Resoluciones del caso: **SAN 837/2013,**
STS 749/2016

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veintidós de Febrero de dos mil dieciséis.

La Sala constituida por los Excmos. Sres. Magistrados relacionados al margen ha visto el recurso de casación nº **1419/2013** interpuesto por la Procuradora D^a Sharon Rodríguez de Castro en representación de MADRID DEPORTE AUDIOVISUAL, S.A. contra la sentencia de la Sección 6^a de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 22 de febrero de 2013 dictada en el recurso contencioso-administrativo nº 545/2010 . Se han personado como partes recurridas la ADMINISTRACIÓN GENERAL DEL ESTADO, representada y asistida por la Abogacía del Estado, PROMOTORA DE INFORMACIONES, S.A. (que absorbió a PRISA TELEVISIÓN, S.A.U.), representada por el Procurador D. Argimiro Vázquez Guillén, y MEDIAPRODUCCIÓN, S.L.U., representada por el Procurador D. Federico Gordo Romero.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La Sección 6^a de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional dictó sentencia con fecha 22 de febrero de 2013 (recurso nº 545/2010) en la que se desestima el recurso contencioso-administrativo interpuesto por Madrid Deporte Audiovisual, S.A. contra el acuerdo de la Comisión Nacional de la Competencia de 14 de abril de 2010 (expediente S/0006/07, AVS, Mediapro, Sogecable y Clubs de Fútbol de 1^a y 2^a División) que tiene la siguiente parte dispositiva:

"PRIMERO.- Declarar que los contratos de adquisición de derechos audiovisuales de Liga y Copa de S.M. el Rey (excepto la final) de clubes de fútbol analizados en el expediente de referencia con una duración superior a tres temporadas, son acuerdos entre empresas que, por sus efectos, caen bajo la prohibición de los artículos 1 de la Ley 15/2007 y 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea . No obstante, quedan excluidos de esta calificación los contratos de adquisición de derechos audiovisuales de Liga y Copa de S.M. el Rey (excepto la final) de clubes de fútbol analizados en este expediente, cuya vigencia no vaya más allá de la temporada 2011/2012, aun cuando su duración sea superior a tres temporadas, en consideración al contexto jurídico preexistente en los mercados afectados por las conductas restrictivas acreditadas en el mismo, y en aplicación de los artículos 1.3 de la Ley 15/2007 y 101.3 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea .

SEGUNDO.- Declarar que toda cláusula de los contratos de adquisición derechos audiovisuales de Liga y Copa de S.M. el Rey (excepto la final) de clubes de fútbol analizados en este expediente, que otorgue al operador cesionario un derecho de adquisición preferente, tanteo o retracto, de suspensión o prórroga del contrato que permita extender su vigencia por más de tres temporadas, es un acuerdo contrario a los artículos 1.1 de la LDC y 101.1 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea .

TERCERO.-Declarar que el acuerdo de puesta en común en AVS de los derechos audiovisuales de Liga y Copa de S.M. el Rey (excepto la final) de fútbol y de configuración de un modelo de explotación de dichos derechos, recogido en las cláusulas primera, segunda, tercera y quinta del contrato de 24 de julio de 2006, firmado por Sogecable, AVS, Mediapro y TVC Cataluña, en lo que afecten a las temporadas 2009/2010 y siguientes, es un acuerdo entre empresas contrario a los artículos 1 de la Ley 15/2007 y 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea .

CUARTO.-Declarar que el pacto de no competencia contenido en la cláusula quinta del contrato de 24 de julio de 2006, entre Sogecable, AVS, TVC Cataluña y Mediapro, que reserva a Sogecable (sólo el Real Madrid) y a AVS la adquisición y renovación (con la excepción del Real Madrid) de los derechos audiovisuales de Liga y Copa de S.M. el Rey (excepto la final) de fútbol, es un acuerdo entre empresas contrario a los artículos 1 de la Ley 15/2007 y 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea .

Imponer por la realización de esta conducta prohibida una multa de 0.000 Euros a Sogecable S.A.; de 150.000 Euros a Mediaproducción S.L.; de 100.000 Euros a Audiovisual Sport SL; y de 25.000 Euros a TVC Multimedia S.L.

QUINTO.-Declarar que el pacto de no competencia indefinido contenido en el contrato de 21 de agosto de 2006 entre Mediapro y TV Cataluña, y en este sentido la cesión indefinida de Mediapro a TV Cataluña de derechos de retransmisión en directo en televisión en abierto de partidos de Liga y Copa de S.M. el Rey, en lo que afecten a las temporadas 2009/2010 y siguientes, es un acuerdo entre empresas contrario a los artículos 1 de la Ley 15/2007 y 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea .

SEXTO.-Declarar que la puesta en común en Mediapro de los derechos audiovisuales de Liga y Copa de S.M. el Rey (excepto la final) de fútbol de Valencia, Villarreal y Levante titularidad de TV Valenciana, y la cesión de Mediapro a TV Valenciana para las temporadas 2006/2007 a 2010/2011 de derechos de retransmisión en directo en televisión en abierto de partidos de Liga y Copa de S.M. el Rey, recogida en el contrato de 25 de agosto de 2006 firmado por Mediapro y TV Valenciana, en lo que afecten a las temporadas 2009/2010 y siguientes, son un acuerdo entre empresas contrario a los artículos 1 de la Ley 15/2007 y 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea .

SÉPTIMO.-Intimar a las empresas que son parte de los acuerdos que se declaran prohibidos en esta parte dispositiva a que cesen en las conductas prohibidas, y a que se abstengan de realizarlas en el futuro.

OCTAVO.-Instar a la Dirección de Investigación de la CNC para que vigile el cumplimiento de esta Resolución."

SEGUNDO.- La referida sentencia, tras examinar y rechazar las causas de inadmisibilidad del recurso que habían sido planteadas por una de las entidades codemandadas (fundamento jurídico segundo) hace una amplia reseña, en su fundamento tercero, de los mercados en los que se producen las conductas infractoras que se imputan en el procedimiento administrativo. A partir de ahí, los argumentos de impugnación que aducía la demandante son examinados en los fundamentos jurídicos cuarto a séptimo de la sentencia, cuyo contenido, en lo que ahora interesa, es el siguiente:

<< (...) CUARTO-. En su primer motivo de impugnación la actora alega que la Resolución es nula por resultar contraria al art. 25 de la Constitución al sancionar a Caja Madrid por unos hechos realizados exclusivamente por su participada MDA con grave vulneración de los principios de personalidad de la pena y culpabilidad.

El derecho comunitario de la competencia versa sobre las actividades de las empresas. El concepto de empresa comprende toda entidad que realice una actividad económica, con independencia de la configuración jurídica de esa entidad y su modo de financiación. Y constituye actividad económica toda actividad consistente en ofertar bienes y servicios en un mercado determinado. La inexistencia de una definición normativa en los Tratados del concepto de empresa ha llevado a la Comisión y a los Tribunales comunitarios a adoptar una definición que se fundamenta en la realidad económica, y no en la forma jurídica.

La jurisprudencia del Tribunal de Justicia ha establecido que " *en el contexto del Derecho de la competencia, debe entenderse que el concepto de empresa designa una unidad económica desde el punto de vista del objeto del acuerdo de que se trate aunque, desde el punto de vista jurídico, esta unidad económica esté constituida por varias personas físicas o jurídicas*" (sentencia de 12 de julio de 1984, *Hydrotherm*, 170/83, Rec. p. 2999, apartado 11)."

En la sentencia dictada el 19 de julio de 2012 el Tribunal recuerda que según su jurisprudencia: " *el concepto de empresa abarca cualquier entidad que ejerza una actividad económica, con independencia del estatuto jurídico de dicha entidad y de su modo de financiación. Debe entenderse ese concepto en el sentido de que designa una unidad económica aunque, desde el punto de vista jurídico, esta unidad económica esté constituida por varias personas físicas o jurídicas. Cuando una entidad económica de este tipo infringe las normas sobre*

la competencia, le incumbe, conforme al principio de responsabilidad personal, responder por esa infracción (sentencias de 20 de enero de 2011, General Química y otros/Comisión, C-90/09 P, Rec. p. I-0000, apartados 34 a 36 y la jurisprudencia citada, y de 29 de septiembre de 2011, ElfAquitaine/Comisión, C-521/09 P, Rec. p. I-0000, apartado 53)."

Con este fundamento se sustenta la responsabilidad de la recurrente: la responsabilidad se determina por la unidad de decisión y en este caso, MDA es controlada por Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid y Television Autonómica de Madrid S.A.

Examinada por la CNC la estructura societaria de la entidad MDA se concluye que esas sociedades controlan conjuntamente a la hoy actora, porque los pactos parasociales firmados por los accionistas otorgan a Telemadrid y Caja Madrid derechos de veto sobre las decisiones estratégicas de Madrid Deporte y les facultan para nombrar cada una a un administrador mancomunado para dirigir la sociedad.

Como pone de relieve el Abogado del Estado MDA ha sido constituida como un ente instrumental cuyo control corresponde a Caja Madrid y Telemadrid, constituida con el objetivo de servir a ambas entidades como herramienta de gestión de los derechos audiovisuales del Atlético de Madrid y el Getafe Club de Fútbol, careciendo de capacidad de decisión sin contar con sus socios, quienes a su vez cuentan con derecho de veto respectivamente.

La demanda no discute estas conclusiones, y con independencia de que con arreglo a la jurisprudencia comunitaria sobre el concepto de empresa, pueda entenderse que es responsable tanto esta entidad hoy actora, como las empresas que controlan la toma de decisiones de la misma, el hecho es que, como la propia demanda señala, la resolución se limita a declarar prohibidos determinados contratos en el dispositivo primero e intima al cese de una conducta en el dispositivo séptimo, por lo que la no citación de la recurrente como "expedientada" no constituye la causa de nulidad del acuerdo impugnado que sostiene la recurrente.

QUINTO-. Se alega en segundo lugar que la resolución recurrida es inválida por vulnerar el principio de tipicidad recogido en el art. 25 de la Constitución en relación con el art. 1 LDC y el art. 21 y D.T. duodécima de la ley 7/2010 .

El artículo 21 de la ley 7/2010 tiene el siguiente tenor literal:

"Artículo 21 Compraventa de derechos exclusivos de las competiciones futbolísticas españolas regulares.

1. El establecimiento del sistema de adquisición y explotación de los derechos audiovisuales de las competiciones futbolísticas españolas regulares se regirá por el principio de libertad de empresa dentro del marco del sistema de evaluación establecido por la normativa europea y española de la competencia.

Los contratos de adquisición de los derechos de las competiciones futbolísticas no podrán exceder de 4 años. Los contratos vigentes desde la entrada en vigor de la presente Ley, permanecerán válidos hasta su finalización.

2. La venta a los prestadores del servicio de comunicación audiovisual de los derechos citados en el apartado anterior deberá realizarse en condiciones de transparencia, objetividad, no discriminación y respeto a las reglas de la competencia, en los términos establecidos por los distintos pronunciamientos que, en cada momento, realicen las autoridades españolas y europeas de la competencia."

La Disposición Transitoria Duodécima de dicha ley establece:

"Vigencia de los contratos de adquisición de los derechos de las competiciones futbolísticas.

Los contratos de adquisición de los derechos de las competiciones futbolísticas vigentes a la entrada en vigor de la presente Ley seguirán siendo válidos hasta su finalización, siempre y cuando esta finalización tenga lugar en el plazo de 4 años desde la entrada en vigor. En caso contrario, una vez transcurrido el citado plazo de 4 años desde la entrada en vigor de la Ley, los contratos expirarán forzosamente."

La resolución impugnada es anterior a la entrada en vigor de esta ley, que tuvo lugar el día 1 de mayo de 2010 pues la Disposición Final Octava determinaba su entrada en vigor en el plazo de un mes desde su publicación en el BOE y esta tuvo lugar el día 1 de abril de 2010.

No es esta una disposición sancionadora, por lo que en aplicación del principio constitucional de seguridad jurídica, no cabe su aplicación retroactiva. Se trata de una norma cuya finalidad, y así resulta claramente del propio preámbulo de la ley, busca "regular, ordenar con visión de medio y largo plazo, con criterios que despejen incertidumbres y den seguridad a las empresas y con la intención de proteger al ciudadano de posiciones dominantes de opinión o de restricción de acceso a contenidos universales de gran interés o valor. Así lo han entendido los países más avanzados y la propia Unión Europea que a través de Directivas ha establecido y

perfecciona periódicamente normas que configuran un régimen básico común que garantice el pluralismo y los derechos de los consumidores ."

La propia norma invocada, el art. 21 de la ley Audiovisual establece que si bien " *Los contratos de adquisición de los derechos de las competiciones futbolísticas no podrán exceder de 4 años*" la venta a los prestadores del servicio de comunicación audiovisual de los derechos debe respetar las reglas de la competencia en los términos que establezcan las autoridades españolas y europeas de la competencia. La Disposición Transitoria reproducida igualmente establece que los contratos que en la fecha de entrada en vigor de la ley estén vigentes y tengan una duración superior a tres años *"seguirán siendo válidos hasta su finalización, siempre y cuando esta finalización tenga lugar en el plazo de 4 años desde la entrada en vigor"*, lo que a juicio de esta Sala debe interpretarse en consonancia con lo establecido en el artículo 21 de la ley, y no como una excepción al régimen general establecido en el mismo.

Alega la actora que en la tramitación parlamentaria ya se previeron posibles conflictos entre la ley Audiovisual y el derecho de la competencia, pero el texto de la ley, a juicio de esta Sala, claramente resuelve el conflicto: el art. 21.2 expresamente sujeta a las normas de Defensa de la Competencia, interpretadas por la autoridad administrativa nacional o comunitaria la duración de los contratos que se suscriban en el futuro y a los suscritos antes de la entrada en vigor de la ley 7/2010.

SEXTO-. La actora considera que la resolución impugnada es inválida por vulnerar los Arts. 9.3 y 24 CE en relación con los Arts. 1 LDC y 101 TFUE por infringir el Reglamento 2790/1999 al considerar que los contratos firmados por MDA no están exentos.

La Sala comparte las consideraciones que ha efectuado, respondiendo a idéntica alegación, la CNC en el acuerdo impugnado:

- Según el pfo. 32 de las Directrices de la Comisión sobre restricciones verticales, el Reglamento 2790/99 no cubre " *las licencias de derechos de autor tales como los contratos de radiodifusión relativos al derecho a grabar y/o el derecho a retransmitir un acontecimiento* ". Pero los contratos entre clubes y operadores no son simples acuerdos de licencia para gravar o retransmitir un encuentro de fútbol, sino que el club cede en exclusiva al operador cesionario un conjunto de derechos de explotación que permiten a éste o a un tercero autorizado, producir una amplia variedad de bienes o productos para su posterior comercialización en diversos mercados, y la resolución expone un listado de posibilidades: la emisión en directo o en diferido de un encuentro; agrupar derechos de varios clubes para su reventa en paquetes a operadores de televisión, de telecomunicaciones o de Internet; fijar copias de uno o varios encuentros, íntegros o fraccionados, en CDs, DVS, Bases de datos para su reventa a través de cualquier canal de comercialización.

- Resulta en consecuencia que no se trata de conceder una licencia de derechos de propiedad intelectual, sino de establecer las condiciones de adquisición de un bien (los partidos) para su explotación, básicamente mediante la reventa de los mismos, y dado que el Reglamento 2790/99 declara exentos los acuerdos o prácticas concertadas suscritos entre dos o más empresas que operen a efectos del acuerdo en planos distintos de la cadena de producción o distribución y que se refieran a las condiciones en que las partes pueden adquirir, vender o revender determinados bienes o servicios. Pero (pfo. 3 del art. 2) en el caso de que los contratos contengan cláusulas que se refieran a la cesión al comprador o utilización por el comprador de derechos de propiedad intelectual, para que opere la exención es necesario " *que, en relación a los bienes o servicios contractuales, dichas cláusulas no contengan restricciones de la competencia que tengan el mismo objeto o efecto que las restricciones verticales que no estén exentas con arreglo al presente Reglamento* ". Lo que como se ha visto en las líneas anteriores es precisamente el caso.

- La solución del conflicto no puede adoptarse teniendo en consideración las concretas cuotas del mercado de derechos audiovisuales de cada equipo concreto, como resulta de la posición de la actora. Por el contrario, la debida valoración de las conductas, de sus implicaciones para la libre competencia, y de las consecuencias que tiene la suscripción de contratos por plazos superiores a tres años debe efectuarse teniendo en cuenta la totalidad de los agentes implicados. Del Reglamento de Restricciones Verticales no resulta la compartimentación del mercado afectado que postula la actora, máxime cuando, como es el caso, en cada partido de fútbol hay dos equipos participantes.

En cuanto a la existencia de efectos positivos, como resulta de la consideración del acuerdo impugnado reproducida en el folio 15 de la demanda, los mismos (efectos positivos) se han tenido en cuenta por la autoridad administrativa de defensa de la competencia, y se ha concluido que los mismos pueden producirse únicamente cuando la duración de la cesión en exclusiva no resulta excesiva.

SÉPTIMO-. Según la actora, la resolución recurrida es inválida por resultar desproporcionada y lesiva de sus derechos e intereses legítimos.

La resolución explica de forma razonada por qué el hecho de que el mismo operador tenga la exclusiva de los derechos de retransmisión de los partidos de fútbol de Liga y Copa durante periodos de más de tres años supuso el cierre del mercado, con la consecuencia de excluir a los competidores. Como ponen de manifiesto tanto el Abogado del Estado como la representación procesal de Prisa Televisión SAU tanto el art. 1.3 LDC como el 101.3 TFUE reconocen el principio de "indispensabilidad" y en este caso es imprescindible que exista una vía alternativa de acceso a los derechos, directamente en el mercado de adquisición de estos, que tiene que estar abierta en periodos de tiempo razonables. La CNC ha considerado que es razonable un plazo de tres años, y la resolución es congruente porque fijada la limitación "aguas arriba" los efectos se dejan sentir "aguas abajo" ya que sin la cesión exclusiva de sus derechos por los clubes no existirían problemas en los contratos entre operadores. Como se recuerda por la codemandada, si los derechos se adquieren por tres temporadas, parece lógico que el precio sea inferior en la correspondiente proporción al precio pagado por cinco temporadas, permitiendo una amortización en plazo más corto, y si bien por un lado se "frustra" un plan de negocio calculado a cinco años, por otro se abren posibilidades de negocio que indudablemente se ven afectadas por la apertura del mercado que hasta la resolución de la CNC estaba cerrado en este caso hasta el año 2014. La recurrente realiza alegaciones sobre las grandes inversiones que este tipo de negocio requiere pero no aporta prueba alguna que pueda permitir a la Sala valorar por qué las consecuencias económicas para Madrid Deporte Audiovisual son de tal entidad que justificarían un trato diferente al del resto de los operadores afectados.

De lo expuesto resulta la desestimación del recurso>>.

TERCERO.- Notificada la sentencia a las partes, preparó recurso de casación contra ella la representación de Madrid Deporte Audiovisual, S.A., que formalizó la interposición de su recurso mediante escrito presentado el 22 de mayo de 2013 en el que formula diez motivos de casación, cuatro de ellos -motivos primero, tercero, sexto y octavo- al amparo del artículo 88.1.c/ de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa y los seis restantes invocando el artículo 88.1.d/ de la misma Ley. El contenido de cada uno de estos motivos es, en síntesis, el siguiente:

1.- Incongruencia de la sentencia, con vulneración de los artículos 24 de la Constitución, 11.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, 33.1 y 67.1 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa y 209.3 y 218, 1º y 2º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por no haberse pronunciado la sentencia de instancia sobre la alegación relativa a la invalidez de la resolución recurrida por vulneración del artículo 24 de la Constitución en relación con el artículo 62.1.d/ de la Ley 30/1992 al haberse excluido a Madrid Deporte Audiovisual (MDA) del procedimiento sancionador en el que se dictó la resolución recurrida causándole indefensión al no permitirse a la recurrente actuar en ese expediente, formular alegaciones ni proponer prueba.

2.- Infracción por inaplicación de los artículos 24 de la Constitución en relación con el artículo 62.1.d/ de la Ley 30/1992, pues al omitir la sentencia de instancia cualquier pronunciamiento sobre la exclusión de MDA del expediente ha vulnerado esos preceptos por inaplicación de los mismos.

3.- Incongruencia, con vulneración de los artículos 24 de la Constitución, 11.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, 33.1 y 67.1 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa y 209.3 y 218, 1º y 2º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por no haberse pronunciado sobre la alegación relativa a vulneración de los artículos 9.3 y 24 de la Constitución en relación con los artículos 1 y 4 de la Ley de Defensa de la Competencia y artículo 21 y disposición transitoria 12ª de la Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de Comunicación Audiovisual.

4.- Infracción por inaplicación de los artículos 9.3 y 24 de la Constitución en relación con los artículos 1 y 4 de la Ley de Defensa de la Competencia y la disposición transitoria 12ª de la Ley 7/2010, General de Comunicación Audiovisual, pues, al omitir la sentencia de instancia cualquier pronunciamiento sobre la infracción alegada, ha vulnerado esos preceptos por inaplicación de los mismos.

5.- Infracción del artículo 25 de la Constitución en relación con los artículos 1 y 4 de la Ley de Defensa de la Competencia y artículo 21 y disposición transitoria 12ª de la Ley 7/2010, General de Comunicación Audiovisual, pues el hecho de que esta última norma no hubiera entrado en vigor en la fecha de la resolución impugnada en nada desvirtúa la necesidad de interpretar el artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia conforme a la General de Comunicación Audiovisual en el análisis de los contratos controvertidos.

6.- Incongruencia de la sentencia, con vulneración de los artículos 24 de la Constitución, 11.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, 33.1 y 67.1 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa y 209.3 y 218, 1º y 2º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por no haberse pronunciado la sentencia sobre la alegación relativa a la invalidez de la resolución recurrida por vulneración del artículo 25 de la Constitución en relación con los artículos 1 de la Ley de Defensa de la Competencia y 101 TFUE al considerar que los contratos firmados por MDA serían contrarios al ordenamiento jurídico por no estar amparados en la exención prevista en

el Reglamento CE 2790/1999, relativo a la aplicación del apartado 3º del art. 81 del Tratado CE a determinadas categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas.

7.- Infracción del artículo 25 de la Constitución en relación con los artículos 1 de la Ley de Defensa de la Competencia y 101 TFUE y del Reglamento de Restricciones Verticales (no especifica el precepto de este Reglamento que habría resultado vulnerado), al haber confirmado la sentencia la apreciación de ilicitud de los contratos de MDA, por entender la recurrente que dichos contratos están amparados en la exención prevista en el reglamento de restricciones verticales.

8.- Incongruencia de la sentencia, con vulneración de los artículos 24 de la Constitución , 11.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial , 33.1 y 67.1 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa y 209.3 y 218, 1º y 2º de la Ley de Enjuiciamiento Civil , por no haberse pronunciado sobre la alegación relativa a la invalidez de la resolución recurrida por infracción de los artículos 9.3 , 24 y 25 de la Constitución en relación con los artículos 1 de la Ley de Defensa de la Competencia y 101 TFUE , por infringir el Reglamento 2790/1999 al haberse prescindido del procedimiento formal de retirada de la exención prevista en el Reglamento de Defensa de la Competencia.

9.- Infracción del artículo 25 de la Constitución en relación con los artículos 1 de la Ley de Defensa de la Competencia , 101 TFUE , 6 y 7 del Reglamento de Restricciones Verticales y 44 y 45 del Reglamento de Defensa de la Competencia aprobado por Real Decreto Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero, al confirmar la sentencia la declaración de la Comisión Nacional de la Competencia de que los contratos de MDA infringen esos artículos 1 de la Ley de Defensa de la Competencia y 101 TFUE , sin que se haya iniciado el procedimiento formal de retirada de la exención por categorías previsto en el Reglamento de Restricciones Verticales y el Reglamento de Defensa de la Competencia.

10.- Infracción del principio de proporcionalidad que ha de regir la actuación de la Administración, por cuanto que se ha privado a la recurrente de toda actividad comercial y se le ha conducido a una situación de concurso.

Termina el escrito solicitando que se case y anule la sentencia recurrida y, en su lugar, se dicte otra plenamente coincidente con lo solicitado en el suplico del escrito de demanda presentada en el proceso de instancia (recurso contencioso-administrativo 545/2010):

Declare que no es conforme a Derecho y anule la Resolución del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia de 14 de abril de 2010, recaída en el Expediente S/006/07, AVS, Mediapro, Sogecable y Clubs de Fútbol de 1ª y 2ª División, en cuya virtud se sanciona a mi representada con la cesación de las conductas declaradas prohibidas por la citada Resolución.

Subsidiariamente respecto de lo pretendido en el número 1 anterior, se declare que, en la medida en que la Resolución de 14 de abril de 2010 recaída en el Expediente S/0006/07, AVS, Mediapro, Sogecable y Clubs de Fútbol de 1ª y 2ª División, contraviene lo dispuesto por el artículo 21 y la Disposición Transitoria Duodécima de la Ley General de Comunicación Audiovisual , no procede la ejecución de la obligación de cesación impuesta en el Dispositivo Décimo de la indicada Resolución.

En todo caso, declare el derecho de mi representada a la devolución de todos los gastos derivados del cumplimiento de lo previsto en la parte dispositiva de la Resolución de 14 de abril de 2010 recurrida, junto con los intereses correspondientes.

CUARTO.- Mediante providencia de la Sección Primera de esta Sala de 9 de septiembre de 2013 se acordó la admisión del recurso de casación así como la remisión de las actuaciones a la Sección Tercera, conforme a las reglas de reparto de asuntos.

QUINTO.- Recibidas las actuaciones en esta Sección Tercera, por diligencia de ordenación de 20 de septiembre de 2013 se dió traslado del escrito de interposición a las partes recurridas para que formalizasen su oposición.

La representación de Promotora de informaciones S.A. presentó escrito con fecha 4 de noviembre de 2013 en el que expone las razones de su oposición a los motivos de casación; y termina solicitando que se dicte sentencia desestimando el recurso de casación.

Por su parte, la Abogacía del Estado formalizó su oposición al recurso mediante escrito presentado el 11 de noviembre de 2013 el que expone las razones en las que sustenta su oposición a los motivos formulados por la recurrente.

La representación de Mediaproducción S.L.U no presentó escrito de oposición dentro del plazo señalado al efecto, por lo que mediante diligencia de ordenación d e12 de noviembre de 2013 se declaró caducado el trámite correspondiente.

SEXTO.- Tras dirigirse sendos requerimientos a la Sala de la Audiencia Nacional para que remitiese el expediente -requerimientos fechados a 12 de noviembre de 2013 y 17 de septiembre de 2014- quedaron las actuaciones pendientes de señalamiento para votación y fallo fijándose finalmente al efecto el día 16 de febrero de 2016, fecha en que tuvo lugar la deliberación y votación.

Siendo Ponente el Excmo. Sr. D. **Eduardo Calvo Rojas** ,

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El presente recurso de casación nº **1419/2013** lo interpone la representación de Madrid Deporte Audiovisual, S.A. contra la sentencia de la Sección 6ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 22 de febrero de 2013 (recurso nº 545/2010) en la que se desestima el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la referida entidad mercantil contra el acuerdo de la Comisión Nacional de la Competencia de 14 de abril de 2010 (expediente S/0006/07, AVS, Mediapro, Sogecable y Clubs de Fútbol de 1ª y 2ª División).

En el antecedente segundo hemos dejado reproducida la parte dispositiva de la resolución Comisión Nacional de la Competencia impugnada en el proceso de instancia, así como las razones que se exponen en la sentencia recurrida para fundamentar la desestimación del recurso contencioso-administrativo.

Procede entonces que pasemos a examinar los motivos de casación formulados en el presente recurso, cuyo contenido hemos resumido en el antecedente tercero; si bien, por razones de sistemática, abordaremos su análisis alterando el orden en que los ha expuesto la recurrente, pues nos ocuparemos en primer lugar de los cuatro motivos de casación -motivos primero, tercero, sexto y octavo- que se formulan al amparo del artículo 88.1.c/ de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa para denunciar otras tantas incongruencias omisivas en las que habría incurrido la sentencia. Veamos.

SEGUNDO.- Resulta claro que la sentencia de instancia no incurre en los defectos de congruencia que se denuncian en los motivos de casación primero, tercero, sexto y octavo.

En el motivo de casación primero la recurrente aduce que la sentencia incurre en incongruencia omisiva por no haberse pronunciado sobre la alegación relativa a la invalidez de la resolución recurrida por vulneración del artículo 24 de la Constitución en relación con el artículo 62.1.d/ de la Ley 30/1992 al haberse excluido a Madrid Deporte Audiovisual (MDA) del procedimiento sancionador en el que se dictó la resolución recurrida causándole indefensión. Pues bien, la mera lectura del fundamento jurídico cuarto de la sentencia -que antes hemos reproducido- permite constatar que la Sala de instancia ha examinado con el debido detenimiento este alegato de la demandante, basando la Sala su decisión desestimatoria en la propia estructura societaria de la entidad Madrid Deporte Audiovisual, al estar controlada ésta por Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid y Televisión Autonómica de Madrid S.A. habida cuenta que "... los pactos parasociales firmados por los accionistas otorgan a Telemadrid y Caja Madrid derechos de veto sobre las decisiones estratégicas de Madrid Deporte y les facultan para nombrar cada una a un administrador mancomunado para dirigir la sociedad". La parte recurrente podrá legítimamente discrepar de estas consideraciones de la Sala de instancia acerca de la "unidad de decisión" existente entre las empresas mencionadas; pero de ninguna manera cabe afirmar que la sentencia haya dejado sin abordar la cuestión.

Lo mismo debe decirse de la incongruencia omisiva que se denuncia en el motivo de casación tercero, donde la recurrente sostiene que la sentencia de instancia no se ha pronunciado sobre la alegación relativa a vulneración de los artículos 9.3 y 24 de la Constitución en relación con los artículos 1 y 4 de la Ley de Defensa de la Competencia y artículo 21 y disposición transitoria 12ª de la Ley 7/2010, General de Comunicación Audiovisual. Sucede que los alegatos de la demandante sobre vulneración de los preceptos citados preceptos son abordados con la debida amplitud en los fundamentos quinto y sexto de la sentencia recurrida; por lo que tampoco en este punto puede afirmarse que la sentencia sea incongruente.

En fin; deben ser igualmente desestimados los motivos de casación sexto y octavo en los que, de manera redundante, la recurrente vuelve a denunciar que la sentencia incurre en incongruencia por no haberse pronunciado sobre la alegación relativa a la invalidez de la resolución recurrida por infracción de los artículos 9.3 , 24 y 25 de la Constitución en relación con los artículos 1 de la Ley de Defensa de la Competencia y 101 TFUE , por infringir el Reglamento 2790/1999 al haberse prescindido del procedimiento formal de retirada de la exención prevista en el Reglamento de Defensa de la Competencia. Nuevamente hemos de remitirnos a los fundamentos quinto y sexto de la sentencia recurrida, que antes quedaron reproducidos y cuya sola lectura lleva a concluir que el reproche de incongruencia resulta inconsistente.

TERCERO.- Entrando ahora a examinar los motivos de casación formulados al amparo del artículo 88.1.d/ de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso- Administrativa , ya vimos que en el motivo segundo se alega

la infracción, por inaplicación, de los artículos 24 de la Constitución en relación con el artículo 62.1.d/ de la Ley 30/1992, aduciendo la recurrente que al haber omitido la sentencia de instancia todo pronunciamiento sobre la exclusión de Madrid Deporte Audiovisual, S.A. del expediente ha vulnerado esos preceptos, por inaplicación de los mismos.

Por lo pronto debe recordarse que, como acabamos de señalar en el apartado anterior, al examinar el motivo de casación primero, no es cierto que la sentencia recurrida haya dejado sin examinar la cuestión a que se alude, habiendo quedado ya explicado que la cuestión aparece expresamente abordada en el fundamento jurídico cuarto de la sentencia.

Por otra parte, compartimos y hacemos nuestra la conclusión alcanzada por la Sala de instancia de que no ha existido la anomalía procedimental que se denuncia ni cabe apreciar la indefensión que alega la recurrente.

En lo que ahora interesa, en el citado fundamento jurídico cuarto de la sentencia la Sala de instancia expone, haciendo suyas las apreciaciones de la Comisión Nacional de la Competencia, que el examen de la estructura societaria de Madrid Deporte Audiovisual, S.A. pone de manifiesto que Telemadrid y Caja Madrid controlan conjuntamente a la entidad recurrente, teniendo estas dos últimas derechos de veto sobre las decisiones estratégicas de aquélla; que Madrid Deporte Audiovisual, S.A. ha sido constituida como un ente instrumental cuyo control corresponde a Caja Madrid y Telemadrid, con el objetivo de servir a ambas entidades como herramienta de gestión de los derechos audiovisuales del Atlético de Madrid y el Getafe Club de Fútbol, careciendo de capacidad de decisión sin contar con sus socios, que cuentan con derecho de veto; que la demandante en el proceso no ha discutido la realidad de esa estructura societaria; que con arreglo a la jurisprudencia comunitaria sobre el concepto de empresa puede entenderse que es responsable tanto a la entidad recurrente como a las empresas que controlan la toma de decisiones de la misma.

A esas consideraciones de la sentencia recurrida que acabamos de sintetizar cabe ahora añadir los razonamientos que venimos exponiendo en la jurisprudencia relativa a la imputabilidad de la conducta de la empresa filial a la matriz; pues aunque en el caso que ahora nos ocupa no se trata propiamente de una relación de esa índole (filial/matriz), concurre también aquí el presupuesto de "unidad de decisión" en el que se sustenta la jurisprudencia a la que estamos aludiendo.

Una breve reseña de esa jurisprudencia puede verse en la reciente sentencia de esta Sala de 18 de enero de 2016 (casación 2359/2013), en la que se citan como muestra las sentencias de 23 de abril de 2015 (casación 2064/2012), 17 de junio de 2015 (casación 2072/2013) y 27 de octubre de 2015 (casación 1038/2013). En esas sentencias hemos citado y reseñado diversos ejemplos de la jurisprudencia comunitaria europea, como son la STJU de 18 de diciembre de 2014 (asunto C-434/13 P) y las sentencias del Tribunal General de 12 de diciembre de 2014 (dos sentencias con esa fecha) dictadas en los asuntos T-562/08 y T-558/08, en las se viene a indicar que en el caso específico de que una sociedad matriz sea titular de la totalidad o la casi totalidad del capital de la filial que ha infringido las normas del Derecho de la Unión en materia de competencia existe una presunción *iuris tantum* de que dicha sociedad matriz ejerce efectivamente una influencia determinante en su filial.

Pues bien, dada la estructura societaria de la entidad recurrente, que ya ha quedado señalada, debe concluirse que en este caso opera con plena virtualidad la presunción *iuris tantum* de que Caja Madrid y Telemadrid ejercen efectivamente una influencia determinante en la conducta de Madrid Deporte Audiovisual, S.A., al no haber aportado la recurrente a las actuaciones datos ni elementos de prueba que puedan servir para desvirtuar aquella presunción mediante la acreditación de que en este caso Madrid Deporte Audiovisual, S.A. actuó de forma autónoma y desvinculada de aquellas otras dos entidades.

En cuanto al alegato de haber sufrido indefensión la empresa Madrid Deporte Audiovisual, S.A., por no haber tenido intervención en el procedimiento administrativo, son trasladables a este caso, *mutatis mutandi*, las consideraciones que expusimos en nuestra sentencia ya citada de 27 de octubre de 2015 (casación 1038/2013, F.Jº 3ª), donde, ante una alegación semejante, señalábamos: << (...) no es posible admitir que la matriz haya sufrido indefensión, puesto que por las mismas circunstancias de su unidad empresarial no resulta creíble ni verosímil que no fuera perfectamente conocedora de la incoación y desarrollo de un procedimiento sancionador por conductas anticompetitivas contra su filial (***), por lo que de entenderlo conveniente para sus intereses podía haberse personado en el procedimiento o, en todo caso, participar en las decisiones adoptadas por su filial a lo largo del procedimiento sancionador>>.

CUARTO.- En el motivo de casación cuarto se alega la infracción por inaplicación de los artículos 9.3 y 24 de la Constitución en relación con los artículos 1 y 4 de la Ley de Defensa de la Competencia y la disposición transitoria 12ª de la Ley 7/2010, General de Comunicación Audiovisual, pues, al omitir la sentencia de instancia cualquier pronunciamiento sobre la infracción alegada, ha vulnerado esos preceptos por inaplicación de los mismos.

Al igual que en el apartado anterior, debemos recordar aquí lo que ya hemos explicado en el fundamento jurídico segundo, esto es, que no es cierto que la sentencia recurrida haya dejado sin examinar la cuestión relativa a la vulneración de los preceptos que se citan en el motivo de casación, pues la Sala de instancia aborda específicamente ese aspecto de la controversia en los fundamentos quinto y sexto de la sentencia recurrida. Y dado que en el desarrollo del motivo de casación no se ofrecen otros argumentos de impugnación, ni se intenta rebatir o desvirtuar los razonamientos que allí ofrece la Sala de instancia, este motivo de casación cuarto debe ser desestimado.

QUINTO.- En el motivo quinto se alega la infracción del artículo 25 de la Constitución en relación con los artículos 1 y 4 de la Ley de Defensa de la Competencia y artículo 21 y disposición transitoria 12ª de la Ley 7/2010, General de Comunicación Audiovisual, aduciendo la recurrente que el hecho de que esta última norma no hubiera entrado en vigor en la fecha en que se dictó la resolución impugnada en nada desvirtúa la necesidad de interpretar el artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia conforme a la General de Comunicación Audiovisual en el análisis de los contratos controvertidos.

La cuestión relativa a la incidencia que pudieran tener el artículo 21 y la disposición transitoria 12ª de la Ley 7/2010, General de Comunicación Audiovisual, en la resolución de la presente controversia fue ya suscitada en el proceso de instancia y recibió oportuna respuesta en el fundamento jurídico quinto de la sentencia recurrida.

A lo razonado por la Sala de instancia, cuyas consideraciones hemos reproducido antes y compartimos en lo sustancial, debemos añadir ahora las razones que expusimos en nuestra sentencia de 7 de diciembre de 2015 (casación 1758/2013). En el fundamento jurídico cuarto de dicha sentencia, dando respuesta a un alegato semejante formulado por otra empresa recurrente imputada en el mismo expediente sancionador -se trataba en aquel caso de Mediaproducción S.L.U.- declarábamos, en lo que ahora interesa, lo siguiente:

<< (...) Además de las anteriores alegaciones, la parte recurrente sostiene (motivo cuarto) que la sentencia recurrida ha infringido el artículo 9.3 CE, al negar la aplicación retroactiva del artículo 21.1 y DT 12ª LGCA, que considera la parte recurrente que establecía un régimen sancionador más favorable.

El artículo 21 LGCA, citado por la parte recurrente, es hoy una norma derogada, de conformidad con la disposición derogatoria única, apartado a), del 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.

El artículo 21 LGCA establecía lo siguiente:

1. El establecimiento del sistema de adquisición y explotación de los derechos audiovisuales de las competiciones futbolísticas españolas regulares se regirá por el principio de libertad de empresa dentro del marco del sistema de evaluación establecido por la normativa europea y española de la competencia.

Los contratos de adquisición de los derechos de las competiciones futbolísticas no podrán exceder de 4 años. Los contratos vigentes desde la entrada en vigor de la presente Ley, permanecerán válidos hasta su finalización.

2. La venta a los prestadores del servicio de comunicación audiovisual de los derechos citados en el apartado anterior deberá realizarse en condiciones de transparencia, objetividad, no discriminación y respeto a las reglas de la competencia, en los términos establecidos por los distintos pronunciamientos que, en cada momento, realicen las autoridades españolas y europeas de la competencia.

A su vez, la Disposición Transitoria 12ª, también citada como infringida por la parte recurrente, indica lo siguiente:

Los contratos de adquisición de los derechos de las competiciones futbolísticas vigentes a la entrada en vigor de la presente Ley seguirán siendo válidos hasta su finalización, siempre y cuando esta finalización tenga lugar en el plazo de 4 años desde la entrada en vigor. En caso contrario, una vez transcurrido el citado plazo de 4 años desde la entrada en vigor de la Ley, los contratos expirarán forzosamente.

La sentencia impugnada examinó las alegaciones de la parte recurrente y negó que la LGCA tuviera una incidencia con efectos anulatorios sobre la resolución de la CNC impugnada, pues la citada LGCA había entrado en vigor con posterioridad a la fecha de la resolución de la CNC, y en cuanto a los efectos de la DT 12ª sobre los contratos vigentes, no cabía efectuar pronunciamiento alguno, pues "no puede condicionarse en la sentencia la nulidad o conformidad a derecho de un acto administrativo a la ejecución que del mismo lleve a cabo en el futuro la Administración. Serán esos actos de ejecución, si la interesada considera que son contrarios a derecho, los que deberán ser impugnados en tiempo y forma".

En efecto, como señala la sentencia recurrida, la resolución sancionadora de la CNC es de fecha 14 de abril de 2010, mientras que la LGCA entró en vigor el 1 de mayo de 2010, de acuerdo con su Disposición Final 8ª, de forma que era una norma que carecía de vigencia en la fecha de la resolución sancionadora, y menos todavía era derecho aplicable en las fechas de celebración por Mediapro de los contratos con los clubs de fútbol, declarados por la CNC contrarios a los artículos 1 LDC y 101 TFUE, en los años 2006 a 2009. Por tanto, los acuerdos y conductas examinados por la CNC, en ningún caso pueden encontrar amparo en una norma que no estaba en vigor, ni cuando esos acuerdos y conductas se llevaron a cabo, ni siquiera en el momento posterior en que la CNC los examinó y declaró contrarios a la LDC.

[...]

La intimación del dispositivo séptimo de la resolución sancionadora no es sino la consecuencia -ex artículo 53.2 LDC - de la apreciación por la CNC de que los acuerdos de (...) con los equipos de fútbol, que se identifican en la resolución sancionadora, constituyen una conducta prohibida por los artículos 1 LDC y 101 TFUE, extremo este que la parte recurrente no discute en los motivos que examinamos, salvo su alegación sobre la exención del artículo 4.1 LDC, que no puede ser acogida por la circunstancia, ya expresada, de que los contratos entre (...) y los clubs de fútbol a los que se refieren los dispositivos 1 y 2 de la resolución sancionadora, fueron celebrados a lo largo de los años 2006 a 2009, y por tanto no pueden en ningún caso estimarse amparados en la LGCA, que no entró en vigor sino con posterioridad a la celebración de los contratos y a la propia resolución sancionadora.

Como afirma la sentencia impugnada, el nuevo régimen jurídico aplicable a los contratos de adquisición de los derechos audiovisuales de los clubs de fútbol no puede condicionar la conformidad a derecho o nulidad de la resolución administrativa sancionadora, de fecha anterior a la entrada en vigor de la nueva norma y, en su caso, será en la ejecución de la resolución cuando habrán de plantearse y resolverse las cuestiones que se susciten sobre el alcance de la LGCA en relación con la duración de los contratos de adquisición de los derechos audiovisuales de los clubs de fútbol>>.

Estas mismas consideraciones son enteramente trasladables al caso que nos ocupa, por identidad de razón, y, en consecuencia, el motivo de casación quinto no puede ser acogido.

SEXTO.- Abordaremos ahora de manera conjunta los motivos de casación séptimo y noveno que están estrechamente relacionados.

En el motivo séptimo se argumenta que -en contra de lo que afirma la sentencia- los contratos suscritos por la recurrente están amparados en la exención prevista en el Reglamento de Restricciones Verticales; y, en el motivo noveno se aduce que la sentencia de instancia y la resolución administrativa que en ella se confirma han considerado que los contratos de Madrid Deporte Audiovisual, S.A. infringen los artículos 1 de la Ley de Defensa de la Competencia y 101 TFUE siendo así que no se había iniciado el procedimiento formal de retirada de la exención por categorías previsto en el Reglamento de Restricciones Verticales y el Reglamento de Defensa de la Competencia. Y estando así entrelazados los dos motivos de casación, ambos deben ser desestimados.

El Reglamento (CE) nº 2790/1999 de la Comisión, de 22 de diciembre de 1999, relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 81 del Tratado CE a determinadas categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas, establece en sus artículos 2 y 3 lo siguiente:

<< Artículo 2

1. Con arreglo al apartado 3 del artículo 81 del Tratado y sin perjuicio de las disposiciones del presente Reglamento, se declara que el apartado 1 del artículo 81 del Tratado no se aplicará a los acuerdos o prácticas concertadas, suscritos entre dos o más empresas que operen, a efectos del acuerdo, en planos distintos de la cadena de producción o distribución y que se refieran a las condiciones en las que las partes pueden adquirir, vender o revender determinados bienes o servicios ("acuerdos verticales").

Esta exención se aplicará en la medida en que tales acuerdos contengan restricciones de la competencia que entren dentro del ámbito de aplicación del apartado 1 del artículo 81 del Tratado ("restricciones verticales").

2. La exención prevista en el apartado 1 se aplicará a los acuerdos verticales suscritos entre una asociación de empresas y sus miembros, o entre dicha asociación y sus proveedores, únicamente cuando todos sus miembros sean minoristas y ningún miembro individual de la asociación junto con sus empresas vinculadas tenga un volumen de negocios global superior a 50 millones de euros al año. Los acuerdos verticales celebrados por dichas asociaciones estarán amparados por el presente Reglamento, sin perjuicio de la aplicación del artículo 81 a los acuerdos horizontales celebrados entre los miembros de la asociación o a las decisiones adoptadas por la asociación.

3. La exención prevista en el apartado 1 se aplicará a los acuerdos verticales que contengan cláusulas que se refieran a la cesión al comprador o utilización por el comprador de derechos de propiedad intelectual, siempre que dichas cláusulas no constituyan el objeto principal de dichos acuerdos y que estén directamente relacionadas con el uso, venta o reventa de bienes o servicios por el comprador o sus clientes. La exención se aplicará a condición de que, en relación a los bienes o servicios contractuales, dichas cláusulas no contengan restricciones de la competencia que tengan el mismo objeto o efecto que las restricciones verticales que no estén exentas con arreglo al presente Reglamento.

4. La exención prevista en el apartado 1 no se aplicará a los acuerdos verticales suscritos entre empresas competidoras; no obstante, se aplicará cuando empresas competidoras suscriban un acuerdo vertical no recíproco y:

- a) el volumen de negocios global del comprador no exceda de 100 millones de euros al año, o
- b) el proveedor sea un fabricante y un distribuidor de bienes y el comprador sea un distribuidor que no fabrique bienes que compitan con los bienes del contrato, o
- c) el proveedor suministre servicios a distintos niveles del comercio y el comprador no suministre servicios competidores en el nivel del comercio donde compre los servicios contractuales.

5. El presente Reglamento no se aplicará a los acuerdos verticales cuyo objeto entre dentro del ámbito de aplicación de otros Reglamentos de exención por categorías.

Artículo 3

1. Sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado 2 del presente artículo, la exención prevista en el artículo 2 se aplicará a condición de que la cuota de mercado del proveedor no exceda del 30 % del mercado de referencia en el que venda los bienes o servicios contractuales.

2. En el caso de los acuerdos verticales que contengan obligaciones de suministro exclusivo, la exención prevista en el artículo 2 se aplicará a condición de que la cuota de mercado del comprador no exceda del 30 % del mercado de referencia en el que adquiera los bienes o servicios contractuales>>.

Siendo ese el tenor literal de los preceptos que delimitan el alcance de la exención, el fundamento tercero de la sentencia recurrida explica que en este caso no opera la referida exención. Las razones dadas en ese fundamento tercero, que ya antes hemos reproducido (véase antecedente segundo), podemos sintetizarlas ahora del modo siguiente:

A. Según el párrafo 32 de las Directrices de la Comisión sobre restricciones verticales, el Reglamento 2790/99 no cubre "las licencias de derechos de autor tales como los contratos de radiodifusión relativos al derecho a grabar y/o el derecho a retransmitir un acontecimiento".

B. Los contratos entre clubes y operadores no son simples acuerdos de licencia para gravar o retransmitir un encuentro de fútbol, sino que el club cede en exclusiva al operador cesionario un conjunto de derechos de explotación que permiten a éste o a un tercero autorizado, producir una amplia variedad de bienes o productos para su posterior comercialización en diversos mercados, y la resolución administrativa expone un muestrario o listado de posibilidades: emisión en directo o en diferido de un encuentro; agrupación de derechos de varios clubes para su reventa en paquetes; fijación de copias de uno o varios encuentros, íntegros o fraccionados, en CDs o DVDs; creación de bases de datos para su reventa a través de cualquier canal de comercialización.

C. El Reglamento 2790/99 declara exentos los acuerdos o prácticas concertadas suscritos entre dos o más empresas que operen a efectos del acuerdo en planos distintos de la cadena de producción o distribución y que se refieran a las condiciones en que las partes pueden adquirir, vender o revender determinados bienes o servicios. Pero en el caso de que los contratos contengan cláusulas que se refieran a la cesión al comprador o utilización por el comprador de derechos de propiedad intelectual, para que opere la exención es necesario "que, en relación a los bienes o servicios contractuales, dichas cláusulas no contengan restricciones de la competencia que tengan el mismo objeto o efecto que las restricciones verticales que no estén exentas con arreglo al presente Reglamento" (artículo 2, apartado 3); y esto es precisamente lo que sucede en el caso que se examina.

D. A los efectos previsto en el artículo 3 del Reglamento CE 2790/99, no pueden tomarse en consideración las concretas cuotas del mercado de derechos audiovisuales de cada equipo concreto, como pretende la demandante, pues la debida valoración de las conductas, de sus implicaciones para la libre competencia y de las consecuencias que tiene la suscripción de contratos por plazos superiores a tres años debe efectuarse teniendo en cuenta la totalidad de los agentes implicados. Del Reglamento de Restricciones Verticales no

resulta la compartimentación del mercado afectado que postula la actora, máxime cuando, como es el caso, en cada partido de fútbol hay dos equipos participantes.

Vemos entonces que, en contra de lo que afirma la recurrente, la Sala de instancia sí expone las razones por las que considera que en este caso no opera la exención prevista en el Reglamento de Restricciones Verticales. Y sucede que esas razones dadas en la sentencia no han sido desvirtuadas en casación. Son escasamente consistentes las objeciones que formula la recurrente frente lo que razona la Sala de la Audiencia Nacional sobre las cuotas del mercado han de tomarse en consideración (apartado D/ de la síntesis que acabamos de hacer de los argumentos de la sentencia); y, sobre todo, nada aduce la representación de Madrid Deporte Audiovisual, S.A. en contra de lo razonado en el que hemos identificado como apartado C/, donde la Sala de instancia explica que no se cumplen en este caso los requisitos exigidos para que opere la exención en el caso de contratos que contengan cláusulas que se refieran a la cesión al comprador o utilización por el comprador de derechos de propiedad intelectual.

Por todo ello, debe ser desestimada la argumentación de la recurrente en favor de la existencia de la exención (motivo de casación séptimo). Y, como consecuencia de lo anterior, tampoco puede ser acogido el razonamiento según el cual debería haberse puesto en marcha el procedimiento formal de retirada de la exención (motivo de casación noveno).

SÉPTIMO.- Por último, en el motivo de casación décimo se alega la infracción del principio de proporcionalidad que ha de regir la actuación de la Administración, porque se ha privado a la recurrente de toda actividad comercial y se le ha conducido a una situación de concurso.

Habiendo ya formulado la recurrente en el proceso de instancia este alegato de falta de proporcionalidad, la Sala de instancia le dió respuesta en el fundamento jurídico séptimo de la sentencia, cuyo contenido hemos dejado transcrito en el antecedente segundo. Sin volver a reproducir ahora lo que allí se razona, baste recordar que la Sala de instancia hace diversas consideraciones sobre la "indispensabilidad" de las medidas y condiciones impuestas; la razonabilidad del plazo de tres años establecido para la duración de los contratos; la lógica correlación entre la menor duración de los contratos y la disminución del precio; los efectos de diversa índole derivados de la limitación en la duración de los contratos, pues <<... si bien por un lado se "frustra" un plan de negocio calculado a cinco años, por otro se abren posibilidades de negocio que indudablemente se ven afectadas por la apertura del mercado que hasta la resolución de la CNC estaba cerrado en este caso hasta el año 2014>>; y en fin, termina ese fundamento séptimo de la sentencia recurrida señalando que <<... la recurrente realiza alegaciones sobre las grandes inversiones que este tipo de negocio requiere pero no aporta prueba alguna que pueda permitir a la Sala valorar por qué las consecuencias económicas para Madrid Deporte Audiovisual son de tal entidad que justificarían un trato diferente al del resto de los operadores afectados>>.

Pues bien, tales razonamientos de la Sala de instancia no han sido combatidos en casación. En el desarrollo del motivo la representación de la recurrente insiste en su alegación de que la resolución controvertida provoca una afectación "de consecuencias devastadores en su esfera patrimonial"; hasta el punto de "...atentar contra la viabilidad económica y financiera de mi representada"; sin embargo, ya la Sala de instancia dejó señalado que no se había aportado prueba alguna que permita valorar las consecuencias a que se alude; ni cabe desde luego presumir, a falta de elementos de prueba que lo acrediten, que la viabilidad de una empresa como Madrid Deporte Audiovisual, S.A. quede en entredicho por la sola razón de que se limitase a tres años la duración de los contratos. En fin, a los efectos que estamos examinando no cabe atribuir relevancia probatoria determinante al hecho que se alega de que la entidad recurrente se encuentre en situación de concurso de acreedores, pues, como señala la representación de Promotora de Informaciones, S.A. en su oposición al motivo de casación, no hay prueba de que esa situación de concurso traiga causa de la resolución de la Comisión Nacional de la Competencia aquí controvertida. Y no sólo no ha habido la necesaria aportación probatoria sino que la pretendida relación causal entre la resolución de la Comisión y la situación de concurso quedaría seriamente contradicha si, como afirma la entidad mercantil recurrida, Madrid Deporte Audiovisual, S.A. revendió en su día a Mediapro los derechos que había adquirido de los dos clubes - Atlético de Madrid y Getafe-.

OCTAVO.- Lo expuesto en los apartados anteriores nos lleva a concluir que debe declararse no haber lugar al recurso de casación debe ser desestimado; por lo que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 139.2 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, deben imponerse a la parte recurrente las costas derivadas del recurso de casación, si bien, dada la índole del asunto y la distinta actividad desplegada procesal desplegada por las partes recurridas, la condena en costas no opera respecto de la recurrida Mediaproducción S.L.U -que, como vimos en el antecedente quinto, no formuló oposición al recurso-; y, por lo demás, conforme a lo previsto en el apartado 3 del citado artículo 139, procede limitar la cuantía de la condena en costas a la cifra de cuatro mil euros (4.000 €) respecto de cada una de las otras dos partes recurridas -Administración del Estado y Promotora de Informaciones, S.A.- más el IVA que en su caso corresponda.

Vistos los preceptos y jurisprudencia citados, así como los artículos 86 a 95 de la Ley de esta Jurisdicción .

FALLAMOS

No ha lugar al recurso de casación nº **1419/2013** interpuesto en representación de MADRID DEPORTE AUDIOVISUAL, S.A. contra la sentencia de la Sección 6ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 22 de febrero de 2013 (recurso contencioso-administrativo nº 545/2010), con imposición de las costas del recurso de casación a la parte recurrente en los términos señalados en el fundamento jurídico octavo.

Así por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos . Pedro Jose Yague Gil Eduardo Espin Templado Jose Manuel Bandres Sanchez-Cruzat Eduardo Calvo Rojas Maria Isabel Perello Domenech Diego Cordoba Castroverde **PUBLICACIÓN.-** Leída y publicada fue la anterior sentencia, estando constituida la Sala en Audiencia Pública, lo que certifico.