

Id. Cendoj: 28079230062013100406
Órgano: Audiencia Nacional. Sala de lo Contencioso
Sede: Madrid
Sección: 6
Nº de Resolución:
Fecha de Resolución: 16/07/2013
Nº de Recurso: 546/2010
Jurisdicción: Contencioso
Ponente: LUCIA ACIN AGUADO
Procedimiento: CONTENCIOSO
Tipo de Resolución: Sentencia

Resumen:

CNC derechos audiovisuales del fútbol.

Idioma:

Español

SENTENCIA

Madrid, a dieciseis de julio de dos mil trece.

Visto el recurso contencioso administrativo nº 546 /2010 que ante esta **Sección Sexta** de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional ha promovido **TELEVISION AUTONOMÍA DE MADRID S.A.** representada por la Procuradora de los Tribunales D. Federico Gordo Romero contra la resolución del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia (CNC) de 14 de abril de 2010 expediente S/0006/07 (AVS, Mediapro, Sogecable y Clubs de fútbol de 1º y 2º División). La Administración demandada ha estado representada y defendida por el Abogado del Estado. Han intervenido como codemandados Prisa Televisión Sau (antes denominada Sogecable SA) representada por el Procurador D. Argimiro Vázquez Guillén, Mediapro representada por el Procurador D. Federico Gordo Romero y Albacete Balompié y otros representados por el Procurador D. Fernando Ruiz de Velasco. La cuantía del recurso es indeterminada.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: La Comisión Nacional de la Competencia dictó el 14 de abril de 2010 resolución en el expediente S/0006/07 (AVS, Mediapro, Sogecable y Clubs de fútbol de 1º y 2º División) cuya parte dispositiva establece:

"1º Declarar que los contratos de adquisición de derechos audiovisuales de Liga y Copa de SM 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 (RCL 2009, 2300).

No obstante, quedan excluidos de esta calificación los contratos de adquisición de derechos audiovisuales de Liga y Copa de SM 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 (RCL 2007 , 1302)y 101.3 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea .

2º. Declarar que toda cláusula de los contratos de adquisición derechos audiovisuales de Liga y Copa de SM 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 (RCL 1989 , 1591) y 101.1 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea .

3º. Declarar que el acuerdo de puesta en común en AVS de los derechos audiovisuales de Liga y Copa de SM 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 .

4º 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 SM 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 150.000 euros a Sogecable, SA; de 150.000 euros a Mediaproducción, SL; de 100.000 euros a Audiovisual Sport SL; y de 25.000 euros a TVC Multimedia, SL.

5º 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 SM 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 .

6º Declarar que la puesta en común en Mediapro de los derechos audiovisuales de Liga y Copa de SM 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 SM 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 .

Europea .

7º 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.

8º Instar a la Dirección de Investigación de la CNC para que vigile el cumplimiento de esta Resolución".

SEGUNDO: La representación procesal de la parte actora interpuso recurso contencioso-administrativo el 10 de septiembre de 2010 contra la citada resolución ante esta Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional. Se turnó a la sección sexta donde fue admitido a trámite, reclamándose el expediente administrativo. Presentada demanda el 22 de mayo de 2012 solicitó dicte sentencia *"por la que estimando el presente recurso contencioso-administrativo*

1) 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/0006/07 AVS, Mediapro, Sogecable y Clubs de Fútbol de 1º y 2º División.

2) Subsidiariamente respecto de lo pretendido en el número anterior, se reconozca el derecho de mi representada a que se retrotraiga el procedimiento sancionador tramitado hasta el momento previo a la adopción del acuerdo de incoación de dicho procedimiento, y se modifique tal acuerdo de incoación de forma que mi representada no aparezca como presunta responsable de las supuestas prácticas restrictivas.

3) Subsidiariamente respecto de lo pretendido en los números 1 y 2 anteriores, se declare que, en la medida en que 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 cesación impuesta.

4) En todo caso, declare el derecho de mi representada a la indemnización de todos los daños y perjuicios 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 y condene a la Administración a su abono a mi representada".

Se emplazó al Abogado del Estado que contestó a la demanda mediante escrito de 4 de julio de 2012, así como Prisa Televisión SAU mediante escrito de 3 de octubre de 2012. Solicitado el recibimiento a prueba y practicadas las declaradas pertinentes se presentaron conclusiones por la actora, la Administración y Prisa Televisión SAU. Quedaron las actuaciones pendientes de señalamiento para votación y fallo el 22 de mayo de 2013 lo que se efectuó para el 9 de julio de 2013.

VISTOS los artículos legales citados por las partes y demás de general y pertinente aplicación, y siendo Ponente Doña LUCIA ACIN AGUADO Magistrada de la Sección.

RAZONAMIENTOS JURIDICOS

PRIMERO: El acto recurrido es la resolución del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia (CNC) de 14 de abril de 2010 expediente S/0006/07 (AVS, Mediapro, Sogecable y Clubs de fútbol de 1º y 2º División) exclusivamente los apartados Primero, Segundo, Cuarto (apartado segundo), Séptimo y Octavo de la parte dispositiva.

La resolución recurrida declara en el pronunciamiento primero y segundo como acuerdos entre empresas prohibidos por los artículos 1 de la Ley 15/2007 (RCL 2007, 1302) de Defensa de la Competencia y 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (RCL 2009, 2300) tanto 1) los contratos de adquisición de derechos audiovisuales de Liga y Copa de SM el Rey (excepto la final) de clubes de fútbol analizados en el expediente de referencia con una duración superior a tres temporadas como 2) las cláusula de los contratos de adquisición derechos audiovisuales de Liga y Copa de SM el Rey (excepto la final) de clubes de fútbol analizados en ese 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.

No obstante, excluye de dicha calificación los contratos de adquisición de derechos audiovisuales de Liga y Copa de SM el Rey (excepto la final) de clubes de fútbol analizados en el 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 .

Tienen una vigencia superior en la temporada 2011/2012 los siguientes contratos de adquisición de derechos audiovisuales de fútbol de Liga y Copa:

1) Los contratos de Sogecable con Betis (hasta 2013/2014) y Tenerife (hasta 2012/2013).

2) De Mediapro con Barcelona (hasta 2012/2013), Real Sociedad (hasta 2012/2013), Real Madrid (hasta 2013/2014), Espanyol (hasta 2013/2014), Celta (hasta 2013/2014), Osasuna (hasta 2013/2014), Coruña hasta 2013/2014), Gimnàstic (hasta 2013/2014); Alavés, Almería, Albacete, Castellón, Granada 74, Córdoba, Eibar, Elche, Racing Ferrol, Sporting Gijón, Recreativo Huelva, Málaga, Las Palmas, Jerez, Mallorca, Numancia, Salamanca, Valladolid, Ejido, Cádiz, Hércules, Levante, Rayo Vallecano, Huesca y Alicante (hasta 2013/2014), Valencia (hasta 2013/2014, Villareal (hasta 2013/2014), Girona hasta 2012/2013).

3) Los contratos de Telemadrid y Caja Madrid (a través de Madrid Audiovisual, SA) con Getafe y Atlético de Madrid, para la adquisición de sus derechos audiovisuales de Liga y Copa de SM el Rey (excepto la final), con una duración de cinco temporadas, que termina al final de la temporada 2013/2014.

Estos últimos contratos indicados en el apartado 3) son los contratos que se examinan en este recurso.

La CNC no impone ninguna multa a la recurrente sino sólo declara que los contratos de adquisición de derechos audiovisuales de Liga y Copa de SM el Rey (excepto la final) de clubes de con una duración superior a tres temporadas, son acuerdos entre empresas que, por sus efectos, caen bajo la prohibición e intima a las empresas al cese de tal conducta.

Por último indicar que en el expediente sancionador aquí examinado S/0006/07, no sólo se analizaron aquellos contratos por los que los operadores audiovisuales adquirieron los derechos audiovisuales de los clubes de fútbol que en aquel momento competían en Primera y Segunda División A del Campeonato Nacional de Liga

(mercado de adquisición de derechos), sino también contratos entre operadores cesionarios que establecían la puesta en común de los derechos audiovisuales que habían sido adquiridos previamente por alguno de ellos para su posterior reventa en los mercados de televisión, Internet y móvil, o pactos de no competencia de cara a la adquisición de derechos: 1) Acuerdo de 24 de julio de 2006 entre SOGECABLE, AVS, MEDIAPRO y TVC (que se analizan en el fundamento de derecho decimoséptimo a decimonoveno de la resolución de la CNC) 2) Los acuerdos entre MEDIAPRO y TV Cataluña (fundamento de derecho vigésimo) 3) Acuerdo entre MEDIAPRO y TV Valenciana de 25 de agosto de 2006 (fundamento de derecho vigésimoprimer). La resolución recurrida en los pronunciamientos tercero, cuarto, quinto y sexto declara que los pactos de no competencia contenidos en dichos contratos y puesta en común de derechos audiovisuales son acuerdos entre empresas contrarios al artículo 1 LDC (RCL 1989 , 1591) y 101 TFUE . Ninguno de estos pronunciamientos se refiere ni a Telemadrid ni a la Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid

SEGUNDO: La parte recurrente al objeto de fundamentar el recurso realiza las siguientes alegaciones:

1) La resolución recurrida es manifiestamente nula por resultar contraria al artículo 25 de la CE al dirigirse a Telemadrid por hechos realizados exclusivamente por su participada MDA con grave vulneración de los principios de personalidad de la pena y la culpabilidad.

2) La resolución de la CNC contraviene en cuanto al plazo máximo de duración de los contratos que tienen por objeto la adquisición de los derechos de determinadas competiciones futbolísticas (Primera y Segunda División, y Copa de SM el Rey, excepto la final) la Ley 7/2010.

3) Los contratos de adquisición de derechos audiovisuales de Liga y Copa de SM el Rey (de clubes de fútbol realizados entre MDA y los dos clubes de fútbol Atlético de Madrid y Getafe, en tanto acuerdos verticales debían haber sido declarados exentos de conformidad con el Reglamento de Restricciones Verticales (Reglamento 330/2010 de 20 de abril)

TERCERO: El debate se sitúa en este recurso en el mercado de adquisición de derechos audiovisuales del fútbol de la Liga y Copa del Rey (excepto la final). No es objeto de este expediente los contratos por los que los titulares de los derechos audiovisuales revenden los derechos de retransmisión en directo para la emisión de partidos de Liga y Copa SM el Rey (excepto la final) en televisión abierto, televisión de pago, y en otros medios audiovisuales.

En concreto la cuestión sobre la que existe discrepancia es el número de temporadas que se pueden establecer en los contratos entre clubes de fútbol y operadores para la adquisición de los derechos audiovisuales de fútbol de Liga y Copa sin vulnerar el artículo 1 de la Ley 15/2007 (RCL 2007, 1302) de Defensa de la Competencia y 101.1 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (RCL 2009, 2300). Se quiere precisar que en el mercado de reventa que no es objeto de este expediente ya se viene respetando como señala la CNC el límite trienal desde la temporada 2003/2004 y por tanto la CNC no interviene en dicho mercado para limitar la duración de los contratos de reventa de derechos.

La CNC en la resolución recurrida analiza las condiciones de competencia del mercado que rigen en el mercado español de los derechos de fútbol y concluye que la cesión en

exclusiva de los derechos de retransmisión restringen la competencia con independencia de su duración y por tanto son contrarios al artículo 1.1 LDC (RCL 1989 , 1591) y 101.3 TFUE pero entiende que pueden ampararse en la exención legal de los artículos 101.3TFUE y 1.3 LDC si su duración no supera las tres temporadas.

La forma de cómputo utilizada por la CNC para establecer el número de temporadas que los derechos audiovisuales de un club de fútbol quedan fuera del mercado de adquisición implica computar "...conjuntamente la vigencia de los distintos contratos escalonados en el tiempo, sin tener en cuenta, por norma general, la temporada efectivamente en curso en el momento de la firma del último contrato".

Por tanto se contabilizan las temporadas completas cubiertas por el contrato vigente y que no han comenzado en el tiempo en que se firma el nuevo contrato de cesión de derechos, junto a las futuras cubiertas por el segundo contrato con el mismo operador que el primero o con otro operador. Se entiende que "una temporada de Liga se inicia cuando comienza efectivamente la competición de Liga".

Esta forma de computar la duración de los contratos resulta según la CNC necesaria para reequilibrar las condiciones de competencia entre el operador incumbente y potenciales competidores al desincentivar la venta anticipada, y propiciar que los clubes negocien en la última temporada cubierta por el contrato vigente los derechos de las 3 próximas temporadas. Como señala la CNC la venta anticipada perjudica particularmente a todo operador que no sea el incumbente, pues para entrar en el mercado (para hacerse con los derechos del club que los saca anticipadamente a la venta) se verá obligado a realizar pagos anticipados sin poder rentabilizarlos hasta dentro de dos o más temporadas, por lo tanto sólo estarían dispuestos a entrar en el mercado aquellos operadores que tienen (con varios años de antelación) la seguridad de poder rentabilizar la inversión habitualmente elevada y capacidad financiera suficiente para realizar pagos anticipados, situación a la que no está expuesto el operador incumbente porque ya está explotando los derechos del club correspondiente a la temporada.

Con este sistema señala la CNC se da un trato simétrico a todo posible adquirente de derechos audiovisuales, a diferencia de la falta de simetría derivada de la imposición por el ACM 2002 únicamente a Sogecable de la obligación de limitar la vigencia de los futuros contratos de adquisición de derechos audiovisuales a un máximo de 3 años (incluyendo cualquier mecanismo de prórroga y derechos de tanteo y retracto). En el año 2002 estaba justificada la imposición de esa medida exclusivamente a Sogecable como operador dominante y se reveló una medida regulatoria eficaz en la medida en que propició la entrada en el mercado de Mediapro y fue dejada sin efecto en el año 2007 tras la entrada en el mercado de Mediapro y ejecutarse la concentración autorizada Sogecable/AVS (ACM 2007). Ahora bien señala la CNC que de facto lo que se produjo es la sustitución de un operador superdominante (Sogecable) por otro (Mediapro) como consecuencia de la ausencia de una limitación general de duración de los contratos y la realización de ventas anticipadas con varios años de antelación a la conclusión del contrato en ese momento vigente.

Detectado en diciembre de 2006 en el marco de esa operación de concentración Sogecable/AVS la existencia por una parte de acuerdos entre operadores audiovisuales y por otra acuerdos entre clubs de fútbol y operadores audiovisuales (Sogecable, Audiovisual Sport (AVS), Mediapro, TV Cataluña, TV Valenciana, Telemadrid y Caja Madrid) que podrían ser contrarios a la competencia, una vez realizada una información reservada se acordó iniciar el 8 de abril de 2008 el expediente sancionador

que ha finalizado con la resolución aquí impugnada.

CUARTO: Señala el recurrente que en la resolución de 14 de abril de 2010 de la CNC no existe indicio alguno del que pueda deducirse que Telemadrid ha tomado parte en los contratos audiovisuales controvertidos ya que Telemadrid es totalmente ajena a los mismos siendo MDA la única empresa identificada como cesionario de los derechos audiovisuales de los clubes de fútbol en dichos contratos y no se ha demostrado que MDA no haya determinado de manera autónoma su comportamiento en el mercado y que Telemadrid ejerce una influencia decisiva sobre MDA. Cita la sentencia de 15 de septiembre de 2005 Daimler Chrysler AG (apartado 218) que señala que *"la posesión del 100% del capital de la filial no puede bastar por si sola para demostrar la existencia de tal control por la sociedad matriz. La imputación a la sociedad matriz de la conducta de su filial depende siempre de la comprobación del ejercicio efectivo de un poder de dirección"*. Añade que ello supone una vulneración del principio de personalidad de las penas establecido en el artículo 25 CE .

El Abogado del Estado señala que MDA ha sido constituida como un ente instrumental cuyo control corresponde a Caja Madrid y Telemadrid constituida como un objetivo claro: servir como herramienta de una y otra entidad para la gestión de los derechos audiovisuales de Atlético de Madrid y Getafe sin que tenga la más mínima posibilidad de decisión autónoma puesto que cada una de las entidades titulares de las acciones, ostenta un porcentaje mayoritario pero que no da el control ,siendo necesario el consuno de ambas para adoptar cualquier decisión puesto que existen unos pactos que conceden a uno y otro derecho de veto sobre las decisiones estratégicas de MDA. Cita la sentencia de la sección octava de 26 de abril de 2012 (recurso 56/2009) referida a la doctrina del levantamiento del velo para determinar quién es el verdadero autor de la conducta imputada para conocer donde reside el elemento volitivo de la comisión de la infracción, señalando que la obligación de cesar en dicha conducta puede y debe ser articulada por estas dos entidades que son las que controlan y deciden por MDA.

Hay que precisar que en la parte dispositiva nada se dice acerca de cuales son las empresas obligadas a cesar en dicha conducta sino sólo se acuerda *"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"*. Es en los hechos probados de la resolución de la CNC (9. 10) donde se dice que Telemadrid y Caja Madrid, a través de su empresa en participación sin plenas funciones Madrid Deporte Audiovisual SA, firmaron el 19 de marzo de 2007 un contrato con Atlético de Madrid (folios 2347 a 2365) y otro con Getafe (folios 1343 a 1365) para adquirir en exclusiva los derechos audiovisuales de Liga y Copa de SM el Rey (excepto la final) de fútbol de estos clubes para las temporadas 2009/2010 a 2013/2014. Señala que Telemadrid y Caja Madrid controlan conjuntamente Madrid Deporte, pues los pactos parasociales firmados por todos 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 jurisprudencia comunitaria más reciente ha señalado que existe una presunción iuris tantum (admite prueba en contrario que debe presentar el que pretenda destruir dicha presunción) de que en el caso particular de que una sociedad matriz controle un porcentaje alto del 100% de su filial que haya incurrido en un comportamiento infractor, se entiende que dicha sociedad ejerce una influencia decisiva del comportamiento de su filial.

Así la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 8 de mayo de 2013 Eni/Comisión asunto C-508/11 P señala:

" 46. Procede recordar, en primer lugar, que según jurisprudencia reiterada, a efectos de aplicar el artículo 101 TFUE , el comportamiento de una filial puede imputarse a la sociedad matriz, en particular, cuando, aunque tenga personalidad jurídica separada, esa filial no determina de manera autónoma su conducta en el mercado sino que aplica, esencialmente, las instrucciones que le imparte la sociedad matriz, teniendo en cuenta concretamente los vínculos económicos, organizativos y jurídicos que unen a esas dos entidades jurídicas. En efecto, en tal situación, al formar parte la sociedad matriz y su filial de una misma unidad económica y constituir, por lo tanto, una única empresa en el sentido de lo dispuesto en el artículo 101 TFUE , la Comisión puede, a través de una decisión, imponer multas a la sociedad matriz sin que sea necesario demostrar la implicación personal de ésta en la infracción (véase, en particular, el auto del Tribunal de Justicia de 13 de diciembre de 2012, Transcatab/Comisión, C-654/11 P, apartado 29 y la jurisprudencia citada).

47. También se desprende de reiterada jurisprudencia 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. En esas circunstancias, basta con que la Comisión pruebe que la sociedad MATRIZ es titular de la totalidad o la casi totalidad del capital de la filial para considerar que dicha presunción se cumple (véase, en particular, la sentencia de 3 de mayo de 2012, Legris Industries/Comisión, C-289/11 P, Rec. p. I-0000, apartado 46 y la jurisprudencia citada)."

En este caso, durante el período de infracción, Telemadrid y Caja Madrid fueron titulares prácticamente del 100% del capital de la filial (96,5%) por lo que es aplicable la presunción mencionada. Dicha presunción es iuris tantum, es decir admite prueba en contrario por parte de la sociedad matriz para desvirtuar la misma que en este caso no ha sido aportada sin que la CNC este obligada existiendo la citada presunción a la realización de los actos de instrucción oportunos tendentes a esclarecer si la los titulares de la sociedad filial han ejercido o no una influencia decisiva sobre MDA.

No se aprecia que ello suponga una vulneración del principio de personalidad de las penas. Como señala la sentencia del TJUE de 8 de mayo de 2013 Eni/Comisión asunto C-508/11 P

" 50. Respecto a la alegación de Eni de que dicha presunción de ejercicio efectivo de una influencia determinante vulnera los principios de legalidad, de personalidad de las sanciones, de responsabilidad personal y de seguridad jurídica, basta con recordar que dicha presunción tiene precisamente como finalidad establecer un equilibrio entre la importancia, por una parte, del objetivo consistente en reprimir las conductas contrarias a las normas sobre la competencia, en particular al artículo 101 TFUE (RCL 2009, 2300) , y evitar que éstas se repitan y, por otra parte, de las exigencias de determinados principios generales del Derecho de la Unión como son, en particular, los principios de presunción de inocencia, de personalidad de las sanciones y de seguridad jurídica, así como el derecho de defensa, incluido el principio de igualdad de armas. Precisamente por esa razón es refutable (véase, en este sentido, en particular, la sentencia de 29 de septiembre de 2011, Elf Aquitaine/Comisión, C-521/09 P, Rec. p. I-0000, apartado 59)."

QUINTO: Considera la parte actora que la resolución de la CNC de 14 de abril de 2010 contraviene el contenido de la Ley 7/2010 de 31 de marzo General de la Comunicación Audiovisual (BOE 1 de abril) que entró en vigor al mes de su publicación (Disposición final octava) y en concreto el artículo 21 y disposición transitoria duodécima que establecen la duración máxima de los derechos de explotación en exclusiva de los derechos audiovisuales de clubes de fútbol.

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."

Disposición Transitoria duodécima. 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".

Hay que tener en cuenta que la CNC dictó la resolución cuando la LGCA no había entrado en vigor, aun cuando estaba publicada. La resolución de la CNC es de 14 de abril de 2010. La Ley 7/2010 de 31 de marzo (RCL 2010, 957) General de Comunicación (BOE 1 de abril) entró en vigor al mes de su publicación (disposición final octava) por lo tanto en la fecha en que se dictó la resolución de la CNC no era aplicable la misma (la CNC no la cita ni se refiere a ella en la resolución). La aplicación de la disposición transitoria décima que contiene un régimen transitorio aplicable a los contratos vigentes con anterioridad a su entrada en vigor en su caso afectará a la fase de ejecución de dicha resolución cuestión ajena a este recurso. Como dijimos en nuestra sentencia de 22 de febrero de 2013 (recurso 545/2010) en el que la parte allí actora solicitó se declare que "no procede la ejecución de la obligación de cesación impuesta en el dispositivo décimo (se entiende séptimo) de la indicada resolución por contravenir esta la Ley General de Comunicación Audiovisual" señalamos "esta alegación no puede prosperar, pues efectivamente 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 estos actos de ejecución, si la interesada considera que son contrarios a derecho los que deberán ser impugnados en tiempo y forma".

Por tanto es a la Administración autora del acto recurrido, en el ejercicio de las competencias atribuidas por la Ley 15/2007 a quién le corresponde valorar las consecuencias que sobre la ejecución del acto administrativo impugnado tenga o pueda tener la entrada en vigor de la ley 7/2010.

En este sentido la CNC ha dictado el 3 de mayo de 2012 (expte. VS /0006/07, AVS, Mediapro, Sogecable y Clubs de Fútbol de 1 y 2 División) resolución por la que declara que Mediapro y determinados clubs de fútbol han incumplido la resolución aquí impugnada. En esa resolución la propia CNC señala que *"corresponde a este Consejo valorar la eventual incidencia de la Ley 7/2010 sobre la vigencia y ejecutividad de la Resolución objeto de vigilancia"* y se analiza por la CNC la incidencia que tiene la Ley 7/2010 de 31 de marzo General de Comunicación Audiovisual en los contratos vigentes con anterioridad a su entrada en vigor y los suscritos con posterioridad. Contra dicha resolución han interpuesto los interesados el correspondiente recurso contencioso-administrativo ante esta Sala de lo contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional.

Afirma el recurrente que la aprobación de la LGCA supuso la creación de un régimen sancionador más favorable para Telemadrid, que en cualquier caso sería de aplicación retroactiva. El artículo 21 LGCA no es una norma sancionadora sino que regula el régimen de compraventa de derechos exclusivos de las competiciones futbolísticas españolas regulares. Por otra parte la disposición transitoria precisamente lo que hace es resolver la incidencia que tiene dicha norma en relación a los contratos vigentes con anterioridad a su entrada en vigor y como hemos señalado esa cuestión debe analizarse por la CNC en fase de ejecución como de hecho ya ha realizado.

SEXTO : Considera el recurrente que los contratos de adquisición de derechos audiovisuales de Liga y Copa de SM el Rey (de clubs de fútbol realizados entre MDA y los dos clubs de futbol Atlético de Madrid y Getafe, en tanto acuerdos verticales debían haber sido declarados exentos de conformidad con el Reglamento de Restricciones Verticales (Reglamento 330/2010 de 20 de abril) habida cuenta de que la cuota de mercado de MDA no supera el umbral del 30% establecido en el Reglamento. En concreto MDA únicamente ha adquirido los derechos de dos clubs de fútbol -Atlético de Madrid y Getafe- siendo su cuota de mercado inferior al 5%.

La CNC reconoce que en sí mismos los contratos firmados por Telemadrid y Caja Madrid (a través de MADRID DEPORTE AUDIOVISUAL, SA) con Atlético de Madrid y Getafe, podrían estar amparados por la exención del Reglamento 2790/1999, en lo que no superasen las cinco temporadas, pues la cuota en el mercado de adquisición de esos operadores no superaba el 30%, pero entiende que a fin de valorar si resulta aplicable el Reglamento de Restricciones Verticales se deben sumar las cuotas de mercado de los operadores audiovisuales cuando los mismos alcancen acuerdos-ya sean expresos o tácitos para la puesta en común de sus derechos audiovisuales. Dado que todos los operadores audiovisuales que han adquirido individualmente derechos audiovisuales de fútbol de las competiciones españolas los han puesto en común para su posterior reventa en los mercados de explotación aguas abajo, también hay que concluir que todos y cada uno de los contratos, con independencia de la particular cuota de mercado del club o del adquirente, contribuyen de forma relevante a ese efecto cumulativo de cierre que se deriva de la existencia de una red paralela de contratos de suministro en exclusiva que cubre el 100% del mercado de adquisición considerado. Ciertamente la CNC reconoce que en este caso *"no consta en este expediente que hayan alcanzado un acuerdo definitivo"*, pero el recurrente no desmiente el hecho de que existieran negociaciones para llegar a un acuerdo siendo

público que MDA acabó cediendo a Mediapro sus derechos como consecuencia del efecto red que determina que como adquirente en exclusiva de derechos audiovisuales de Liga y Copa del Rey de clubes de fútbol no pueda explotar de forma eficiente los derechos adquiridos, y en la práctica se viera abocado a pactar la puesta en común de sus derechos con el tenedor mayoritario de los derechos audiovisuales de clubes de fútbol que en esa fecha era Mediapro como consecuencia que el ACM 2002 limitara los acuerdos de Sogecable con los clubes de fútbol a 3 temporadas incluyendo cualquier mecanismo de prórroga y lo que se produjo fue una sustitución de un operador superdominante por otro pero no la apertura del mercado a todo posible adquirente de derechos audiovisuales.

Precisamente, la limitación temporal de duración del contrato (3 temporadas) con el sistema de cómputo de temporadas que establece la CNC (contabilizando las temporadas completas cubiertas por el contrato vigente y que no han comenzado al tiempo que se firma el nuevo contrato junto con las futuras cubiertas por el segundo contrato) y la aplicación de estas limitaciones a todos los operadores audiovisuales y clubes de fútbol pretende llegar a la finalidad de que otros operadores puedan entrar en el mercado y al mismo tiempo asegurar una rentabilidad de la inversión realizada por el adquirente de esos derechos.

Como señala la CNC los contratos de adquisición de derechos audiovisuales de fútbol que constan en el expediente acreditan que en el mercado de adquisición considerado relevante se ha producido ese efecto de red paralela de contratos de adquisición en exclusiva que agrava significativamente los efectos restrictivos de los contratos individuales, efectos red que causan que el resto de adquirentes en exclusiva de derechos audiovisuales de Liga y Copa del Rey de clubes de fútbol pasen a tener menor capacidad de explotar de forma eficiente los derechos adquiridos, y en la práctica se ven abocados a pactar la puesta en común de sus derechos con el tenedor mayoritario de los derechos audiovisuales de clubes de fútbol

SEPTIMO : Conforme a lo razonado procede desestimar el recurso sin que sea procedente la imposición de costas al no apreciarse temeridad o mala fe conforme a lo establecido en el artículo 139 de la Ley 29/1998 reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa en la redacción anterior a la Ley 37/2011 de 10 de octubre, vigente en la fecha de interposición del presente recurso.

FALLAMOS

En atención a lo expuesto, la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, ha decidido:

DESESTIMAR

el recurso contencioso administrativo interpuesto por la representación procesal de **TELEVISION AUTONOMÍA DE MADRID** contra la resolución del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia (CNC) de 14 de abril de 2010 expediente S/0006/07 (AVS, Mediapro, Sogecable y Clubs de fútbol de 1º y 2º División) que se declara en los extremos examinados conforme a derecho. No se hace condena en costas.

Así por esta nuestra Sentencia, testimonio de la cual se remitirá junto con el expediente administrativo a la Oficina de origen para su ejecución, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN .- La anterior sentencia fue leída y publicada en la forma acostumbrada por la Ilma. Sra. Magistrada Ponente, hallándose constituido en audiencia pública, de lo que yo el Secretario, doy fe.