



Roj: **SAN 5660/2021 - ECLI:ES:AN:2021:5660**

Id Cendoj: **28079230062021100590**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **6**

Fecha: **27/12/2021**

Nº de Recurso: **711/2015**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Procedimiento ordinario**

Ponente: **BERTA MARIA SANTILLAN PEDROSA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

## **AUDIENCIA NACIONAL**

**Sala de lo Contencioso-Administrativo**

### **SECCIÓN SEXTA**

**Núm. de Recurso:** 0000711 /2015

**Tipo de Recurso:** PROCEDIMIENTO ORDINARIO

**Núm. Registro General:** 6349/2015

**Demandante:** TELEFONICA DE ESPAÑA, S.A.U. (TESAU)

**Procurador:** DÑA. GLORIA TERESA ROBLED0 MACHUCA

**Demandado:** COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y DE LA COMPETENCIA

**Abogado Del Estado**

**Ponente Ilma. Sra.:** D<sup>a</sup>. BERTA SANTILLAN PEDROSA

### **SENTENCIA Nº :**

**Ilma. Sra. Presidente:**

D<sup>a</sup>. BERTA SANTILLAN PEDROSA

**Ilmos. Sres. Magistrados:**

D. FRANCISCO DE LA PEÑA ELIAS

D. SANTOS GANDARILLAS MARTOS

D. MARIA JESUS VEGAS TORRES

D. RAMÓN CASTILLO BADAL

Madrid, a veintisiete de diciembre de dos mil veintiuno.

VISTO por la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, el recurso contencioso-administrativo núm. **711/2015**, promovido por la Procuradora de los Tribunales Dña. Gloria Teresa Robledo Machuca, en nombre y en representación de la mercantil **TELEFONICA DE ESPAÑA, S.A.U. (TESAU)**, contra la Resolución dictada en fecha 23 de julio de 2015 por la Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia en el expediente sancionador NUM000 , DTS DISTRIBUIDORA DE TV DIGITAL, que le ha impuesto una sanción de multa por importe de 10.000.000 euros por la participación en la realización de conductas prohibidas en el artículo 1 de la Ley 15/2007, de Defensa de la Competencia. Ha sido parte en autos la Administración demandada, representada y defendida por el Abogado del Estado.



## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.** Interpuesto el recurso y seguidos los oportunos trámites prevenidos por la Ley de la Jurisdicción, se emplazó a la parte demandante para que formalizase la demanda, lo que verificó mediante escrito en el que, tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que estimaba de aplicación, terminaba suplicando de esta Sala se dicte sentencia por cual se:

*"1. Acuerde anular íntegramente por su disconformidad a derecho, la Resolución de 23 de julio de 2015, dictada por la Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia ("CNMC") en el expediente nº. NUM000 DTS DISTRIBUIDORA DE TV DIGITAL,*

*2. Subsidiariamente, estimar que la sanción de 10.000.000 € impuesta en la citada Resolución es desproporcionada, acordando su reducción en los términos expuestos en el Fundamento Jurídico IV".*

**SEGUNDO.** El Abogado del Estado contestó a la demanda mediante escrito en el que suplicaba se dicte sentencia que confirme el acto recurrido en todos sus extremos.

**TERCERO.** Una vez practicadas las pruebas admitidas a trámite, las partes presentaron los correspondientes escritos de conclusiones quedando posteriormente el recurso pendiente para votación y fallo. Y se fijó para ello la audiencia del día 22 de septiembre de 2021, prolongándose la deliberación en sucesivas sesiones.

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

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.** En el presente recurso contencioso administrativo la entidad actora, TELEFONICA DE ESPAÑA, S.A.U. (TESAU), impugna la resolución dictada en fecha 23 de julio de 2015 por la Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia, en el expediente NUM000 DTS DISTRIBUIDORA DE TV DIGITAL, por la cual se le impuso una sanción de multa por importe de 10.000.000 euros por la realización de conductas prohibidas en el artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia y artículo 101 del TFUE. Consistentes en la actuación concertada entre DTS y TESAU en los mercados de adquisición, reventa y explotación de los derechos audiovisuales de competiciones regulares de fútbol en las temporadas 2012/2013 a 2014/2015. Conductas que se han calificado como infracción muy grave tipificada en el artículo 62.4.a) de la Ley 15/2007, de Defensa de la Competencia.

La parte dispositiva de la citada resolución, recaída en el expediente NUM000 DTS DISTRIBUIDORA DE TV DIGITAL, es del siguiente tenor literal:

*"PRIMERO. Declarar que en el presente expediente se ha acreditado la siguiente infracción del artículo 1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia así como del artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea en los términos expuestos en el Fundamento de Derecho Séptimo de esta Resolución, consistente en la actuación concertada de DTS y TESAU en los mercados de adquisición, reventa y explotación de derechos audiovisuales de competiciones regulares de fútbol para las temporadas 2012/2013 a 2014/2015, que tiene por objeto y efecto distorsionar la competencia efectiva en los distintos mercados afectados.*

*SEGUNDO. De acuerdo con la responsabilidad atribuida en el Fundamento de Derecho Octavo, declarar responsables de la citada infracción a las siguientes empresas:*

- 1. DTS Distribuidora de Televisión Digital, S.A. (DTS)*
- 2. Telefónica de España, S.A.U. (TESAU).*

*TERCERO. Imponer a las autoras responsables de las conductas infractoras las siguientes multas:*

- 1. A DTS Distribuidora de Televisión Digital, S.A. (DTS) una multa de 5.500.000 euros.*
- 2. A Telefónica de España, S.A.U. (TESAU) una multa de 10.000.000 euros.*

*(..)*

*SEXTO. Instar a la Dirección de Competencia de esta Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia para que vigile y cuide del cumplimiento íntegro de esta Resolución".*

La CNMC en la resolución impugnada señala cuales son los mercados afectados al indicar que:

*"...hacen referencia a las actividades de adquisición y reventa de los derechos audiovisuales de la UEFA Champions League (Liga de Campeones) y de la Liga y Copa de S.M el Rey de fútbol por parte de DTS, MEDIAPRO y TESAU.*

No obstante, dada la importancia del fútbol como contenido audiovisual de televisión de pago, estas conductas despliegan sus efectos en el mercado descendente de la televisión de pago en el que están presentes tanto MEDIAPRO como DTS y TESAU.

Asimismo, estas conductas también inciden en los mercados relativos a las comunicaciones electrónicas debido a la convergencia tecnológica entre los sectores de las comunicaciones electrónicas y audiovisuales.

En consecuencia, la DC en su PR considera como mercados afectados los siguientes:

- El mercado de reventa de derechos de retransmisión audiovisual de partidos de fútbol de la Liga y Copa de S.M. el Rey en España.
- El mercado de comercialización de derechos de retransmisión audiovisual de partidos de competiciones europeas de fútbol en Europa.
- El mercado de televisión de pago en España.
- Y el mercado minorista de comunicaciones electrónicas (servicios minoristas de telefonía fija, acceso a banda ancha fija y telefonía móvil), también en España".

**SEGUNDO.** En el escrito de demanda presentado por la parte recurrente se solicita la nulidad de la resolución sancionadora impugnada y ello en virtud de los siguientes razonamientos.

Inicia su análisis destacando que la resolución recurrida apoya la sanción impuesta en la existencia de dos acuerdos formales entre DTS y TESAU: (i) Contrato adoptado en fecha 10 de agosto de 2012 entre DTS y TESAU, por el cual DTS cedía a TESAU en exclusiva los derechos de explotación del Canal+ Liga de Campeones, durante las temporadas 2012/13 a 2014/15, para su distribución a través de la plataforma IMAGENIO y (ii) Contrato de fecha 22 de agosto de 2012 entre DTS y TESAU para la distribución no exclusiva de los derechos de explotación de la Liga de fútbol de Primera División (Liga BBVA) y de la Copa del Rey (a través del Canal+ Liga), durante las temporadas 2012/13 a 2014/2015.

La recurrente señala que esos contratos son legítimos actos de disposición patrimonial por parte de DTS dentro de su libertad de empresa; y legítimos actos de adquisición de derechos por parte de TESAU, también dentro de esa libertad empresarial. Y entiende que los contratos son, en sí mismos, válidos y conformes al artículo I de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia y artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. Y, por ello, niega que esos contratos puedan enmarcarse "dentro de una actuación concertada global" entre DTS y TESAU.

En este sentido, la recurrente manifiesta que la resolución recurrida se ha apoyado en meras conjeturas y prejuicios infundados. Y niega la existencia de prueba, ni directa ni de presunciones, que acredite la concertación global anticompetitiva entre DTS y TESAU, así como un reparto de roles en la adquisición y posterior comercialización de los derechos audiovisuales de las competiciones de fútbol de la Liga de Campeones, de la Liga Nacional y de la Copa de S.M. el Rey ya que, a su juicio, ambas empresas han intervenido de forma independiente en el mercado y con arreglo a sus propias estrategias comerciales.

Asimismo, niega la existencia de un trato privilegiado de DTS a TESAU en relación con "el resto de operadores de televisión de pago" en la adjudicación por parte de DTS a TESAU de la comercialización de los derechos audiovisuales de las competiciones de fútbol de la Liga de Campeones, de la Liga Nacional y de la Copa de S.M. el Rey. E insiste en que no existe en el expediente ningún contacto ni comunicación encaminada a alinear políticas comerciales entre ambas empresas.

Asimismo, la recurrente refiere que la CNMC no ha acreditado que esa hipotética actuación concertada tácita haya producido efectos negativos en el mercado. Y se apoya en el Informe pericial elaborado por los peritos economistas D. Melchor y D. Moises, de la consultora COMPASS LEXECON, denominado "Análisis económico de la teoría del daño de la Resolución y análisis de los posibles efectos de la supuesta conducta sobre el mercado".

Finaliza indicando la falta de motivación, así como la falta de proporcionalidad en la determinación del importe de la sanción de multa.

**TERCERO.** Para un correcto entendimiento de la cuestión entendemos oportuno destacar los siguientes hechos que diferenciaremos según afecten a la adquisición, explotación y comercialización de los derechos audiovisuales de las competiciones de fútbol de la Liga de Campeones o a las competiciones de fútbol de la Liga Nacional y de la Copa de S.M. el Rey durante las temporadas 2012/2013 a 2014/2015.

Iniciamos el relato de hechos respecto de las competiciones de fútbol de la Liga de Campeones:



1. En fecha 3 de enero de 2012 se convocó por la UEFA una subasta con el objetivo de adjudicar en exclusiva los derechos de retransmisión de los partidos de fútbol de la Liga de Campeones para las temporadas 2012 a 2015. Y, en la reunión celebrada por el Consejo de Administración de DTS en fecha 20 de enero de 2012, en la que está presente la entidad Telefónica de Contenidos, S.A, se comunica por parte del Consejero Delegado de DTS su intención de participar en dicha subasta, pero sin indicar condiciones ni precio por si quisiera participar también la entidad Telefónica. Concretamente, en el acta de esta reunión se reflejaba que la oferta a presentar se realizaría por el Consejero Delegado en el ejercicio de sus funciones, "*... sin que se informara de las condiciones ni del precio a ofertar por la compañía con la finalidad de evitar posibles conflictos, dada la posibilidad de que el Grupo TELEFÓNICA, a través de TELEFÓNICA DE CONTENIDOS, y MEDIASET, presentes en dicha reunión, pudieran pujar también por los derechos*".
2. Finalmente, en fecha 4 de febrero de 2012, DTS adquiere los derechos de explotación audiovisual para la televisión de pago en España de la UEFA Champions League para explotarlos a través de un canal de televisión de pago, Canal+ Liga de Campeones, como parte de su oferta comercial.
3. Una vez adquiridos los derechos de retransmisión de la UEFA Champions League para las temporadas 2012 a 2015, DTS decidió explotarlos: (i) mediante su emisión en el Canal+ Liga de Campeones a todos sus abonados; y (ii) mediante una subasta del Canal+ Liga de Campeones a un único operador de comunicaciones electrónicas.
4. Este modelo de explotación se adoptó en la reunión del Consejo de Administración de DTS celebrada el 19 de julio de 2012. La reunión se realizó sin la presencia de los dos consejeros representantes de Telefónica de Contenidos, que delegaron su representación en el presidente, para evitar conflictos de intereses. El presidente de DTS manifestó en dicha reunión que "*Los objetivos de máximos para Canal+ eran los siguientes: (...) Subastar Canal+ Liga 2 y Canal+ Liga de Campeones a un único operador de telecomunicaciones (además de su emisión en Canal+)*".
5. El 30 de julio de 2012, DTS lanzó una subasta dirigida a múltiples operadores de telecomunicaciones y recibieron la invitación: FRANCE - TELECOM, S.A. (ORANGE); R. CABLE Y TELECOMUNICACIONES GALICIA; EUSKALTEL, S.A.; TELECABLE ASTURIAS, S.A.U; CABLEEUROPA, S.A.U. (ONO) y TESAU. Las principales características de la subasta eran: (i) Podían participar aquellos operadores habilitados para prestar un servicio de comunicaciones electrónicas y que difundieran canales de televisión de ámbito nacional, siempre que su título o autorización administrativa estuviese en vigor durante todo el tiempo de cesión de los derechos. Además, estos operadores debían explotar un servicio de televisión de pago; (ii) El precio ofertado por los derechos debía ser una cantidad a tanto alzado fijada en euros y debía ser un precio total por las tres temporadas objeto de subasta. El precio ofertado podía abonarse de manera fraccionada pero en este caso se exigía aval al primer requerimiento; (iii) Se establecía como límite para la recepción de las ofertas el 10 de agosto de 2012; (iv) Las ofertas debían ir acompañadas de una garantía provisional. Concretamente, según las condiciones de la subasta, DTS otorgaba al operador de televisión el derecho a distribuir el canal en exclusiva a través de su servicio de comunicaciones electrónicas en la modalidad de televisión de pago garantizando su emisión lineal y en directo (simulcast), pudiendo el adjudicatario ofrecer a sus abonados al canal la opción de acceder al mismo también a través de Internet y de distintos dispositivos móviles. Sobre las condiciones de distribución del canal, se señalaba que el adjudicatario "*deberá comercializar el canal bajo la modalidad "a la carta", como una opción adicional ofrecida a los abonados a su paquete básico*". Y acerca de los criterios de participación en la subasta, se indicaba que "*Podrán participar en la presente subasta aquellos operadores habilitados para prestar un servicio de comunicaciones electrónicas que difundan canales de televisión de ámbito nacional*" así como que "*no se aceptarán ofertas conjuntas por varios Operadores*". La resolución recurrida destaca que MEDIAPRO, que no es operador de comunicaciones electrónicas, aunque sí de televisión de pago, no fue invitado a participar en la subasta.
6. En fecha 8 de agosto de 2012, se reunió el Consejo de Administración de DTS (con la presencia de los consejeros de Telefónica de Contenidos, S.A.U.) para tratar de la oferta comercial de Canal+. Y el Consejero Delegado de DTS expuso los precios previsibles de los canales premium de DTS que ofrecen fútbol.
7. Al término del plazo de recepción de las ofertas, la única oferta recibida fue la de TESAU, por lo que DTS adjudicó en fecha 10 de agosto de 2012 el contrato a este operador para la distribución del Canal+ Liga de Campeones.
8. TESAU adquirió los derechos de explotación de Canal+ Liga de Campeones para su comercialización a través de la plataforma IMAGENIO que competía con DIGITAL+, la plataforma de DTS, que era la líder del mercado.
9. Con fecha 17 de agosto de 2012, TESAU ofreció el Canal+ Liga de Campeones dentro del paquete básico IMAGENIO FAMILIAR de forma gratuita hasta el día 1 de octubre de 2012. A partir del 12 de septiembre de 2012, DTS modificó su previa campaña y ofreció el Canal+ Liga de Campeones sin coste hasta el 31 de julio de 2013



para frenar la sangría de abonados que estaba sufriendo DTS. Ante esta nueva estrategia de su competidor, el 12 de septiembre de 2012, TESAU decide ofrecer sin coste adicional los partidos de Liga de Campeones a sus clientes de IMAGENIO FAMILIAR e IMAGENIO DEPORTES hasta el final de temporada (en vez de hasta el 1 de octubre, como era la campaña original).

Los hechos que destacamos en relación con las competiciones de fútbol de la Liga Nacional y la Copa de S.M. El Rey son:

1. Durante las temporadas 2009 a 2012 la mayoría de los clubes de fútbol de Primera y Segunda División tenían cedida la explotación de sus derechos a MEDIAPRO que luego comercializaba con los operadores.
2. Sin embargo, entre 2012 y 2015, DTS se convirtió en un operador activo en el mercado de adquisición de derechos audiovisuales cuando se hizo con los derechos de varios clubes españoles. Ello hacía necesario un acuerdo entre DTS y MEDIAPRO para determinar quién comercializaría "aguas abajo" esos derechos. Ambas entidades alcanzaron en fecha 16 de agosto de 2012 un acuerdo para la explotación de los derechos audiovisuales de las competiciones de fútbol de la Liga Nacional y de la Copa de S.M. el Rey en el que pactaron una cesión recíproca de los derechos audiovisuales de los clubes de fútbol de los que eran titulares.
3. Tras el acuerdo entre DTS y MEDIAPRO, DTS procedió a comercializar los derechos de emisión de los derechos audiovisuales de las competiciones de fútbol de la Liga y la Copa del Rey.
4. El 17 de agosto de 2012, mediante correo electrónico, DTS puso en conocimiento de los operadores interesados que se había alcanzado un acuerdo con MEDIAPRO y que en las próximas semanas se procedería a comercializar un canal que explotaría el conjunto de derechos de retransmisión obtenidos en virtud del acuerdo. En el correo electrónico se adelantaban algunas condiciones que permitían ya a los operadores tomar una decisión sobre la adquisición del Canal+ Liga. Así, se anunciaba que DTS iba a comercializar a terceros operadores el canal «Canal+Liga», que incorporaría, entre otros contenidos, ocho partidos de la liga BBVA por jornada, incluyendo siempre uno del Real Madrid o del CF Barcelona. Asimismo, en ese correo electrónico se ofrecía la posibilidad de que, de manera provisional, los interesados emitiesen los partidos correspondientes a la primera jornada de Liga que tendría lugar los inmediatos días 17 y 18 de agosto. La oferta se comunicó en fecha 22 de agosto a TESAU, TELECOM ASTURIAS, CABLEEUROPA (ONO); R. CABLE y TELECOMUNICACIONES GALICIA, FRANCE TELECOM (ORANGE) y EUSKALTEL. En la oferta se ofrecieron dos modalidades de distribución del Canal+ Liga a las que los operadores podían adherirse: (i) Distribución a la carta en la que el operador distribuiría el Canal + Liga a abonados residenciales exclusivamente como opción "a la carta", contratable desde el paquete básico vigente a la fecha de la aceptación de la oferta. El paquete básico se entendía como aquel que tuviera un mayor nivel de penetración sobre la base de abonados residenciales del operador; (ii) Distribución flexible en la que el operador tenía absoluta libertad para comercializar el Canal + Liga como parte de su oferta comercial, en la forma que estimara más oportuna. Cada uno de los modelos tenía un método de cálculo de la retribución distinto.
5. Distintos operadores aceptaron la oferta remitida por DTS. Y TESAU la aceptó el 22 de agosto de 2012 siendo el único operador que aceptó la oferta en su modalidad flexible.

**CUARTO.** Centrado el objeto de debate corresponde a esta Sala analizar si existe o no prueba que acredite la actuación concertada global contraria a la competencia entre DTS y TESAU y que la CNMC ha sancionado como conductas anticompetitivas prohibidas en el artículo 1 de la LDC y artículo 101 del TFUE.

Como ya decíamos en la sentencia de 9 de junio de 2016 (recurso nº 551/13), en este tipo de actuaciones es difícil encontrar pruebas directas que permitan acreditar la participación de la recurrente en un plan concertado, así como la existencia de ese plan. Por ello para poder acreditar ambas situaciones debemos acudir, en la mayoría de las ocasiones, a la prueba de indicios aceptada tanto por el Tribunal Constitucional como por el Tribunal Supremo siempre que los indicios resulten probados de forma directa, tengan fuerza persuasiva, produzcan una convicción suficiente en el juzgador y se encuentren en directa relación con las consecuencias que pretenden extraerse de los mismos. Para que la prueba de indicios pueda desvirtuar la presunción de inocencia es necesario que los indicios no se basen en meras sospechas, rumores o conjeturas, sino en hechos plenamente acreditados y que, entre los hechos base y aquel que se trata de acreditar exista un enlace preciso y directo, según las reglas del criterio humano, y no exista una explicación alternativa que permita desvirtuar las conclusiones a las que llega la Administración.

En esta misma línea, esta Sala en la sentencia de 15 de julio de 2016, recurso número 293/2012, en relación con la prueba de indicios, decía: "... es bien sabido que su utilización en el ámbito del derecho de la competencia ha sido admitida por el Tribunal Supremo en sentencias de 6 de octubre y 5 de noviembre de 1997, 26 de octubre de 1998 y 28 de enero de 1999. Para que la prueba de presunciones sea capaz de desvirtuar la presunción de inocencia, resulta necesario que los indicios se basen no en meras sospechas, rumores o conjeturas, sino en



hechos plenamente acreditados, y que entre los hechos base y aquel que se trata de acreditar exista un enlace preciso y directo, según las reglas del criterio humano. Pues bien, todos los elementos fácticos señalados - cita en documentos y comportamiento de la actora-, llevan a una sola conclusión posible, y es la participación de la recurrente en los hechos que se le imputan; sin que se haya ofrecido una explicación alternativa razonable, y sin que la Sala alcance a encontrar otra explicación distinta de la dada por la CNC a los hechos que nos ocupan".

Ya desde la sentencia de 6 de marzo de 2000, recurso núm. 373/93, el Tribunal Supremo viene declarando al referirse a la prueba de presunciones que " estas pruebas tienen una mayor operatividad en el campo de defensa de la competencia, pues difícilmente los autores de actos colusorios dejarán huella documental de su conducta restrictiva o prohibida, que únicamente podrá extraerse de indicios o presunciones. El negar validez a estas pruebas indirectas conduciría casi a la absoluta impunidad de actos derivados de acuerdos o conciertos para restringir el libre funcionamiento de la oferta y la demanda".

Y en el ámbito europeo, podemos citar la sentencia de 27 de septiembre de 2006 del Tribunal General de la Unión Europea (TGUE), (asuntos acumulados T-44/02 OP, T-54/02 OPM, T-56/02 OP, T-60/02 OP y T-61/02 OP), que, en cuanto a la prueba de presunciones en materia de derecho de la competencia, señala que: "Habida cuenta del carácter notorio de la prohibición de los acuerdos contrarios a la libre competencia, no puede exigirse a la Comisión que aporte documentos que justifiquen de manera explícita una toma de contacto entre los operadores afectados. En cualquier caso, los elementos fragmentarios y confusos de que pueda disponer la Comisión deberían poder completarse mediante deducciones que permitan la reconstitución de las circunstancias pertinentes. Por consiguiente, la existencia de una práctica o de un acuerdo contrario a la competencia puede inferirse de ciertas coincidencias y de indicios que, considerados en su conjunto, pueden constituir, a falta de otra explicación coherente, la prueba de una infracción a las normas sobre competencia (sentencia Aalborg Portland y otros/Comisión, antes citada, apartados 55 a 57)".

También el Tribunal General en la sentencia de 3 de marzo de 2011 Caso Siemens/Comisión, asunto T-110/07, al referirse a la carga de la prueba declara lo siguiente:

" (46) ... es necesario que la Comisión presente pruebas precisas y concordantes para demostrar la existencia de la infracción (sentencia Dresdner Bank y otros/Comisión), apartado 44 supra, apartado 62), y para asentar la firme convicción de que las infracciones alegadas constituyen restricciones sensibles de la competencia a efectos del artículo 81 CE, apartado 1 (sentencia de 21 de enero de 1999, Riviera Auto Service y otros/Comisión, T-185/96, T-189/96 y T-190/96, Rec. p. II- 93, apartado 47).

(47) Sin embargo, debe señalarse que no todas las pruebas aportadas por la Comisión deben necesariamente responder a dichos criterios por lo que respecta a cada elemento de la infracción. Basta que la serie de indicios invocada por la institución, apreciada globalmente, responda a dicha exigencia (véase la sentencia Dresdner Bank y otros/Comisión, apartado 44 supra, apartado 63, y la jurisprudencia citada).

(48) Además, habida cuenta del carácter notorio de la prohibición de los acuerdos contrarios a la libre competencia y de la clandestinidad en la que se ejecutan, por tanto, no puede exigirse a la Comisión que aporte documentos que justifiquen de manera explícita una toma de contacto entre los operadores afectados. En cualquier caso, los elementos fragmentarios y confusos de que pueda disponer la Comisión deberían poder completarse mediante deducciones que permitan la reconstitución de las circunstancias pertinentes. Por consiguiente, la existencia de una práctica o de un acuerdo contrario a la competencia puede inferirse de ciertas coincidencias y de indicios que, considerados en su conjunto, pueden constituir, a falta de otra explicación coherente, la prueba de una infracción de las normas sobre competencia (sentencia Dresdner Bank y otros/Comisión apartado 44 supra, apartados 64 y 65, y sentencia del Tribunal de Justicia de 7 de enero de 2004 [TJCE 2004, 8], Aalborg Portland y otros/Comisión, C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P y C-219/00 P, Rec. p. I-123, apartados 55 a 57)".

Y podemos mencionar, en cuanto a la posición del Tribunal Supremo, la reflejada, entre otras, en sentencia de 19 de junio de 2015, recurso 649/13, que se pronuncia sobre el alcance de esta clase de prueba en los siguientes términos:

"Al respecto, cabe recordar que, conforme a la doctrina del Tribunal Constitucional, contenida en reiteradas sentencias (SSTC 174/1985, 175/1985, 229/1988), y a la jurisprudencia de esta Sala (sentencias de 18 de noviembre de 1996, 28 de enero de 1999, 6 de marzo de 2000) puede sentarse que el derecho a la presunción de inocencia no se opone a que la convicción judicial pueda formarse sobre la base de una prueba indiciaria; pero para que esta prueba pueda desvirtuar dicha presunción debe satisfacer las siguientes exigencias constitucionales: los indicios han de estar plenamente probados -no puede tratarse de meras sospechas- y se debe explicitar el razonamiento en virtud del cual, partiendo de los indicios probados, se ha llegado a la conclusión de que el imputado realizó la conducta infractora; pues, de otro modo, ni la subsunción estaría fundada en Derecho ni habría manera de determinar si el producto deductivo es arbitrario, irracional o absurdo,



es decir, si se ha vulnerado el derecho a la presunción de inocencia al estimar que la actividad probatoria puede entenderse de cargo. En la sentencia constitucional 172/2005, se afirma que por lo que se refiere en concreto al derecho a la presunción de inocencia este Tribunal ha declarado que la presunción de inocencia sólo se destruye cuando un Tribunal independiente, imparcial y establecido por la Ley declara la culpabilidad de una persona tras un proceso celebrado con todas las garantías ( art. 6.1 y 2 del Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales , al cual se aporte una suficiente prueba de cargo, de suerte que la presunción de inocencia es un principio esencial en materia de procedimiento que opera también en el ejercicio de la potestad administrativa sancionadora ( SSTC 120/1994, de 25 de abril, F.2 ; 45/1997, de 11 de marzo , F. 4, por todas). En la citada STC 120/1994 añadíamos que «entre las múltiples facetas de ese concepto poliédrico en que consiste la presunción de inocencia hay una, procesal, que consiste en desplazar el onus probandi con otros efectos añadidos». En tal sentido ya hemos dicho - se continúa afirmando la mencionada Sentencia- que la presunción de inocencia comporta en el orden penal stricto sensu cuatro exigencias, de las cuales sólo dos, la primera y la última, son útiles aquí y ahora, con las necesarias adaptaciones mutatis mutandis por la distinta titularidad de la potestad sancionadora. Efectivamente, en ella la carga de probar los hechos constitutivos de cada infracción corresponde ineludiblemente a la Administración pública actuante, sin que sea exigible al inculpado una probatio diabólica de los hechos negativos. Por otra parte, la valoración conjunta de la prueba practicada es una potestad exclusiva del juzgador, que éste ejerce libremente con la sola carga de razonar el resultado de dicha operación. En definitiva, la existencia de un acervo probatorio suficiente, cuyas piezas particulares han de ser obtenidas sin el deterioro de los derechos fundamentales del inculpado y de su libre valoración por el Juez, son las ideas básicas para salvaguardar esa presunción constitucional y están explícitas o latentes en la copiosa doctrina de este Tribunal al respecto (SSTC 120/1994, de 25 de abril, F. 2 ; 45/1997, de 11 de marzo , F. 4)".

**QUINTO.** En este caso, la CNMC se ha apoyado en la existencia de diversos indicios para concluir que está acreditada la actuación concertada anticompetitiva entre DTS y TESAU que ha sancionado. Y la valoración de esos indicios se recoge en el fundamento de derecho séptimo de la resolución impugnada señalando que:

*"En el presente expediente se analizan dos acuerdos formales entre DTS y TESAU, dos operadores con vínculos estructurales directos e indirectos entre sí en el momento en el que se produjeron las prácticas analizadas, tanto por la participación de TESAU en el capital social y en el Consejo de Administración de DTS, como por la compra de TESAU de bonos obligatoriamente convertibles en capital social de PRISA.*

*El primero de los acuerdos tiene lugar el 10 de agosto de 2012, tras su adjudicación mediante un proceso de subasta, y su objeto consiste en la comercialización en exclusiva de Canal+ Liga de Campeones a TESAU. El segundo, acuerdo con carácter no exclusivo, fue adoptado el día 22 de agosto de 2012 y tenía como finalidad la comercialización de Canal+ Liga.*

Esta Sala coincide con la DC en que ambos acuerdos se enmarcan dentro de una actuación concertada global entre DTS y TESAU, para actuar de forma coordinada en la adquisición, reventa y explotación de derechos audiovisuales de eventos futbolísticos regulares, que ha llevado a que DTS privilegie a TESAU en relación con el resto de operadores de televisión de pago y a que ambos hayan coordinado de facto sus políticas de comercialización minorista de algunos de estos contenidos futbolísticos. Como consecuencia, este tratamiento privilegiado ha limitado la competencia entre DTS y TESAU en la adquisición de contenidos audiovisuales para televisión de pago y ha favorecido a TESAU frente a terceros operadores de televisión de pago en España, lo que a su vez habría reforzado de forma indirecta la posición de TESAU en el ámbito de las comunicaciones electrónicas".

Seguidamente, la CNMC analiza la actuación concertada entre DTS y TESAU en relación con la comercialización mayorista de Canal+ Liga de Campeones. Y entiende que esa actuación es contraria a la competencia destacando:

*"TESAU tuvo conocimiento antes que el resto de operadores de la estrategia de DTS de comercializar los derechos de la Liga de Campeones de manera exclusiva a un operador de comunicaciones electrónicas para que los explotase en el nivel minorista simultáneamente a DTS, ya que la misma fue anunciada en el Consejo de Administración de DTS de 19 de julio de 2012.*

*Asimismo, con anterioridad al vencimiento del plazo para el envío de ofertas, TESAU ya tenía conocimiento de la estrategia de comercialización minorista de su principal competidor en el mercado de televisión de pago y único operador que cuenta con dicho canal entre su oferta, DTS, dado que en la reunión del Consejo de Administración de DTS el 8 de agosto de 2012, se expusieron los precios que DTS preveía fijar, y que finalmente fijó, para Canal + 1, Canal+ Liga de Campeones y Canal+ Liga.*



Por tanto, TESAU contó con más tiempo que el resto de potenciales compradores para evaluar la adquisición de unos activos estratégicos muy costosos y planificar su estrategia comercial, así como con información privilegiada para evaluar las condiciones de rentabilidad y de riesgo de los mismos.

A todo lo anterior habría que añadir el diseño de unas condiciones para la subasta de Canal+ Liga de Campeones que favorecieron a TESAU y limitaron la competencia entre operadores de televisión de pago a la hora de presentar ofertas.

Así, el hecho de que la oferta enviada a los operadores el 30 de julio de 2012, expusiera el interés de DTS de comercializar el Canal en exclusiva a un segundo operador así como que éste estuviera habilitado para prestar un servicio de comunicaciones electrónicas que difundiera canales de televisión de ámbito nacional, impidió acudir a la subasta a agrupaciones de operadores de cable regionales (permitiendo que DTS no aceptara ofertas conjuntas) e imposibilitó que operadores de TDT como MEDIAPRO pudieran acudir a la subasta, cuando este último había explotado dichos activos en el anterior ciclo de explotación.

A ello hay que añadir que las condiciones contemplaban un plazo de sólo 10 días para que los operadores pudieran presentar sus ofertas y exigían la presentación de avales bancarios significativos en un plazo muy breve. Esta Sala considera que en tan corto plazo resulta muy complicado evaluar la inversión, diseñar perspectivas de rentabilidad, formular ofertas y presentar avales bancarios.

Estas limitaciones obstaculizaron el acceso de terceros a estos derechos de retransmisión, minimizando las posibilidades de competencia entre los operadores de televisión de pago. Ello no resulta coherente con la optimización de las inversiones efectuadas por DTS, justificación dada por DTS, dado que al minimizar las posibilidades de competencia en el mercado afectado se reduce la cantidad que podría recaudar.

A ello hay que añadir la rápida reacción de TESAU ante la importante modificación de las condiciones de comercialización minorista del Canal+ Liga de Campeones, que lo ofreció gratuitamente a un bloque significativo de sus clientes, el mismo día en el que DTS la anunció.

Igualmente, ha de tenerse en cuenta que DTS permitió a TESAU que incluyese de facto Canal+ Liga de Campeones dentro de dos de sus tres paquetes de televisión de pago, contratado mayoritariamente por sus abonados de televisión de pago, a pesar de que las condiciones de la subasta no se lo permitían.

Se observa, pues, un alineamiento de las estrategias de comercialización minorista de Canal+ Liga de Campeones por parte de DTS y TESAU. Por otro lado, en la medida en que DTS no puede ofrecer servicios de comunicaciones electrónicas, cabía esperar que aprovechara cualquier oportunidad para diferenciarse de sus competidores. Sin embargo, permitió a su principal competidor, TESAU, replicar su capacidad para emitir todo el fútbol, perdiendo su principal valor añadido. Por ese motivo no tiene racionalidad económica no extenderlo al resto de operadores de televisión para aumentar la capilaridad de su distribución minorista y maximizar sus ingresos.

Tampoco resulta coherente esta comercialización mayorista de Canal+ Liga de Campeones limitada por DTS a un único operador con la comercialización mayorista que DTS hizo de los canales Canal+1 y Canal+ Liga, pues aun teniendo estos canales contenidos con un mayor coste para DTS, su comercialización se abrió a los principales operadores de televisión de pago.

Por todo lo expuesto, de conformidad con el órgano instructor, las actuaciones de DTS y TELEFÓNICA en relación con el Canal+ Liga de Campeones no responden a los patrones habituales de las relaciones entre competidores en el mercado de televisión de pago".

Y en relación con la comercialización del Canal+ Liga, la CNMC señala en la resolución sancionadora que:

"DTS configuró una oferta mayorista de comercialización no exclusiva del Canal+ Liga que contemplaba dos modalidades de distribución: el modelo flexible y el modelo a la carta. En el modelo flexible el operador tenía absoluta libertad para comercializar el canal como parte de su oferta comercial en la forma que estimara más oportuna en todas las modalidades (televisión, internet y móvil) permitiéndose, además, su comercialización autónoma como paquete de entrada. El modelo a la carta, en cambio, limitaba la comercialización del canal a abonados residenciales, siendo contratable únicamente junto con un paquete de canales temáticos comercializado mediante precio, sin que incluyera la distribución por internet o telefonía móvil, salvo que se contrataran dichos derechos por separado. Según DTS el modelo flexible resultaba más ventajoso en tanto que implicaba un menor coste si el operador no disponía de muchos abonados y permitía comercializar el canal de forma autónoma como paquete de entrada. El propio diseño de la oferta tipo y las acciones de DTS en relación con la comercialización del Canal+ Liga revelan que la intención de DTS consistía en permitir que únicamente TESAU accediera a este modelo flexible.





Así lo muestra el hecho de que DTS no permitiera a AOTEC negociar en nombre de sus asociados distintas modalidades de contratación o que no permitiera a OPENCABLE, un operador regional, optar por la aplicación de lo establecido en la cláusula 6. 2.a. alegando que no tenía ningún impedimento legal para ampliar el ámbito territorial de su licencia a todo el territorio nacional. El hecho de que DTS no permitiera a ningún operador acogerse a la modalidad prevista en su oferta para operadores con cobertura regional sería incongruente con el diseño por la propia DTS de dos opciones de remuneración en relación con la distribución del Canal+ Liga en la modalidad flexible. Pero, en todo caso, DTS debería haber planteado este escenario en la propia oferta (estableciendo un coste por abonado -CPA- flexible a partir de un determinado número de abonados que reflejara que el operador había ido más allá de su ámbito regional).

De lo anterior se desprende que DTS diseñó su oferta mayorista del Canal+ Liga de forma que sólo los operadores de televisión de pago de ámbito nacional de mayor tamaño, en particular TESAU, tuviesen la opción real de contratar la modalidad flexible, con un menor pago por abonado a cambio de garantizar una remuneración global muy significativa. Modalidad que, además, es la que permite al operador de televisión de pago ofrecer dicho canal de forma generalizada a todos sus abonados dentro de los paquetes de canales más contratados.

A todo lo anterior hay que añadir que TESAU tuvo conocimiento con anterioridad al resto de operadores de televisión de pago de la intención de DTS de comercializar el Canal+ Liga a nivel mayorista, así como de su precio de venta minorista. Esto se refleja en el hecho de que el 17 de agosto de 2012, cinco días antes de que DTS enviara formalmente la oferta tipo a todos los operadores, incluida TELEFÓNICA, este operador ya anunciaba la comercialización de Canal+Liga en su página web.

Lo anterior también refuerza la tesis de la DC de que DTS habría diseñado una oferta tipo a la medida de TESAU, de manera que TESAU sabía con certeza, con anterioridad al resto de operadores, que firmaría un acuerdo con DTS para la comercialización minorista de dicho canal.

Todo ello ha colocado a TESAU en posición de ventaja competitiva frente a los demás operadores, ya que pudo diseñar una estrategia comercial de explotación y promoción con antelación al inicio de la temporada.

Este tratamiento privilegiado de TESAU por parte de DTS tampoco tiene una justificación objetiva, constituyendo otro indicio de la actuación concertada entre DTS y TESAU en la adquisición, reventa y explotación de derechos audiovisuales de eventos futbolísticos regulares".

Y finaliza la CNMC su argumentación diciendo que:

"Esta Sala considera que ha tenido lugar una actuación concertada global entre DTS y TESAU materializada en un acuerdo tácito global entre los principales competidores en el mercado de televisión de pago para actuar de forma coordinada y, que, por su objeto y sus efectos, tiene aptitud para restringir la competencia, siendo contrario a los artículos 1 de la LDC y 101 del TFUE . Esta actuación concertada ha tenido consecuencias tanto en los mercados de adquisición, reventa y explotación de derechos audiovisuales de eventos futbolísticos regulares como en el de televisión de pago y en el de comunicaciones electrónicas.

En relación con la adquisición y reventa de derechos audiovisuales de eventos futbolísticos, DTS y TESAU renunciaron a competir entre sí. De este modo, reservaron a DTS la adquisición de los contenidos audiovisuales para, posteriormente, que DTS adoptara un sistema de reventa de los mismos dirigido bien a reservar su explotación a DTS y TESAU, en el caso de Canal+ Liga de Campeones, o bien a establecer un sistema de distribución específico para TESAU en el caso de la modalidad flexible de Canal+ Liga. Asimismo, en este último caso, el acceso a la modalidad flexible quedó vedado injustificadamente a terceros operadores de televisión de pago.

Todo ello produjo como resultado una distorsión de la competencia en el mercado de televisión de pago, pues DTS y TESAU han alineado comportamientos competitivos a la hora de comercializar en el nivel minorista contenidos futbolísticos, que son una de las principales variables estratégicas para la adquisición y retención de abonados en el mercado de televisión de pago.

Esta estrategia habría contribuido a su vez a limitar la diferenciación en las ofertas comerciales de televisión de pago de DTS y TESAU, limitando la competencia entre ambas empresas y permitiendo mantener a cada una de ellas el segmento de mercado que ocupaban sin verse atacadas por su principal competidor potencial mientras que, al mismo tiempo, su actuación concertada habría contribuido a reducir la presión competitiva que pudieran plantear terceros operadores de televisión de pago.

A este respecto, debe indicarse que, a pesar de su caída en términos de abonados durante 2014, el ingreso medio por abonado de DTS se ha mantenido significativamente superior al de sus competidores debido, entre otros factores, a la diferenciación de DTS del resto de operadores gracias a una oferta de contenidos audiovisuales exclusivos. Sin embargo, la limitación del crecimiento potencial de DTS como consecuencia de su incapacidad



*de empaquetamiento con servicios de comunicaciones electrónicas, ha obligado a la operadora de televisión de pago a abrir su oferta de contenidos premium a todos los demás operadores, reduciendo parcialmente su elemento diferenciador. La actuación concertada con TESAU ha limitado estos efectos. De esta manera, TESAU ha podido ofrecer en el último ciclo de explotación contenidos como "Canal+ Liga de Campeones" a los que el resto de sus competidores no tuvieron acceso. Este elemento diferenciador, junto a nuevos canales exclusivos de contenido deportivo editados por ella misma (Moto GP y Formula 1), han permitido que TESAU alcance unos ingresos por abonados superiores al resto de los operadores.*

*Adicionalmente, la actuación concertada global entre DTS y TESAU también tendría potenciales efectos restrictivos en el ámbito de las comunicaciones electrónicas, donde también operan la mayoría de los competidores alternativos a DTS y TESAU, pues esta última habría podido utilizar su acceso privilegiado a contenidos futbolísticos para configurar ofertas de triple play (teléfono fijo, banda ancha fija, televisión de pago) y cuádruple play (triple play+ móvil) que difícilmente podrían ser replicadas por sus competidores, y que son demandadas una parte significativa de los usuarios de comunicaciones electrónicas.*

*De este modo, las conexiones entre estos hechos, acreditados en el presente expediente, y la conclusión a la que ha llegado esta Sala -concierto entre empresas- responde a las reglas del criterio humano, dado que derivan de circunstancias que no son propias de la estructura del mercado y que no pueden explicarse por decisiones unilaterales de los operadores, dado que en un mercado regido por la libre competencia sólo pueden ser concebidas desde la concertación".*

Por el contrario, la recurrente señala que los indicios que ha tenido en cuenta la CNMC para sancionarle no permiten desvirtuar el derecho fundamental de la presunción de inocencia ya que, a su juicio, se le ha sancionado en base a meras sospechas y conjeturas por cuanto que la CNMC no ha analizado la racionalidad económica que justificaban las conductas de DTS y de TESAU en el mercado de la adquisición, reventa y explotación de los derechos audiovisuales de las competiciones regulares de fútbol en las temporadas analizadas 2012/2013 a 2014/2015. Y sostiene que no ha existido concertación en la adquisición de los derechos audiovisuales de las competiciones de fútbol de la Liga de Campeones, de la Liga Nacional y de la Copa de S.M. el Rey.

La recurrente apoya esta tesis en el informe pericial aportado como prueba que tiene como título "Análisis económico de la teoría del daño de la Resolución y análisis de los posibles efectos de la supuesta conducta sobre el mercado" emitido por los economistas D. Melchor y D. Moises de la consultora Compass Lexecom quienes aluden a criterios de racionalidad económica para justificar el comportamiento de TESAU en los mercados afectados señalados en la resolución sancionadora.

**SEXTO.** Esta Sala, a diferencia de lo que sostiene el recurrente, entiende que existen indicios y no meras probabilidades que permiten llevar a la convicción razonada de que DTS y TESAU llevaron a cabo una concertación en los mercados de adquisición, reventa y explotación de los derechos audiovisuales de las competiciones de fútbol que fue contraria a la competencia al realizar conductas prohibidas en el artículo 1 de la LDC y en el artículo 1 del TFUE. Y ello porque se produjo un alineamiento en las estrategias empresariales adoptadas por ambas empresas relativas a la comercialización lo que supuso un importante control en el mercado de la televisión de pago y del mercado de las comunicaciones electrónicas que impidió el acceso de terceros operadores toda vez que, DTS favoreció a TESAU en las condiciones fijadas en las ofertas de comercialización para la emisión de los partidos de fútbol de la Liga de Campeones, Liga Nacional y la Copa de S.M. el Rey. Y no apreciamos motivos de racionalidad económica que pudieran justificar el trato privilegiado dado a TESAU frente a terceros operadores cuando su entrada hubiera permitido, precisamente, unas negociaciones más competitivas y más beneficiosas para el mercado y los consumidores.

En definitiva, esta Sala en el examen global, que no aislado, del conjunto de los indicios que la CNMC ha tenido en cuenta nos lleva a concluir, al igual que la resolución sancionadora, que ha existido una actuación concertada contraria a la competencia entre DTS y TESAU que no puede tener amparo en la explicación dada por la recurrente con apoyo en el informe pericial de que ambas empresas han actuado de forma independiente en el mercado al que se han ido adaptando con arreglo a criterios de racionalidad económica. Al contrario, estamos ante actuaciones en las que ambas empresas han salido reforzadas y beneficiadas adquiriendo un control importante en el mercado de la televisión de pago en relación con la comercialización de los derechos audiovisuales de competiciones regulares de fútbol para las temporadas 2012/2013 a 2014/2015 y el mercado de las comunicaciones electrónicas, precisamente, por las conductas concertadas llevadas a cabo, como así veremos.

En este sentido, recordamos que DTS Distribuidora de Televisión Digital, S.A., en las fechas analizadas, era una sociedad encargada de la gestión de la plataforma de televisión de pago por satélite Canal+, plataforma que realizaba emisiones de fútbol de la Liga y la Copa del Rey a través de "Canal+ 1", Canal+ Liga y de la Liga de



Campeones a través del Canal+ Liga de Campeones, además de series y películas de estreno. Y que Telefónica de España, S.A.U. (TESAU), al menos en las fechas analizadas, era una filial al 100% de Telefónica, S.A. y era la compañía de telecomunicaciones líder en España por accesos, incluyendo voz, datos, televisión y acceso a internet. Estaba activa en el sector de la televisión de pago a través de IMAGENIO y sus servicios de televisión móvil, y prestaba servicios mayoristas y minoristas de telefonía fija básica, acceso a internet de banda ancha, telefonía móvil y televisión de pago en España y en la compra de contenidos audiovisuales.

Y las conclusiones anteriormente expuestas se obtienen por esta Sala tras el examen global de los siguientes indicios que entendemos son relevantes de la acreditación de la citada concertación anticompetitiva entre DTS y TESAU:

1. DTS y TESAU compartían intereses económicos. Y ello porque "Telefónica de Contenidos, S.A.U." tenía una importante participación en el capital social de DTS. Así, en el inicio del expediente sancionador, DTS se encontraba bajo el control exclusivo de Prisa Televisión, S.A.U. que disponía del 56% de su capital social. Y, en ese momento, los restantes accionistas de DTS eran Mediaset España Comunicación, S.A. y TELEFÓNICA, con un 22% cada una. Y, además, PRISA TV tenía a su vez el 17,3% del capital social del operador de televisión en abierto MEDIASET. Posteriormente, en fecha 4 de julio de 2014, TELEFÓNICA, S.A. a través de su filial TELEFÓNICA DE CONTENIDOS S.A.U., adquirió el 22% de DTS propiedad de MEDIASET. Y, mediante contrato de compraventa de 2 de junio de 2014 firmado entre PRISA y TELEFÓNICA DE CONTENIDOS, S.A.U. ésta adquirió el 56% del capital social en manos de PRISA., que se sumó al 44% ya controlado por la adquirente. Esta operación de concentración fue notificada a la CNMC que, mediante Resolución del Consejo de la CNMC de 22 de abril de 2015 se autorizó en segunda fase. De este modo, a partir de ese momento, TELEFÓNICA DE CONTENIDOS, S.A.U. adquiere el control exclusivo de DTS. Es cierto que este control exclusivo tiene lugar en el año 2015 - fecha posterior a la de los hechos analizados - pero reafirma que las actuaciones concertadas en los mercados por parte de DTS y TESAU no tenían una justificación racional y económica puesto que compartían importantes intereses económicos, hasta llegar al control absoluto de DTS por parte de Telefónica.

2. Existía un importante cauce de comunicación entre DTS y TESAU por la presencia en el Consejo de Administración de DTS de dos Consejeros representantes de Telefónica de Contenidos, S.A.U. que permitía tener un conocimiento privilegiado de las estrategias comerciales de DTS en los mercados de la adquisición, explotación y comercialización de los derechos audiovisuales de las competiciones de fútbol y más, concretamente, las condiciones que DTS fijó para las subastas de Canal+ Liga de Campeones y para la oferta tipo de Canal+ Liga. Y ese conocimiento privilegiado de TESAU, respecto a los terceros operadores, afectaba a las ofertas que DTS presentó para la adquisición de la explotación de esos derechos, así como a las condiciones de las ofertas que DTS propuso para la comercialización posterior de los mismos a través de terceros operadores, en las que no solo participó TESAU, sino que, además, resultó adjudicataria. Conocimiento previo que permitió a TESAU anticipar la evaluación de la inversión, diseñar perspectivas de rentabilidad, formular las ofertas y presentar los avales bancarios en un plazo de tiempo relativamente breve a pesar de la elevada cuantía de los avales exigidos.

Estos dos factores, compartir tanto intereses económicos como un cauce de comunicación, implican objetivamente un obstáculo para el acceso de terceros a los derechos de retransmisión de los acontecimientos futbolísticos y refuerzan la relevancia estratégica que tenía TESAU en la adquisición de los derechos de comercialización de los derechos audiovisuales futbolísticos que ofertó DTS.

Por el contrario, la recurrente niega que esos datos objetivos permitan alcanzar la conclusión de que han actuado de forma concertada realizando conductas prohibidas en el artículo 1 de la LDC. En este sentido expone que, los dos consejeros de Telefónica presentes en el Consejo de Administración de DTS no acudieron a las reuniones en las que pudieran plantearse conflictos de intereses. Y, además, destaca que la mercantil sancionada ha sido Telefónica de España, S.A.U. (TESAU) mientras que, tanto la participación en el capital social de DTS como los consejeros en el Consejo de Administración de DTS, eran de la mercantil Telefónica de Contenidos, S.A.U.

El Grupo Telefónica, tal como se recoge en la resolución sancionadora, al menos, en las fechas ahora interesadas, estaba constituido por el conjunto de sociedades formado por Telefónica S.A., como sociedad matriz, y sus sociedades filiales y dependientes que eran: (i) Telefónica de España, S.A.U. (TESAU), filial al 100% de Telefónica, S.A., que era la compañía de telecomunicaciones líder en España por accesos, incluyendo voz, datos, televisión y acceso a internet y estaba activa en el sector de la televisión de pago a través de IMAGENIO y sus servicios de televisión móvil y prestaba, además, servicios mayoristas y minoristas de telefonía fija básica, acceso a internet de banda ancha, telefonía móvil y televisión de pago en España y en la compra de contenidos audiovisuales; (ii) Telefónica de Contenidos, S.A.U., era también una filial al 100% de Telefónica, S.A., que se constituyó con la finalidad de organizar y explotar actividades y negocios relacionados con los medios de comunicación y los servicios audiovisuales y multimedia.

Es cierto que "Telefónica de Contenidos, S.A.U." y "Telefónica de España, S.A.U." (TESAU) son empresas con personalidad jurídica independiente, pero no puede obviarse que ambas son filiales al 100% del Grupo Telefónica, que es la matriz. Y ello tiene importancia en el ámbito del derecho de defensa de la competencia ya que todas las empresas-matriz y filiales conforman una única unidad económica lo que implica, salvo que se hubiera demostrado lo contrario, que las filiales no tienen autonomía para tomar decisiones al margen de las adoptadas por el Grupo Telefónica. Es decir, formarían una unidad económica a efectos de la aplicación del derecho de la competencia sin que matriz ni filiales hayan justificado su independencia de comportamiento en el mercado, ni tampoco las filiales entre sí en el ámbito de la adquisición y explotación de contenidos de televisión de pago en España. Y ello es conforme a la jurisprudencia europea consolidada como así se aprecia en la Sentencia del TJCE, de 24 de octubre de 1996, en el asunto C-73/95 P, Viho Europe BV c. Comisión-, que ha sido aplicada por el Tribunal Supremo en diversos pronunciamientos, como así ha tenido lugar en la sentencia de 19 de junio de 2018, recurso núm. 1480/2016.

Y, en esta línea, los consejeros de Telefónica de Contenidos en el Consejo de Administración de DTS lo están como representantes del Grupo TELEFÓNICA con la finalidad de defender los intereses de este Grupo como accionista de DTS. En definitiva, no es posible que esos consejeros puedan actuar de forma aislada al Grupo TELEFÓNICA o que su deber de secreto excluya al Grupo TELEFÓNICA.

Rechazamos igualmente la afirmación de la recurrente cuando niega la existencia del cauce de comunicación al indicar que, aunque los consejeros de Telefónica de Contenidos no participaron en alguna de las reuniones del Consejo de Administración de DTS, como pudo ser la reunión del Consejo de Administración de DTS de 19 de julio de 2012, en la que se trató la explotación de los derechos audiovisuales por parte de DTS de la Liga de Campeones, sin embargo, consta que, en ese caso, delegaron su voto al Presidente lo que demuestra que tenían interés en que saliera reforzada la postura que pudiera plantear DTS.

Y en ese contexto es donde se producen entre DTS y TESAU dos acuerdos: (i) uno, en fecha 10 de agosto de 2012 por el que se adjudica a TESAU la comercialización exclusiva de los derechos audiovisuales del Canal+ Liga de Campeones de DTS y, (ii) otro, con carácter no exclusivo, adoptado en fecha 22 de agosto de 2012 por el que se otorga a TESAU la comercialización de Canal+ Liga.

Y la CNMC señala que "... ambos acuerdos se enmarcan dentro de una actuación concertada entre DTS y TESAU para actuar de forma coordinada en la adquisición, reventa y explotación de derechos audiovisuales de eventos futbolísticos regulares, que ha supuesto un trato privilegiado a TESAU por parte de DTS y una coordinación de facto de sus políticas de comercialización minorista de algunos de esos contenidos futbolísticos.

La DC considera que el trato privilegiado de DTS a TESAU ha limitado la competencia entre ambas en relación con la adquisición de contenidos audiovisuales para televisión de pago y habría favorecido a TESAU frente a terceros operadores de televisión de pago en España, reforzando a su vez su posición en el sector de las comunicaciones electrónicas.

En relación con la comercialización mayorista de Canal+ Liga, la DC expone que en su comercialización mayorista TESAU ha resultado beneficiaria del diseño de la oferta tipo de DTS que incorpora una modalidad de distribución y contraprestación ajustada a las necesidades de TESAU y que DTS hizo inaccesible al resto de operadores de televisión de pago sin causa que lo justificara. A ello añade que TESAU tuvo conocimiento con anterioridad al resto de operadores de la intención de DTS de comercializar el canal a nivel mayorista, así como de su precio de venta minorista, lo que le permitió saber con certeza y antes que el resto de operadores, que firmaría un acuerdo con DTS para la comercialización minorista de Canal+ Liga. De este modo, la DC argumenta cómo DTS y TESAU renunciaron a competir entre sí, reservándose DTS la adquisición de los contenidos audiovisuales, estableciendo posteriormente un sistema de reventa de los derechos dirigido a reservar la explotación de los mismos a DTS y TESAU en el caso de "Canal Liga de Campeones" o a establecer un sistema de distribución específico para TESAU en el caso de la modalidad flexible de Canal+ Liga cuyo acceso se veda a terceros operadores de televisión de pago. Como consecuencia, DTS y TESAU habrían alineado comportamientos competitivos en la comercialización en el nivel minorista de contenidos futbolísticos, principal variable estratégica para la adquisición y retención de abonados. A su vez, habría limitado la diferenciación en las ofertas de televisión de pago de ambos operadores y reducido la presión competitiva de terceros operadores de televisión de pago. Asimismo, la DC subraya que dicha actuación concertada entre DTS y TESAU tendría potenciales efectos restrictivos en el ámbito de las comunicaciones electrónicas en la medida en que TESAU habría podido utilizar su acceso privilegiado a contenidos futbolísticos para configurar ofertas triples play y cuádruple play que difícilmente podrían ser replicadas por sus competidores y que son demandadas por gran parte de los usuarios de comunicaciones electrónicas".

Conclusiones que la CNMC alcanza en virtud de unas consideraciones que, en modo alguno, pueden suponerse ilógicas, irrazonables o carentes de base. Al contrario, esas consideraciones permiten a esta Sala, al igual que la CNMC, concluir que:

- TESAU pudo conocer, antes que el resto de operadores la intención de DTS de comercializar, por una parte, los derechos de la Liga de Campeones de manera exclusiva a un operador de comunicaciones electrónicas para que los explotase en el nivel minorista simultáneamente a DTS y, por otra parte, la comercialización de los derechos de la Liga Nacional y de la Copa de S.M. el Rey. Y ello porque los Consejeros de Telefónica de Contenidos estuvieron presentes, salvo en la reunión del 19 de julio de 2012 en que delegaron el voto en el Presidente de DTS, en las reuniones del Consejo de Administración de DTS de 20 de enero de 2012 y 8 de agosto de 2012 en las que se analizaban las condiciones de las ofertas que DTS iba a ofrecer a terceros operadores, entre ellos TESAU.

- TESAU tuvo también conocimiento con anterioridad al vencimiento del plazo para el envío de ofertas de la estrategia de comercialización minorista que iba a llevar a cabo DTS, su principal competidor en el mercado de televisión de pago y único operador que contaba con dicho canal entre su oferta. Y ello porque en la reunión del Consejo de Administración de DTS celebrada el 8 de agosto de 2012, en la que estaban presentes los consejeros de Telefónica, se expusieron los precios que DTS preveía fijar, y que finalmente fijó, para Canal+ 1, Canal+ Liga de Campeones y Canal+ Liga. De este modo, como dice la resolución, *"TESAU contó con más tiempo que el resto de potenciales compradores para evaluar la adquisición de unos activos estratégicos muy costosos y planificar su estrategia comercial, así como con información privilegiada para evaluar las condiciones de rentabilidad y de riesgo de los mismos"*.

-Destacamos, entre esos indicios que llevan a la concertación, el corto periodo de tiempo fijado por DTS para presentar ofertas a las que, además, exigía la presentación de garantías rigurosas y elevadas (aval a primer requerimiento del 15% del total ofertado por la temporada 2012/2013 emitido por una entidad bancaria de primer nivel y, una vez adjudicado el Canal, en el plazo de 7 días, aval del 100% de la oferta o pago de las tres ediciones por adelantado) suponía que, sólo un operador que hubiera conocido de antemano lo que se iba a ofertar y en qué condiciones podría evaluar la inversión y diseñar perspectivas de rentabilidad, formular las ofertas y presentar los avales bancarios de elevada cuantía. En este sentido destacamos que, DTS lanzó en fecha 30 de julio de 2012 la subasta en relación con Canal+ Liga de Campeones y la oferta de TESAU fue presentada el último día del plazo establecido para ello, el 10 de agosto de 2012. Siendo éste un periodo de tiempo muy corto, no impidió a TESAU una rápida reacción a la intención de DTS de subastar Canal+ Liga de Campeones destacando, además, que TESAU consiguió el aval necesario para acceder a la subasta a 7 días tan sólo de habersele comunicado la oferta. Esta respuesta resulta particularmente rápida si tenemos en cuenta que el plazo era de solo 10 días, plazo muy escaso para presentar una campaña comercial aceptable y obtener un aval por una cuantía tan elevada.

- TESAU resultó beneficiaria en el diseño de la oferta tipo fijada por DTS en la comercialización mayorista de Canal+ Liga de Campeones toda vez que, la misma incorporaba una modalidad de distribución y contraprestación ajustada a las necesidades de TESAU. De tal modo que, DTS la hizo inaccesible al resto de operadores de televisión de pago sin que ello obedeciera a una causa objetiva y justificada. Estas razones que expone la CNMC se detienen, por ejemplo, en el hecho de que, aunque el Consejero Delegado hubiera tomado unilateralmente la decisión de sacar a subasta el Canal+ Liga de Campeones, ello no demostraría que tal decisión no hubiera sido adoptada teniendo en cuenta las opiniones del resto de consejeros, ni tampoco que éstos no estuvieran al tanto de las condiciones de la misma. También alude la CNMC, en cuanto al contenido de la reunión del Consejo de Administración de DTS de 19 de julio de 2012, a los objetivos para Canal+ que se fijaron en el tercer punto del Orden del día, destacando el hecho de que se fijaran precisamente como "objetivos" y no como posibilidades. Razona al respecto la CNMC que, en tanto que objetivos, formaban parte de la estrategia comercial de DTS. Y, en virtud de lo dispuesto en el párrafo 18 de la Comunicación de la Comisión relativo a las normas de acceso al expediente de la Comisión en los supuestos de aplicación de los artículos 81 y 82 del Tratado CE, los artículos 53, 54 y 57 del Acuerdo EEE, y el Reglamento (CE) no 139/2004 del Consejo, debe considerarse información estratégica: *"Como ejemplos de información que puede considerarse secreto comercial cabe citar (...) la estrategia comercial (...)"*.

Asimismo, consta en el Acta del Consejo de Administración de DTS de la reunión celebrada el 8 de agosto de 2012 que el Consejero Delegado expuso los precios previsibles para el Canal+ Liga de Campeones. Y esos mismos precios fueron los que aparecen reflejados en el Informe que se adjunta al Acta "Canal+ Fútbol T12/13-T14/15" como parte de la oferta comercial de DTS. Y, de hecho, ése fue el precio que aplicó a este Canal según la campaña comercial que lanzó el 20 de agosto de 2012. Por tanto, de acuerdo con el citado párrafo 18 de la Comunicación de la Comisión, dicha información también es susceptible de ser considerada secreto comercial y como tal información privilegiada.



En definitiva, las conclusiones de la CNMC se sustentan en que, si bien las promociones iniciales de DTS y TESAU no eran idénticas, sí resultaban muy similares, pues DTS la ofrecía por 8,95 euros, mientras que TESAU lo hacía por 8,90 Euros, encontrándose ambas ofertas limitadas en el tiempo pues DTS ofrecía su promoción del 50% de la tarifa hasta el 31 de enero de 2013, mientras que TESAU ofrecía el canal gratuitamente hasta el 1 de octubre de 2013. Y relata también la CNMC que esta situación cambió a partir del 12 de septiembre de 2012, en que DTS anunció que pasaba a ofrecer gratuitamente el canal para todos sus abonados a Canal+ 1 y paquetes superiores hasta el 31 de julio 2013, y horas después TESAU informaba en su web corporativa que los clientes de IMAGENIO FAMILIAR e IMAGENIO DEPORTES disfrutarían del Canal+ Liga de Campeones sin coste adicional hasta final de la temporada. Destaca también la CNMC como "verdaderamente relevante" que, con independencia de lo que anunciaran en un primer momento ambos operadores, lo cierto es que tanto DTS como TESAU extendieron sus ofertas hasta la temporada 2013/2014. De hecho, en los documentos que aportó DTS a su escrito de alegaciones podría comprobarse cómo tanto DTS como TESAU ofrecían gratuitamente Canal+ Liga de Campeones hasta final de 2014, lo que vendría a contribuir a la apreciación de que existía una concertación entre ambos. Conclusión que, a juicio de esta Sala, tiene en las circunstancias expuestas una base objetiva y razonable integrando una prueba indiciaria que contribuye de manera cierta a presumir la existencia del acuerdo que se sanciona.

-Respecto al Canal+ Liga, TESAU aceptó la oferta tipo de DTS el mismo día en que le fue notificada, acogiéndose a la modalidad flexible y logrando, además, que DTS efectuara determinadas modificaciones a la misma, mientras que el resto de operadores se vieron obligados a negociar la misma durante los dos meses siguientes, sin posibilidad de ofertar el servicio en el periodo más importante para la captación de abonados. Así, en la reunión del Consejo de Administración de DTS de 19 de julio de 2012 (a la que no asistieron los dos Consejeros de TELEFÓNICA DE CONTENIDOS, pero delegaron su representación en el Presidente) se trataron los objetivos de DTS en relación con la explotación de los derechos audiovisuales de Liga y Copa para las temporadas 2012/2013 a 2014/2015, entre los que figuraba la distribución mayorista del Canal+ Liga: "Multidistribuir Canal +1 y Canal+ Liga en todas las plataformas". Posteriormente, el 22 de agosto de 2012 DTS envió una oferta de comercialización no exclusiva de la oferta mayorista de Canal+ Liga a terceros operadores (Telefónica de España, S.A.U. Cableuropa, S.A.U., France Telecom España, S.A., Euskaltel, S.A., Telecable Asturias, S.A.U., R Cable y Telecomunicaciones Galicia, S.A. así como a las asociaciones de operadores de cable independientes ACUTEL, AOTEC e ISECA). Oferta que contemplaba dos modalidades de distribución y contraprestación, modelo flexible y modelo a la carta. Y el único operador que se acogió a la modalidad flexible fue TESAU.

La CNMC, acogiendo la propuesta de la Dirección de Competencia respecto de la comercialización mayorista de Canal+ Liga, concluye que TESAU resultó beneficiaria del diseño de la oferta tipo de DTS que incorporaba una modalidad de distribución y contraprestación ajustada en particular a sus necesidades y que, al propio tiempo, la hacía inaccesible de manera injustificada al resto de operadores de televisión de pago.

Se ha acreditado que TESAU tuvo conocimiento antes que dichos operadores de la intención de DTS de comercializar el canal a nivel mayorista, así como de su precio de venta minorista, lo que le habría permitido saber con certeza, y antes que el resto de operadores, que firmaría un acuerdo con DTS para la comercialización minorista de Canal+ Liga.

La conclusión, en cuanto a este extremo, se refuerza en la resolución al destacar que "*... TESAU ha podido modificar de facto las condiciones de comercialización minorista establecidas tanto en la subasta que lanzó DTS como en el contrato que firmaron ambos operadores el 22 de agosto de 2012, sin que ello haya provocado ninguna protesta por parte de DTS. A ello hay que añadir que dichas modificaciones se han producido de forma paralela e inmediata a las modificaciones que DTS había introducido en su oferta minorista, lo que acredita el incumplimiento por parte de TESAU de las condiciones establecidas por DTS en la subasta y, consecuentemente, la distorsión del resultado de esta última*".

No es creíble, en definitiva, que se produjera esa hermeticidad en la información obtenida en las reuniones del Consejo de Administración de DTS, teniendo en cuenta, sobre todo, el desarrollo de los hechos, que contribuye de manera indefectible a considerar que TELEFÓNICA DE CONTENIDOS conocía puntualmente lo tratado en el Consejo de Administración de DTS al menos en cuanto a lo que ahora examinamos.

A partir de esos indicios tiene sentido que DTS facilitara a TESAU tanto la participación en la subasta que DTS iba a convocar para la comercialización del Canal + Liga de Campeones al exigir que debía ser un operador de ámbito nacional que operara en el mercado de la televisión de pago y de las comunicaciones electrónicas; así como en las condiciones ofrecidas por TESAU para la comercialización por parte de DTS del Canal + Liga.

Además, únicamente la existencia de un conocimiento previo puede justificar la rápida reacción de TESAU a la intención de DTS de

subastar Canal+ Liga de Campeones y distribuir Canal+ Liga a nivel mayorista.



Las explicaciones alternativas propuestas por TESAU en su demanda, dirigidas a desvirtuar extremos concretos de los reflejados en la resolución no consiguen, a juicio de la Sala, y en el ejercicio de las facultades que le corresponden en orden a la libre valoración de la prueba, desvirtuar la conclusión alcanzada.

En definitiva, la necesaria valoración conjunta de todos esos indicios que, si bien aisladamente considerados pudieran merecer una interpretación distinta, cuando son contemplados de manera global conducen inequívocamente a la convicción de que existieron los acuerdos entre DTS y TESAU que están en la base de la infracción sancionada. Esta Sala coincide con la CNMC en que efectuado el análisis de forma global de todos los indicios permiten concluir en la existencia de una actuación concertada entre DTS y TESAU en los mercados aludidos que ha sido contraria a la competencia en las actuaciones y decisiones adoptadas por cada una de ellas, así como en relación con otros operadores que han visto limitadas sus posibilidades de acceso a esos mercados por la actuación concertada entre DTS y TESAU para distorsionar la competencia efectiva en los mercados afectados. Actuaciones concertadas que perseguían una finalidad anticompetitiva ya que no se ha aportado una explicación alternativa razonable que pudiera explicar esa actuación concertada entre DTS y TESAU que excede de la que es propia de una actuación independiente en el mercado. Al contrario, el conjunto de los indicios que ha relatado la CNMC en la resolución sancionadora, y que esta Sala comparte, solo permiten una explicación y es que actuaron de forma concertada para incrementar el poder económico y de control que cada uno de ellos tenía en un mercado diferenciado para alcanzar así de forma conjunta un poder que impidiera la competencia de terceros operadores, especialmente en el mercado de la comercialización de la explotación de los derechos audiovisuales de fútbol. Actuación concertada que, a diferencia de la recurrente, no entendemos como una actuación competitiva normal en los mercados afectados.

Y la CNMC concluye que: *"Así, se han producido efectos restrictivos de la competencia en tres niveles diferentes: (i) en la adquisición y reventa de derechos de retransmisión de fútbol; (ii) en la provisión de contenidos de televisión de pago; y (iii) en el mercado de las comunicaciones electrónicas. Así, en relación con la adquisición y reventa de derechos de retransmisión de fútbol, la competencia entre DTS y TESAU ha resultado distorsionada en la medida en que ambos operadores han renunciado a competir entre sí en la adquisición de estos derechos: DTS los adquirió para, más tarde, revenderlos a TESAU. En el caso de Canal+ Liga de Campeones a través de una subasta lanzada por DTS cuyas condiciones limitaron la competencia entre operadores de televisión de pago favoreciendo a TESAU que contó con más tiempo que el resto de operadores para evaluar y planificar su estrategia comercial además de con información previa confidencial. Y, en el caso de Canal+ Liga a través del diseño por parte de DTS de una oferta tipo ajustada a las necesidades de TESAU, dado que sólo los operadores de televisión de pago de ámbito nacional de mayor tamaño disponían realmente de la opción de contratar la modalidad flexible, con menor pago por abonado, lo que excluía al resto de operadores del mercado de la televisión de pago. A ello hay que añadir que también en este último caso, TESAU tuvo conocimiento con anterioridad al resto de operadores de la intención de DTS de comercializar el Canal+ Liga a nivel mayorista, así como su precio de venta minorista.*

*En cuanto a la prestación de contenidos de televisión de pago, DTS y TESAU han coordinado su comportamiento al comercializar a nivel minorista contenidos futbolísticos, limitando la diferenciación de sus ofertas y la reducción de la presión competitiva ejercida por otros operadores. De este modo, aunque las empresas aleguen que existen otras diferencias entre las ofertas, la identidad sustancial en uno de los elementos clave de la televisión de pago, cual es el fútbol televisado, conduce a una configuración del mercado ajena a la competencia, con un respeto absoluto a las cuotas de mercado alcanzadas por los dos operadores implicados.*

*El hecho de que TESAU conociera de forma previa los precios de venta minorista de DTS tanto para Canal+ Liga de Campeones como Canal+ Liga ha contribuido a ello.*

*Y, en el mercado de las comunicaciones electrónicas, donde la mayor parte de los competidores de DTS y TESAU están activos, TESAU se ha beneficiado de su posición privilegiada en el mismo para la adquisición y comercialización de contenidos de fútbol en paquetes junto con telefonía fija y móvil y acceso a internet de banda ancha.*

*La actuación concertada de DTS y TESAU ha tenido efectos negativos en los consumidores, principalmente en el mercado de la televisión de pago, en la medida en que ambas han alineado comportamientos competitivos en la comercialización minorista contenidos futbolísticos, principal variable estratégica para la adquisición y retención de abonados, lo que ha conllevado que los consumidores hayan visto reducidas las ofertas de televisión de pago en relación con los contenidos futbolísticos mientras se mantenía el status quo entre ambas.*

*Sobre la alegación de DTS relativa a que es posible competir en el mercado de la televisión de pago sin contar con los derechos de la Liga de Campeones, esta Sala insiste en que no es el Canal de Liga de Campeones el que da ventaja competitiva a TESAU. En contra de lo que ambas han alegado, dicha ventaja se la da el marco general*



de concertación entre DTS y TESAU, en la medida en que les ha permitido seguir políticas comerciales minoristas muy similares en el mercado de la televisión de pago, así como excluir y diferenciarse de otros competidores.

Si bien, como indica la DC, no es posible cuantificar los anteriores efectos en la medida en que la evolución del número de abonados y las cuotas de DTS y TESAU en el mercado de televisión de pago desde agosto de 2012 hasta la actualidad se ha visto afectada por diversos factores como la subida del IVA de televisión de pago del 8% al 21% en el verano de 2012 y la evolución de las estrategias comerciales de empaquetamiento de televisión de pago con servicios de comunicaciones electrónicas, entre otros.

No obstante, prueba de dicha concertación es que mientras que TESAU perdía abonados y cuota de mercado, el principal beneficiario de ello resultaba ser DTS y no ninguno de los otros operadores del mercado de la televisión de pago. Las alegantes aluden a esas pérdidas de abonados y cuota que han sufrido, sin embargo, se olvidan de relacionarlas entre sí. De este modo, mientras TESAU perdía abonados en el tercer y cuarto trimestre de 2012 y primero y tercero de 2013, DTS resultaba ser el operador con mayor número de abonados en esas mismas fechas (...). En el cuarto trimestre de 2013, en cambio, cuando DTS empezaba a perder abonados, TESAU incrementaba su número. Por el contrario, en ninguno de dichos períodos se puede hablar del incremento de cuota y/o abonados de otros operadores, como se puede observar en el cuadro anterior, en contra de lo alegado por las imputadas.

En cuanto a la alegación de TESAU acerca de que en el mercado de comunicaciones electrónicas no pueden darse efectos restrictivos en tanto que el driver fundamental es la banda ancha y no la oferta de contenidos, esta Sala coincide con lo expuesto por la DC. Así, considera que los contenidos Premium son una variable estratégica clave en el contexto actual de despliegue y comercialización de las redes de fibra óptica, como evidencian las recientes adquisiciones de contenidos deportivos de TESAU, el interés de los operadores de telecomunicaciones por ofrecer los diferentes canales de DTS o los intentos de TESAU de adquirir el control de DTS que concluyeron con la compra de dicha compañía en junio de 2014, autorizada finalmente por la CNMC en abril de 2015".

Y todo ello produjo como resultado una distorsión de la competencia en el mercado de televisión de pago, pues DTS y TESAU han alineado comportamientos competitivos a la hora de comercializar en el nivel minorista contenidos de competiciones regulares de fútbol, que son una de las principales variables estratégicas para la adquisición y retención de abonados en el mercado de televisión de pago. Esta estrategia habría contribuido, a su vez, a limitar la diferenciación en las ofertas comerciales de televisión de pago de DTS y TESAU, limitando la competencia entre ambas empresas y permitiendo mantener a cada una de ellas el segmento de mercado que ocupaban sin verse atacadas por su principal competidor potencial mientras que, al mismo tiempo, su actuación concertada habría contribuido a reducir la presión competitiva que pudieran plantear terceros operadores de televisión de pago. A este respecto, debe indicarse que, a pesar de su caída en términos de abonados durante 2014, el ingreso medio por abonado de DTS se ha mantenido significativamente superior al de sus competidores debido, entre otros factores, a la diferenciación de DTS del resto de operadores gracias a una oferta de contenidos audiovisuales exclusivos. Además, TESAU ha podido ofrecer en el último ciclo de explotación contenidos como "Canal+ Liga de Campeones" a los que el resto de sus competidores no tuvieron acceso. Este elemento diferenciador, junto a nuevos canales exclusivos de contenido deportivo editados por ella misma (Moto GP y Formula 1), han permitido que TESAU alcance unos ingresos por abonados superiores al resto de los operadores.

Adicionalmente, la actuación concertada global entre DTS y TESAU también tendría potenciales efectos restrictivos en el ámbito de las comunicaciones electrónicas, donde también operan la mayoría de los competidores alternativos a DTS y TESAU, pues esta última habría podido utilizar su acceso privilegiado a contenidos futbolísticos para configurar ofertas de triple play (teléfono fijo, banda ancha fija, televisión de pago) y cuádruple play (triple play+ móvil) que difícilmente podrían ser replicadas por sus competidores, y que son demandadas por una parte significativa de los usuarios de comunicaciones electrónicas.

En consecuencia, esta Sala, en el ejercicio de sus facultades sobre libre valoración de la prueba, concluye que existen indicios suficientes de la responsabilidad de la entidad actora en la actuación concertada anticompetitiva imputada y que la actora no ha desvirtuado porque no es convincente la explicación económica que recogen los peritos de la parte actora en el informe emitido para justificar el comportamiento sancionado al hablar de racionalidad económica.

**SÉPTIMO.** Finalmente, y de forma subsidiaria, la entidad actora señala que el sistema de determinación de la sanción no se ajusta a derecho puesto que la CNMC debería haber tomado en consideración, razonadamente, los criterios establecidos en el artículo 64 de la LDC para la determinación del importe de las multas, denunciando por ello la falta de motivación suficiente de la sanción, así como la vulneración del principio de proporcionalidad.





Sobre tal cuestión ha de decirse que el sistema seguido en este caso por la CNMC para cuantificar las multas es el mismo que ha aplicado en otros asuntos análogos y que ha sido ya enjuiciado por esta Sala en pronunciamientos anteriores. Tiene su origen en el criterio fijado por el Tribunal Supremo en la sentencia de 29 de enero de 2015, recurso núm. 2872/2013, en la que se entiende que la expresión "volumen de negocios total" del artículo 63.1 de la LDC, como base sobre la que calcular el porcentaje de multa establecido para cada tipo de infracción (hasta un 10% para las muy graves, hasta un 5% para las graves y hasta un 1% para las leves), toma como referencia el volumen de negocios de todas las actividades de la empresa y no exclusivamente el correspondiente al mercado afectado por la conducta.

En este caso, la infracción acreditada se ha calificado como muy grave y, por tanto, puede ser sancionada con una multa de hasta el 10% del volumen de negocios total de la empresa infractora en el ejercicio inmediatamente anterior al de imposición de la multa, esto es 2014.

La CNMC en la resolución impugnada recoge los criterios de graduación del artículo 64.1 de la Ley 15/2007 y así, en cuanto al apartado c), sobre alcance de la infracción, señala que la conducta alcanza todo el territorio nacional, produce efectos sobre el comercio de los estados miembros y afecta asimismo a una multiplicidad de mercados, en los términos en que lo manifiesta la propia resolución. También alude al apartado d) relativo a la duración de la conducta, y pone de manifiesto que *"... la duración de la infracción se ha extendido a tres temporadas completas de competiciones regulares de fútbol, desde la temporada 2012/2013 a la 2014/2015, si bien la mayor intensidad antijurídica se produce al inicio de la temporada 2012/2013, a partir del mes de agosto de 2012 y hasta el inicio del año 2013, tras la diferentes decisiones y acuerdos adoptados por DTS y TESAU en relación a la comercialización de canales de televisión de pago con contenidos futbolísticos"*.

Pondera el hecho de que varios de los denunciantes e interesados en sus alegaciones cuantificaron el impacto y daño producido por la conducta en el mercado de la televisión de pago, destacando que la concertación se produjo entre los dos principales operadores de televisión de pago por ingresos cuya cuota conjunta alcanzaba casi el 82% del mercado.

Y, en el caso de la recurrente, atendiendo a esos datos aplica un tipo sancionador menor del 1% que, entendemos respeta el criterio de la proporcionalidad al tratarse de una infracción muy grave respecto de la cual el tipo sancionador podía alcanzar el 10% del volumen de negocios de la empresa en el año 2014.

Y, además, las razones expuestas en la resolución dan cumplida respuesta a la exigencia a que se refiere el Tribunal Supremo, siendo así que la resolución indica, en aplicación estricta del artículo 64 de la Ley 15/2007, los criterios tenidos en cuenta para fijar el tipo sancionador sin que ello se traduzca en falta de motivación pues, como recuerda la sentencia del TJUE de 22 de octubre de 2015, asunto C-194/14 P, AC-Treuhand AG *"a la hora de fijar el importe de la multa en caso de infracción de las normas en materia de competencia, la Comisión cumple su obligación de motivación cuando indica en su decisión los elementos de apreciación que le han permitido determinar la gravedad de la infracción, así como su duración, sin que esté obligada a indicar los datos numéricos relativos al método de cálculo de la multa (véase, en este sentido, en particular la sentencia Telefónica y Telefónica de España/Comisión, C-295/12 P, EU:C:2014:2062, apartado 181)."*

Por todo lo expuesto, la Sala concluye que la resolución no ha incurrido ni en la falta de motivación ni en la desproporción que denuncia la parte recurrente.

**OCTAVO.** To da vez que se ha desestimado el presente recurso contencioso administrativo ello implica que se impongan a la mercantil recurrente las costas procesales causadas en esta instancia tal como dispone el artículo 139.1 de la LJCA en la redacción dada por la Ley 37/2011, de 10 de octubre.

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

## FALLAMOS

DESESTIMAR el recurso contencioso administrativo núm. **711/2015**, promovido por la Procuradora de los Tribunales Dña. Gloria Teresa Robledo Machuca, en nombre y en representación de la mercantil TELEFONICA DE ESPAÑA, S.A.U. (TESAU), contra la Resolución dictada en fecha 23 de julio de 2015 por la Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia en el expediente sancionador NUM000, DTS DISTRIBUIDORA DE TV DIGITAL, que le impuso una sanción de multa por importe de 10.000.000 euros por la participación en la realización de conductas prohibidas en el artículo 1 de la Ley 15/2007, de Defensa de la Competencia. Resolución que ahora confirmamos por entender que se ajusta al ordenamiento jurídico.

Se imponen a la mercantil recurrente las costas procesales causadas en esta instancia.



La presente sentencia es susceptible de recurso de casación que deberá prepararse ante esta Sala en el plazo de 30 días contados desde el siguiente al de su notificación; en el escrito de preparación del recurso deberá acreditarse el cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 89.2. de la Ley de la Jurisdicción justificando el interés casacional objetivo que presenta.

Así, lo mandamos, pronunciamos y firmamos.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ