

RESOLUCIÓN (Expte. S/436/12 DTS DISTRIBUIDORA DE TV DIGITAL)

SALA DE COMPETENCIA

PRESIDENTE

D. José María Marín Quemada

CONSEJEROS

D^a. María Ortiz Aguilar

D. Fernando Torremocha y García-Sáenz

D. Benigno Valdés Díaz

D^a. Idoia Zenarrutzabeitia Beldarrain

SECRETARIO

D. Tomás Suárez-Inclán González

En Madrid, a 23 de julio de 2015

La Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia ha dictado esta Resolución en el expediente S/436/12 DTS DISTRIBUIDORA DE TV DIGITAL, incoado por la Dirección de Investigación de la extinta Comisión Nacional de la Competencia contra DTS Distribuidora de Televisión Digital S.A., Telefónica de España S.A.U. y Mediaproducción S.L., por supuesta infracción de los artículos 1 y 2 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (en adelante LDC) y de los artículos 101 y 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE).

ANTECEDENTES DE HECHO

1. El 8 de agosto de 2012 tuvo entrada en la extinta Comisión Nacional de la Competencia (CNC) una denuncia presentada de forma conjunta por Cableuropa, S.A.U., Tenaria, S.A., Euskaltel S.A., R Cable y Telecomunicaciones Galicia, S.A. y Telecable Asturias, S.A.U. (en adelante, Operadores de Cable) contra DTS, Distribuidora de Televisión Digital S.A. (DTS) por una supuesta infracción del artículo 2 de la LDC y del artículo 102 del TFUE, en relación con las condiciones de la subasta del canal Canal+ Liga de Campeones.

Asimismo, los Operadores de Cable denunciaban a DTS y Telefónica de España, S.A.U. (TELEFÓNICA), por una infracción de los artículos 1 de la LDC y 101 del TFUE en relación con los acuerdos para la comercialización mayorista del canal Canal+ Liga de Campeones (folios 886 a 1.235).

La anterior denuncia fue complementada con un escrito recibido en la CNC el 13 de agosto de 2012 por los Operadores de Cable a raíz de la adjudicación definitiva de la subasta de Canal+ Liga de Campeones a TELEFÓNICA (folios 1.379 a 1.392).

2. El 22 de agosto de 2012 tuvo entrada en la extinta CNC escrito de denuncia de Mediaproducción, S.L.U. (MEDIAPRO) contra DTS y su matriz Prisa Televisión, S.A.U. (PRISA TV) por una supuesta infracción de los artículos 2 de la LDC y 102 del TFUE, también en relación con la subasta del Canal+ Liga de Campeones.

El 9 de octubre de 2012, MEDIAPRO amplió la denuncia en referencia al anuncio por parte de DTS y TELEFÓNICA de comercializar Canal+ Liga de Campeones gratuitamente y empaquetada con otros canales (folios 1.787 a 1.806).

3. En el marco de lo establecido en el apartado 2 del artículo 49 de la LDC, a la vista de las anteriores denuncias de los Operadores de Cable y de MEDIAPRO y dada la similitud de los hechos denunciados, la extinta Dirección de Investigación (DI), inició una única información reservada bajo la referencia S/0433/12, con el fin de determinar, con carácter preliminar, la concurrencia de circunstancias que justificasen la incoación de expediente sancionador.
4. Con fechas 13 de agosto de 2012 y 26 de octubre de 2012, la extinta DI solicitó a DTS determinada información en el marco del expediente S/0433/12 relacionada con la adquisición y reventa del canal de pago Canal+ Liga de Campeones (folios 1.393-1395 y 1.825-1828). Esta información se recibió en la CNC con fechas 24 de agosto de 2012 y 14 de noviembre de 2012 respectivamente (folios 1.446 y ss; y 1.840 y ss).
5. El 21 de septiembre de 2012, tuvo entrada en la extinta CNC una denuncia presentada por la Asociación Nacional de Operadores de Telecomunicaciones y Servicios de Internet (AOTEC) contra DTS por un abuso de posición de dominio en el mercado de reventa de derechos audiovisuales de Liga y Copa de S.M. el Rey de fútbol y en el mercado descendente de televisión de pago, en relación con las condiciones de comercialización mayorista establecidas por DTS para Canal+ Liga (folios 1 a 30). Esta denuncia fue complementada con escritos recibidos en la CNC el 3 y el 24 de octubre de 2012 (folios 31 a 46; y 815 a 850).
6. Con fecha de 5 de octubre de 2012, tuvo entrada en la CNC una denuncia de France Telecom España, S.A.U. (ORANGE) por una infracción de los

artículos 1 de la LDC y del 101 TFUE contra DTS y MEDIAPRO en relación con el acuerdo alcanzado entre ambos operadores de puesta en común y de explotación de los derechos audiovisuales de la Liga y Copa de S.M. el Rey para las temporadas 2012/2013 a 2014/2015 (folios 47 a 142). Con fecha 12 de febrero de 2013, ORANGE aportó información complementaria ligada a la denuncia presentada (folios 2.742 a 2.757).

Asimismo, ORANGE denunció a DTS y TELEFÓNICA por una infracción de los artículos 1 de la LDC y 101 del TFUE, en relación con posibles acuerdos o actuaciones concertadas en relación con la explotación de los canales Canal+ Liga y Canal+ Liga de Campeones.

Adicionalmente, ORANGE denunció a DTS por una infracción de los artículos 2 de la LDC y 102 del TFUE, en relación con las condiciones de comercialización mayorista de Canal+ Liga.

7. En el marco de lo establecido en el apartado 2 del artículo 49 de la LDC, a la vista de las anteriores denuncias de AOTEC y de ORANGE, y dada la similitud de los hechos denunciados, la DI inició una única información reservada bajo la referencia S/0436/12 con el fin de determinar, con carácter preliminar, la concurrencia de circunstancias que justificasen la incoación de expediente sancionador.
8. Con fecha 17 de octubre de 2012, dada la identidad de los hechos denunciados por AOTEC y ORANGE con las cuestiones investigadas de oficio en el marco de las diligencias previas DP/2012/030, la DI acordó incorporar lo actuado en estas diligencias previas a la información reservada del expediente S/0436/12 (folios 192 a 814).
9. El 5 de diciembre de 2012, en virtud de lo dispuesto en el artículo 29 del Reglamento de Defensa de la Competencia, aprobado por Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero (en adelante, RDC), la DI acordó la acumulación del expediente S/0433/12 al expediente S/0436/12, pasando a tramitarse como un único expediente con el número de referencia S/0436/12.

Asimismo, de conformidad con lo establecido en el apartado 1 del artículo 49 de la LDC, la DI acordó la incoación del presente expediente sancionador contra DTS, TELEFÓNICA y MEDIAPRO por conductas prohibidas en los artículos 1 y 2 de la LDC y los artículos 101 y 102 del TFUE (folios 884 a 888).

En particular, el acuerdo de incoación consideraba que existían indicios racionales de la comisión por parte de DTS de una infracción del artículo 2 de la LDC y del artículo 102 del TFUE, consistente en un abuso de su posición de dominio en el mercado de reventa de derechos audiovisuales de Liga y Copa de S.M. el Rey de fútbol, en particular, a través del establecimiento de condiciones inequitativas y discriminatorias a la hora de comercializar a nivel mayorista el Canal+ Liga.

Igualmente, consideraba que existían indicios de una infracción del artículo 1 de la LDC y del artículo 101 del TFUE, derivada de los acuerdos y actuaciones concertadas entre DTS y TELEFÓNICA a la hora de explotar los canales Canal+ Liga y Canal+ Liga de Campeones, que podrían estar excluyendo injustificadamente a terceros operadores de televisión de pago.

Adicionalmente, el acuerdo de incoación consideraba que existían indicios de una infracción del artículo 1 de la LDC y del artículo 101 del TFUE, derivada del acuerdo de puesta en común y explotación de los derechos audiovisuales de Liga y Copa de S.M. el Rey de fútbol para las temporadas 2012/2013 a 2014/2015 entre DTS y MEDIAPRO, en la medida en que contenía un pacto de no competencia de cara a la comercialización mayorista de canales de televisión de pago con contenidos de Liga y Copa de S.M. el Rey de fútbol, que restringía la competencia y podía no estar justificado objetivamente.

En este acuerdo de incoación, además, se reconoció la condición de interesado en el expediente de referencia de Cableuropa, S.A.U., Tenaria, S.A., Telecable Asturias, S.A.U., R Cable y Telecomunicaciones Galicia, S.A., Euskaltel S.A., Asociación Nacional de Operadores de Telecomunicaciones y Servicios de Internet y France Telecom España, S.A.U.

10. El 18 de diciembre de 2012, tuvo entrada en la extinta CNC escrito de denuncia de TV OUTSOURCING, S.L. en relación con una supuesta negativa de suministro de DTS del Canal+ Liga (folio 2.077 a 2.116), que fue incorporada al expediente S/0436/12.

El 21 de diciembre de 2012, la DI requirió información a TV OUTSOURCING en relación con los actos denunciados. Su respuesta tuvo entrada en la CNC el 3 de abril de 2013 (folios 3.324 a 3.444).

11. En el marco del expediente S/0436/12, la DI realizó diversos requerimientos de información: a DTS -con fechas 29 de octubre de 2012 (folios 851 a 855), 16 de enero de 2013 (folios 2.137 a 2.139), 8 de febrero de 2013 (folios 2.733 a 2.735), y 17 de mayo de 2013 (folio 3.499)-; a TV OUTSOURCING -el 21 de diciembre de 2012 (folios 2125 a 2126)-; a MEDIAPRO -con fecha 16 de enero de 2013 (folios 2.140 a 2.142)-; y a TELEFÓNICA -con fecha 8 de febrero de 2013 (folios 2.738 a 2.740)-.

Las respuestas de DTS tuvieron entrada en la CNC los días 16 de noviembre de 2012 (folios 878 a 883), 1 de febrero de 2013 (folios 2.574 a 2.675), 26 de febrero de 2013 (folios 2.897 a 3.318) y 23 de mayo de 2013 (folios 3.542 a 3.550). La respuesta de MEDIAPRO, el 1 de febrero de 2013 (folios 2.676 a 2.707) y la de TELEFÓNICA, el 20 de febrero de 2013 (2.765 a 2.895).

12. Con fecha de 18 de enero de 2013 (folios 2.149 a 2.274) y 21 de enero de 2013 (folios 2.287 a 2.401), los operadores de telecomunicaciones R Cable y Telecomunicaciones Galicia, S.A. y Telecable Asturias, S.A.U., ampliaron el contenido de su denuncia de 8 de agosto de 2012 para incluir el acuerdo de

DTS y MEDIAPRO de cesión recíproca de los derechos de la Liga y Copa de S.M. el Rey, así como la conducta de DTS en el mercado de reventa del Canal+ Liga, y donde denuncian una práctica de estrechamiento de márgenes.

13. El 3 de mayo de 2013 tuvo entrada un escrito de alegaciones de TELEFÓNICA al acuerdo de incoación (3.448 a 3.454).
14. El 22 de mayo de 2013, la DI resolvió la admisión de la personación en el expediente de referencia en calidad de interesado de TV OUTSOURCING, que había solicitado previamente la condición de interesado (folio 3.505).
15. Con fecha 23 de mayo de 2013, la DI acordó la incorporación al expediente de referencia de determinada información obtenida de internet (folios 3.536-3.540) en relación con los hechos denunciados.
16. El 17 de junio de 2013, la DI formuló Pliego de Concreción de Hechos (PCH), que fue notificado a las partes ese mismo día.

Las alegaciones de los interesados al PCH tuvieron entrada en la CNC entre el 15 y 17 de julio de 2013 (DTS folios 3.866 a 3.919 y TELEFÓNICA folios 3.927 a 4.059; MEDIAPRODUCCIÓN folios 4.061 a 4.071; Operadores de Cable folios 4.133 a 4.179; y ORANGE folios 4.223 a 4.255).

El 2 de agosto de 2013 tuvieron entrada en la CNC alegaciones complementarias de TELEFÓNICA al PCH (folios 4.334 a 4.346).

17. El 17 de junio de 2013, en aplicación del artículo 17.2.d), la DI solicitó informe preceptivo a la Secretaría de Estado de Telecomunicaciones y Sociedad de la Información (SETSI; folios 3.789 a 3.813), suspendiéndose el plazo máximo de resolución del procedimiento de acuerdo con el artículo 37.2.d) de la LDC.

El 3 de julio de 2013 tuvo entrada en la CNC el informe de la SETSI (folios 3.819 a 3.820), lo que reinició el cómputo del plazo para dictar resolución en relación con el expediente de referencia.

18. Con fechas 18 de junio de 2013 (folios 3.816 a 3.817) y 16 de julio de 2013 (folio 4.122) se recibieron en la CNC escritos de DTS con información complementaria.
19. El 15 de julio de 2013, DTS solicitó el inicio de la terminación convencional del expediente sancionador. El mismo fue acordado por la DI, de conformidad con el artículo 39 del RDC, el día 19 de julio de 2013, fecha en la que quedó suspendido el procedimiento en virtud de lo establecido en el artículo 37.1.g) de la LDC.

El 2 de agosto de 2013 tuvo entrada en la CNC la primera propuesta de compromisos presentada por DTS, que fue desestimada por la DI el 5 de septiembre de 2013 en la medida en que no resolvía adecuadamente los

efectos sobre la competencia derivados de las conductas objeto del expediente.

El 20 de septiembre de 2013, DTS presentó nueva propuesta de compromisos ante la DI, cumplimentada el 2 de octubre con dos modificaciones menores.

El 3 de octubre de 2013, la DI elevó al Consejo de la CNC Informe Propuesta de Resolución en el expediente S/0436/12 DTS DISTRIBUIDORA TV DIGITAL proponiendo la terminación convencional del mismo.

20. Por Orden ECC/1796/2013, de 4 de octubre, se determinó el 7 de octubre de 2013 como fecha de puesta en funcionamiento de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC), en la cual se integran las actividades y funciones de la CNC, en virtud de lo previsto en la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (LCNMC). Asimismo, tal y como se establece en el artículo 19 del Estatuto Orgánico de la CNMC , aprobado por Real Decreto 657/2013, de 30 de agosto, la Dirección de Competencia (en adelante DC) es el órgano encargado de las funciones de instrucción de expedientes, investigación, estudio y preparación de informes de la CNMC en materia de procedimientos de defensa de la competencia, de conductas restrictivas de la competencia y de control de concentraciones regulados en la LDC.
21. Mediante Acuerdo de 29 de abril de 2014, el Consejo de la CNMC concluyó que la terminación convencional y los compromisos presentados no garantizaban suficientemente el interés público, por lo que instó a la DC a continuar el procedimiento sancionador (folios 4707 a 4719). De conformidad con el artículo 12.2. del RDC, este acuerdo reanudó el cómputo del plazo máximo para resolver el expediente de referencia.
22. DTS interpuso recurso contencioso-administrativo ante la Audiencia Nacional (recurso 280/2014) contra el Acuerdo del Consejo de la CNMC de 29 de abril de 2014, actualmente pendiente de sentencia.
23. El 29 de abril de 2014, la Sala de Supervisión Regulatoria, al amparo de lo dispuesto en el artículo 21.2 de la LCNMC, emitió informe favorable en el procedimiento sancionador S/0436/12 DTS DISTRIBUIDORA TV DIGITAL (folios 4772).
24. El 20 de junio de 2014, la Dirección de Competencia (DC) acordó cerrar la fase de instrucción del expediente (folio 4777), notificándose a los interesados entre el 20 y el 25 de junio.
25. El 23 de junio de 2014, la DC dictó Propuesta de Resolución (en adelante, PR; folios 4779 a 4855), que fue notificada a los interesados entre el 23 y el 25 de junio de 2014. Entre el 10 y el 21 de julio de 2014 tuvieron entrada en la CNMC los escritos de alegaciones a la PR de: AOTEC (folios 5202 a 5205),

MEDIAPRO (folios 5206 a 5211), R CABLE Y TELECOMUNICACIONES GALICIA S.A. y TELECABLE ASTURIAS S.A.U. (folios 5215 a 5227), DTS (folios 5241 a 5297), TELEFÓNICA (folios 5298 a 5367), EUSKATEL (folios 5368 a 5372) y ORANGE (folios 5373 a 5415).

26. El 23 de julio de 2014, la DC elevó su Informe y Propuesta de Resolución al Consejo de la CNMC (folio 5418 a 5496).
27. El 6 de noviembre de 2014, la Sala de Competencia del Consejo de la CNMC acordó suspender el plazo máximo para resolver el expediente de referencia hasta la resolución por la Audiencia Nacional de la medida cautelar solicitada por DTS en el recurso contencioso-administrativo 280/2014 (folios 5636 a 5637).

Mediante Auto de 19 de enero de 2015, la Audiencia Nacional denegó la suspensión de la medida cautelar solicitada. La certificación de la notificación del Auto tuvo entrada en la CNMC el 23 de enero, fecha en la que se levantó la suspensión acordada (folio 5655), continuando el cómputo del plazo para dictar Resolución.

28. Con fecha 16 de abril de 2015, la Sala de Competencia del Consejo de la CNMC acordó la remisión a la Comisión Europea de la información prevista por el artículo 11.4 del Reglamento (CE) nº 1/2003 del Consejo, de 16 de diciembre de 2002 relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 101 y 102 del TFUE, la cual tuvo lugar el 17 de abril de 2015 (folio 5668). En esa misma fecha, en cumplimiento del artículo 37.2.c) de la LDC, se acordó suspender el plazo máximo para resolver el presente expediente hasta que por la Comisión Europea se diera respuesta a la información remitida o transcurriera el plazo a que hace referencia el mencionado artículo 11.4 del Reglamento CE 1/2003 (folio 5675).

Transcurrido el plazo de 30 días a que se refiere el último precepto señalado, por Acuerdo de 18 de mayo de 2015, y con efectos desde esa misma fecha, la Sala resolvió levantar la suspensión del cómputo del plazo máximo para resolver el expediente de referencia, lo que se notificó a las partes. La respuesta de la Comisión Europea tuvo entrada en la CNMC el 22 de mayo de 2015 (folios 5674.2).

29. El 22 de abril de 2015, en virtud del artículo 58 de la LDC, el Pleno del Consejo de la CNMC dictó Resolución en el expediente C/0612/14 TELEFÓNICA/DTS, consistente en la adquisición por parte de TELEFÓNICA DE CONTENIDOS, S.A.U. (TELEFÓNICA DE CONTENIDOS) del control exclusivo de DTS, DISTRIBUIDORA DE TELEVISIÓN DIGITAL, S.A. (DTS).
30. El 25 de mayo de 2015 tuvo entrada en la CNMC escrito de MEDIAPRO en el que, en relación con el presente expediente, solicita al Consejo de la CNMC

que considere como circunstancia agravante en el mismo el hecho de que DTS y TESAU han intentado dilatar al máximo el plazo de resolución del presente expediente para poder seguir explotando comercialmente los derechos audiovisuales en España de la Liga de Campeones por las tres temporadas completas.

31. El 2 de junio de 2015, la Sala de Competencia del Consejo de la CNMC acordó requerir a TESAU y DTS información sobre: (i) el volumen de negocios total consolidado de cada una de ellas en 2014; y (ii) el volumen de negocios de las mismas en los mercados afectados, ambos antes de la aplicación del IVA y de otros impuestos. Asimismo, en función de lo establecido el artículo 37.1.a de la LDC acordó la suspensión del plazo máximo, surtiendo efectos la misma a partir del día 8 de junio de 2015, para resolver el presente procedimiento hasta que se aportara la información requerida o transcurriera el plazo concedido para su aportación.

El 17 de junio de 2015 tuvieron entrada en la CNMC sendos escritos de DTS (folio 5728) y TESAU (folios 5729-5730) en los que solicitaban la ampliación del plazo anterior. Mediante Acuerdo de 18 de junio de 2015 (folio 5734) se concedió la ampliación de dicho plazo en 5 días hábiles adicionales.

Aportada la documentación requerida el día 25 de junio de 2015, por Acuerdo de 26 de junio y con efectos de esa misma fecha, la Sala resolvió levantar la suspensión del cómputo del plazo máximo para resolver el expediente de referencia, lo que se notificó a las partes.

32. La Sala de Supervisión Regulatoria informó en su reunión de 16 de julio de 2015.
33. La Sala de Competencia del Consejo de la CNMC deliberó y falló esta Resolución en su reunión del día 23 de julio de 2015.
34. Son interesados:
- DTS DISTRIBUIDORA DE TELEVISIÓN DIGITAL, S.A.
 - TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U.
 - FRANCE TELECOM ESPAÑA, S.A.U. (ORANGE)
 - CABLEEUROPA S.A.U.
 - TENARIA S.A.
 - TELECABLE ASTURIAS, S.A.U.
 - R CABLE Y TELECOMUNICACIONES GALICIA, S.A.
 - EUSKATEL, S.A.

- ASOCIACIÓN NACIONAL DE OPERADORES DE TELECOMUNICACIONES Y SERVICIOS DE INTERNET
- BRITEL OUTSOURCING, S.L.
- MEDIAPRODUCCIÓN, S.L.

HECHOS ACREDITADOS

Las conductas objeto de este expediente han sido valoradas por esta Sala partiendo de los hechos acreditados por la DC de la CNMC y que se transcriben a continuación.

I. LAS PARTES

Son partes interesadas en este expediente sancionador, según la PR, las siguientes empresas y entidades:

1.1. Denunciados

1.1.1. DTS Distribuidora de Televisión Digital, S.A. (DTS)

DTS es una sociedad encargada de la gestión de la plataforma de televisión de pago por satélite Canal+. Esta plataforma realiza emisiones de fútbol de la Liga y la Copa del Rey a través de “Canal+ 1” (un partido de primera división por jornada), Canal+ Liga (ocho partidos de primera división por jornada), y de la Liga de Campeones a través de Canal+ Liga de Campeones, además de series y películas de estreno.

DTS adquirió los derechos audiovisuales de la Liga y la Copa de S.M. el Rey (excepto la final) de varios equipos de Primera División para la temporada 2012/2013 y siguientes.

Al inicio del presente expediente, DTS se encontraba bajo el control exclusivo de Prisa Televisión, S.A.U. (PRISA TV) que disponía del 56% de su capital social (PRISA TV es una filial al 100% de Promotora de Informaciones, S.A. -PRISA-).

En ese momento los restantes accionistas de DTS eran Mediaset España Comunicación, S.A. (MEDIASET) y TELEFÓNICA, con un 22% cada una. PRISA TV tenía a su vez el 17,3% del capital social del operador de televisión en abierto MEDIASET.

El 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.

Por otro lado, 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, autorizó la misma en segunda fase. De este modo, recientemente, TELEFÓNICA DE CONTENIDOS S.A.U. ha adquirido el control exclusivo de DTS.

1.1.2. Grupo Telefónica (GRUPO TELEFÓNICA)

El GRUPO TELEFÓNICA está constituido por el conjunto de sociedades formado por Telefónica S.A. y sus sociedades filiales y dependientes, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 42 del Código de Comercio.

Constituye un grupo integrado y diversificado de telecomunicaciones que opera principalmente en Europa y Latinoamérica. Su actividad se centra en la oferta de servicios de telefonía fija y móvil, banda ancha, internet, datos, televisión de pago y otros servicios digitales.

Está presente en 21 países, con una base de clientes de más de 341 millones de accesos, tiene una fuerte presencia en España, Europa y Latinoamérica, donde concentra la mayor parte de su estrategia de crecimiento. Es la tercera operadora europea por ingresos y la sexta por accesos.

Telefónica es una empresa totalmente privada que cuenta con 1,5 millones de accionistas directos y que cotiza en el mercado continuo de las bolsas españolas y en las bolsas de Londres, Nueva York, Lima y Buenos Aires.

La sociedad matriz dominante del Grupo es Telefónica, S.A.

1.1.2.1. Telefónica, S.A. (TELEFÓNICA)

Es una compañía mercantil anónima, sociedad matriz dominante del Grupo Telefónica. Se fundó en 1924 bajo la denominación de Compañía Telefónica Nacional de España (CTNE), teniendo a su cargo el monopolio del servicio telefónico.

Tras diferentes reestructuraciones accionariales, en 1990 cambió su nombre por Telefónica, S.A. y creó una filial llamada Telefónica de España, que absorbió sus operaciones y actividades en España. Posteriormente adquirió la parte de Telefónica Internacional que no poseía y se fusionó con ésta.

Está activa en el sector de la televisión a través de su negocio IMAGENIO y sus servicios de televisión móvil así como en la compra de contenidos, servicios de contact center y la venta de espacios publicitarios.

1.1.2.2. Telefónica de España, S.A.U. (TESAU)

Es una filial al 100% de Telefónica, S.A. (TELEFÓNICA). TESAU es la compañía de telecomunicaciones líder en España por accesos, incluyendo voz, datos, televisión y acceso a internet. Está activa en el sector de la televisión de pago a través de IMAGENIO (actualmente denominado MOVISTAR TV) y sus servicios de televisión móvil, y presta 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. A finales de 2014 la compañía se convirtió en líder del mercado de televisión de pago con 1,9 millones de clientes y la fibra 100Mb supera el millón de clientes.

1.1.2.3. Telefónica de Contenidos, S.A.U. (TELEFÓNICA DE CONTENIDOS)

Es también una filial al 100% de Telefónica, S.A. (TELEFÓNICA). Fue constituida en julio de 1994 con la finalidad de organizar y explotar actividades y negocios relacionados con los medios de comunicación y los servicios audiovisuales y multimedia.

Como ya se ha comentado, 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, autorizó la misma en segunda fase. De este modo, actualmente TELEFÓNICA DE CONTENIDOS, S.A.U. mantiene el control exclusivo de DTS.

1.1.2.4. Telefónica Cable, S.A.U. (TELEFÓNICA CABLE)

TELEFÓNICA CABLE es un operador que, entre otras actividades, comercializa directamente o a través de otras empresas del Grupo Telefónica en España, servicios de televisión digital de pago a través de diferentes tecnologías, y entre ellos, actualmente, uno bajo la marca "Imagenio Movistar".

El día 26 de julio de 2013, los respectivos socios únicos de Telefónica de España, S.A.U., y de Telefónica Soluciones Sectoriales, S.A.U. y Telefónica Cable, S.A.U., acordaron la fusión por absorción de las dos últimas por parte TESAU, con la consiguiente disolución sin liquidación de las sociedades absorbidas y el traspaso en bloque de todo el patrimonio social de las mismas a favor de la sociedad absorbente.

1.2. Denunciantes

1.2.1. Mediaproducción S.L. (MEDIAPRO)

MEDIAPRO es una sociedad mercantil que pertenece al Grupo Imagina y desarrolla su actividad en los sectores de la producción de contenidos audiovisuales y la gestión de derechos deportivos y cinematográficos, entre otros.

Desde la temporada 2009/2010 gestiona la explotación de los derechos audiovisuales de la Liga y la Copa de S.M. el Rey (excepto la final) de diversos equipos de Primera y Segunda División de fútbol en España.

En la televisión de pago, controlaba el canal temático Gol T, que se ha emitido en Televisión Digital Terrestre (TDT) de pago hasta junio de 2015, dentro del múltiple de TDT correspondiente a Gestora de Inversiones Audiovisuales La Sexta, S.A. (actualmente, Atresmedia Corporación de Medios de Comunicación, S.A.), y que desde septiembre de 2012, en virtud del acuerdo alcanzado con DTS, objeto del presente expediente, ya no se comercializó a las demás plataformas de televisión de pago en España.

1.2.2. France Telecom España, S.A.U. (ORANGE)

Es una compañía de comunicaciones electrónicas controlada por el Grupo France Telecom que ofrece, entre otros, servicios de telefonía fija y móvil, acceso a internet de banda ancha y servicios de televisión de pago.

El 19 de mayo de 2015, la Comisión Europea autorizó la adquisición de Jazztel por parte de ORANGE, supeditándola a una serie de compromisos.

1.2.3. Cableuropa, S.A.U. y Tenaria, S.A.¹, Telecable Asturias, S.A.U., R Cable y Telecomunicaciones Galicia, S.A., y Euskaltel S.A. (Operadores de Cable)

Son operadores que prestan servicios de comunicaciones electrónicas por cable, entre otros, telefonía fija, acceso a Internet de banda ancha y servicios de televisión de pago.

1.2.4. Asociación Nacional de Operadores de Telecomunicaciones y Servicios de Internet (AOTEC)

¹ Filiales controladas por el grupo ONO, cuya cabecera es Grupo Corporativo ONO, S.A.

Es una asociación empresarial formada por más de 90 operadores locales de cable que prestan servicios de comunicaciones electrónicas, entre otros, telefonía fija, acceso a internet de banda ancha y servicios de televisión de pago. Entre otros asociados de AOTEC se puede señalar a Open Cable Telecomunicaciones, S.L. (OPENCABLE), que es un operador de cable regional cuya actividad de prestación de servicios de comunicaciones electrónicas se limita a la Comunidad Autónoma de Valencia.

1.2.5. Britel Outsourcing, S.L. (actualmente, TV OUTSOURCING, S.L.)

Es una empresa distribuidora de canales de terceros que no explota redes de telecomunicaciones ni presta servicios de comunicaciones electrónicas.

II. CARACTERIZACIÓN DEL MERCADO

En el presente expediente, las conductas analizadas 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.

En estos tres últimos mercados, la DC deja abierta su delimitación exacta en tanto que dicha cuestión no afecta a las conclusiones del análisis.

2.1. Mercados de adquisición y reventa de contenidos futbolísticos

Los mercados de adquisición y reventa de los derechos de retransmisión de partidos de fútbol de competiciones regulares en España han sido descritos y delimitados en diversas ocasiones, tanto a nivel comunitario² como por las autoridades de la competencia españolas³.

Los antecedentes citados consideran que se puede definir un mercado más estrecho de adquisición y reventa de derechos de retransmisión en directo de la Liga y la Copa de S.M. el Rey de fútbol frente a los de competiciones europeas (UEFA Champions League y UEFA Europe League). Esta segmentación se justifica sobre la base de que existe incertidumbre sobre qué equipos españoles van a jugar las distintas eliminatorias de las competiciones regulares europeas, y de que, por tanto, los sistemas de comercialización y precios de los derechos audiovisuales nacionales y europeos son diferentes.

El análisis más reciente de estos mercados de adquisición y reventa de contenidos futbolísticos se encuentra en el *INFORME PROPUESTA EN SEGUNDA FASE* del expediente de concentración económica C/0612/14 TELEFÓNICA/DTS, elevado por la DC el 16 de abril de 2015 (en adelante, Informe Propuesta C/0612/14), que se pronuncia en los siguientes términos:

“(603) En el caso de los partidos del Campeonato Nacional de Liga de Primera División y Copa de S.M. El Rey de fútbol, hasta la fecha los derechos se comercializan de forma individual por cada club.

(604) En el caso de los derechos de competiciones deportivas internacionales más importantes, (Copa del Mundo de Fútbol de la FIFA, Champions League, Eurocopa o Juegos Olímpicos) los organizadores de dichas competiciones (FIFA, UEFA y COI) suelen organizar una puja entre los distintos operadores interesados en adquirir estos derechos. Aunque el pliego de condiciones para presentar las ofertas suele ser el mismo para todos los países, en la práctica se negocian por separado los derechos de emisión de cada territorio. El adjudicatario normalmente adquiere en el territorio todos los derechos para emitir los contenidos de la competición en todas las modalidades posibles (televisión, internet, sistema de comunicaciones móviles).

² Expedientes comunitarios AVS I (Asunto IV/36.438 AUDIOVISUAL SPORT) y AVS II (Asunto COMP/37.652). Además, los expedientes comunitarios de conductas restrictivas de la competencia en los casos COMP/C.37.398 UEFA, COMP/38.173 The Football Association Premier League Limited y COMP/37.214 – DFB). También las decisiones de la Comisión Europea en las operaciones de concentración M.4504 SFR /TELE2 FRANCE, M.4066 CVC/SLEC, M.2876 NEWSCORP/TELEpiu y M.2845 SOGECABLE/CANAL SATELITE DIGITAL/VIA DIGITAL.

³ Expedientes de concentraciones N-06094 SOGECABLE/AVS (Informe C 102/06 del TDC), N-280 SOGECABLE/VÍA DIGITAL (Informe C 74/02 del TDC), C/0230/10 TELEINCO/CUATRO y C/0612/14 TELEFÓNICA/DTS; y expedientes de conductas S/0153/09 MEDIAPRODUCCIÓN, S/0006/07 AVS, MEDIAPRO, SOGECABLE, Y CLUBS DE FUTBOL DE 1ª Y 2ª y 319/92 FÚTBOL POR TV del TDC.

(605) Los potenciales demandantes en estos mercados son los operadores de televisión (de pago y en abierto) y los editores de canales. Los operadores de televisión a través de internet (OTT) no suelen ofrecer contenidos deportivos para los que es importante emitir en directo y en condiciones de calidad”.

Asimismo, el *Informe Propuesta C/0612/14* examina también el gasto en adquisición de derechos de emisión en televisión de pago en España de acontecimientos deportivos. Así, en su apartado (521) señala que *“Durante los años 2012 y 2013, los únicos operadores de televisión de pago que adquieren contenidos audiovisuales individuales para emisión lineal son DTS y MEDIAPRO”* y añade a continuación:

“(522) El principal gasto en adquisición de contenidos audiovisuales individuales para su emisión lineal en televisión de pago se dedica a la compra de derechos de retransmisión de contenidos deportivos, especialmente fútbol (100% MEDIAPRO y [80-90%] DTS). DTS dedica también una parte importante del gasto a la adquisición de películas para su emisión lineal en primera ventana. Cabe resaltar que DTS ha adquirido junto a la emisión lineal [CONFIDENCIAL].

(523) Los datos de 2014 y previsión para 2015 confirman la misma composición del gasto y la presencia de TELEFÓNICA como adquirente de contenidos para emisión lineal, tanto de contenidos deportivos como de series de estreno”.

- Liga y Copa de S.M. el Rey

Los sucesivos análisis de las autoridades de competencia españolas han considerado que las actividades de reventa de derechos de retransmisión de los derechos de fútbol de la Liga y Copa de S.M. el Rey forman parte de mercados diferenciados a los de adquisición de estos derechos.

Así, el mercado de adquisición corresponde a la fase mayorista, en la que los clubes son los oferentes mientras que los revendedores, generalmente operadores audiovisuales, son los demandantes. El mercado de reventa, en cambio, corresponde a la fase sucesiva de la cadena de valor, en la que los revendedores u operadores de audiovisuales son los oferentes y la demanda viene dada por el resto de los operadores audiovisuales.

En el presente expediente las conductas analizadas inciden fundamentalmente en este mercado de reventa, en el ámbito nacional. La delimitación de este último se fundamenta en el mayor atractivo de estas competiciones para captar abonados y

espectadores en España, así como las especificidades del sistema de comercialización de estos derechos en España.

El *Informe Propuesta C/0612/14* recuerda, en relación con este mercado, el carácter diferenciado de los derechos de emisión de las competiciones españolas y su afectación por la legislación audiovisual:

“(606) En el caso de los derechos de emisión de la Liga Primera División y Copa de S.M. el Rey de fútbol, que forman un mercado diferenciado del resto de competiciones futbolísticas y son considerados de interés general, la Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de la Comunicación Audiovisual, reserva un partido por jornada a la televisión en abierto, mientras que el resto de partidos son explotados en la televisión de pago.”

“(607) En este mercado la oferta está constituida por los clubs de fútbol, que son los titulares de los derechos de emisión y los venden de forma individual. Dichos derechos para las temporadas 2012/2013; 2013/2014 y 2014/2015 han sido adquiridos por DTS y MEDIAPRO”.

Una de las características más relevantes de este mercado de reventa es que los distintos operadores audiovisuales adquirentes de derechos de retransmisión de Liga y Copa de S.M. el Rey (excepto la final) de fútbol han puesto en común, de forma explícita o tácita, sus derechos audiovisuales para su posterior reventa y explotación en distintos medios audiovisuales, fundamentalmente en televisión en abierto y televisión de pago, tal y como se examinará posteriormente en esta misma resolución y ha sido también analizado en el *Informe Propuesta C/0612/14*:

“(608) Mediante acuerdo de 16 agosto de 2012 DTS y MEDIAPRO pactaron un modelo de explotación conjunta de los derechos audiovisuales de la Liga Primera División y Copa de su majestad el Rey de los clubs de fútbol de los que son titulares.”

“(609) Según este acuerdo, DTS explota los derechos de retransmisión de las competiciones citadas en la televisión de pago en España, excepto en la TDT de pago, cuya explotación corresponde a MEDIAPRO a través del canal Gol TV y con ciertas limitaciones.”

“(610) En todo caso, DTS ha renunciado en la práctica a estas exclusivas, a través de la comercialización mayorista de sus dos canales premium con oferta futbolística nacional (Canal+ 1 y Canal+ Liga). Así, los canales editados por DTS “Canal+1” y “Canal+ Liga” que emiten partidos de la Liga y Copa del Rey de fútbol se emiten también en las plataformas de televisión de pago de sus competidores.”

(611) Los derechos de explotación en abierto corresponden a MEDIAPRO, que ha vendido a MEDIASET los derechos de la Liga de Primera División en abierto hasta la temporada 2014/2015 y a ATRESMEDIA los derechos de emisión de la Copa del Rey. Se excluyen de estas emisiones en abierto algunos de los partidos más relevantes.

(612) Por tanto, tras el acuerdo alcanzado con MEDIAPRO, la oferta mayorista de los derechos de emisión en televisión de pago de estos dos acontecimientos deportivos durante las temporadas 2012/2013 a 2014/2015 está en manos de DTS”.

El Informe Propuesta C/0612/14 también analiza la situación en la que queda el mercado en la temporada 2015/2016:

“(613) De cara a la temporada 2015/2016 y ante la ausencia de la anunciada legislación para la centralización de los derechos de los clubs en la Liga de Fútbol Profesional, se ha iniciado la negociación con los clubs para dicha temporada. Según indica la notificante, MEDIAPRO ha renovado con casi todos los clubs con los que tenía firmados contratos y ha adquirido los derechos de alguno más, como el Atlético de Madrid.

(614) Por su parte, TELEFÓNICA ha adquirido los derechos de emisión en exclusiva de los partidos de Liga Primera División, Liga Segunda División y Copa de S. M. el Rey de fútbol para la temporada 2015/2016 de la Real Sociedad (y una opción de compra para las dos temporadas siguientes) y del Real Club Celta de Vigo y del Fútbol Club Barcelona. Además, a través de la concentración se haría con los derechos del Real Club Deportivo Espanyol en manos de DTS, según afirma MEDIAPRO si bien la notificante no ha confirmado dicha información”.

Finalmente, el Real Decreto-ley 5/2015, de 30 de abril, de medidas urgentes en relación con la comercialización de los derechos de explotación de contenidos audiovisuales de las competiciones de fútbol profesional (en adelante, RD-ley 5/2015) ha establecido las normas para la explotación y comercialización conjunta de los derechos de contenidos audiovisuales de competiciones futbolísticas correspondientes al Campeonato Nacional de Liga de Primera y Segunda División, a la Copa de S.M. el Rey y a la Supercopa de España a partir de la temporada 2016/2017.

No obstante, el análisis de la situación del mercado en las temporadas 2015/2016 y siguientes no corresponde al presente expediente que se limita a las conductas desarrolladas por las empresas investigadas durante las temporadas 2012/2013 a 2014/2015.

- UEFA Champions League y UEFA Europe League

En cuanto a las competiciones europeas, los derechos de retransmisión de la UEFA Champions League y los de la UEFA Europe League son comercializados de forma centralizada por la UEFA, a través de licitaciones. Este papel de la UEFA implica que en este caso no es posible diferenciar entre las actividades de adquisición y reventa de estos derechos, por lo que existiría un único mercado de comercialización de estos derechos.

En lo que respecta a su ámbito geográfico, se considera el europeo dado el sistema de comercialización implantado por la UEFA, sin perjuicio de que el mismo tenga un componente nacional significativo, puesto que las ventas se suelen hacer país a país.

No obstante, la DC considera que las conclusiones del presente expediente no se ven alteradas por la definición última de mercado que se adopte en relación con las competiciones europeas, por lo que su definición en este punto puede quedar abierta.

En relación con estas competiciones europeas, el *Informe Propuesta C/0612/14* destaca la siguiente caracterización del mercado:

“(615) DTS adquirió mediante acuerdo de 4 de febrero de 2011 de manera exclusiva, los derechos de retransmisión en exclusiva para televisión de pago en España de la UEFA Champions League para las temporadas 2012/2013 a 2014/2015 para explotarlos a través de su canal de televisión de pago “Canal+ Liga de Campeones” como parte de su oferta comercial. El partido en abierto para las tres temporadas citadas se retransmite en TVE y TV3.

(616) Los derechos de retransmisión de esta competición europea, así como de la Europa League, para las próximas tres temporadas (2015/2016 a 2017/2018), han sido adquiridos por MEDIAPRO, que ofrecerá en cada jornada los cuatro partidos con participación de equipos españoles, tres de ellos en exclusiva. El cuarto partido se emitirá en el canal de ATRESMEDIA (Antena 3), que ha resultado adjudicataria en la subasta de los derechos para su emisión en abierto.

(617) Los derechos de retransmisión de la Europa League para el periodo 2012/2013 a 2014/2015 fueron adquiridos por MEDIASET para su emisión en abierto (un partido por jornada) y MEDIAPRO tiene los derechos para retransmitir en televisión de pago el resto de partidos”.

2.2. Mercados de explotación de derechos audiovisuales

La actividad de reventa de contenidos futbolísticos incide en la situación competitiva de los mercados aguas abajo, donde se explotan estos derechos, como han venido manteniendo las autoridades de competencia españolas, por todos, en los expedientes C/230/10 TELECINCO/CUATRO, C/0231/10 TELEFÓNICA/PRISA/TELECINCO/DIGITAL+ y C/0612/14 TELEFÓNICA/DTS.

En el presente expediente, esta actividad de reventa incide especialmente en los mercados de televisión de pago y de comunicaciones electrónicas, en la medida en que estos contenidos son activos importantes para poder captar abonados.

Además, las ofertas de triple play (telefonía fija, acceso a Internet de banda ancha y televisión de pago) y cuádruple play (triple play más telefonía móvil) se han convertido en una variable competitiva relevante en los mercados de comunicaciones electrónicas.

Por ello, es necesario examinar la configuración de estos mercados aguas abajo, en la medida en que las conductas investigadas tienen efectos en los mismos y dado que TESAU, DTS y MEDIAPRO son operadores significativos en algunos de estos mercados.

2.2.1. Televisión de pago

En el mercado de la televisión de pago, la oferta está constituida por prestadores de servicios de televisión de pago que transmiten programas codificados que sólo pueden verse mediante abono y previa instalación de determinada infraestructura para la recepción y decodificación de las señales. Los servicios prestados suelen incluir un paquete de canales de base generalista y otros paquetes de canales temáticos con contenidos premium.

En los últimos años este mercado ha sufrido importantes cambios como consecuencia del desarrollo del cable y las plataformas de TV-IP, que se basan en estrategias de empaquetamiento de servicios de comunicaciones electrónicas con televisión de pago, y permiten una mayor interactividad del usuario. Asimismo, recientemente se está expandiendo la TV móvil, si bien esta última todavía tiene una penetración limitada.

La tecnología utilizada es especialmente relevante de cara a comercializar la televisión de pago junto con servicios de comunicaciones electrónicas. Así, mientras que para la televisión de pago por cable o por TV-IP es tecnológicamente factible su oferta en conjunción con estos servicios (telefonía fija, acceso a Internet de banda ancha, telefonía móvil), en la televisión de pago por satélite o la TDT de pago esta opción no existe.

De hecho, la totalidad de los clientes de televisión de pago de TESAU⁴ y de otros operadores de TV-IP adquieren estos servicios empaquetados con productos de comunicaciones electrónicas, y en el caso de los cableros, cerca del 95% de los abonados de televisión de pago la contrataron en conjunción con algún servicio de comunicaciones electrónicas.

La fórmula de empaquetamiento más utilizada fue la de triple play, que combina la televisión de pago con los servicios de telefonía fija y banda ancha fija, si bien es previsible que los paquetes que añaden telefonía móvil vayan cobrando mayor importancia a raíz de las formulas introducidas durante el año 2012 por los principales operadores, que incorporan en una única factura telefonía fija, móvil, acceso a internet de banda ancha y televisión de pago.

En el caso de la TDT de pago, la cobertura es muy elevada y se beneficia de descodificadores simples, pero tiene un número muy limitado de canales por operador. A partir de agosto de 2009 se reguló la TDT de pago, autorizando a cada uno de los operadores privados de ámbito nacional titulares de licencias de TDT a dedicar la mitad de su ancho de banda asignado a difundir servicios de pago. No obstante, si bien en teoría podrían dedicarse a la TDT de pago un número significativo de canales con una elevada cobertura geográfica, la realidad es que al inicio del presente expediente, en 2012, existían únicamente dos canales de TDT de pago, gestionados por MEDIAPRO, Gol T y AXN (actualmente ninguno de los dos se mantiene después de la salida de AXN en marzo de 2014, y de Gol T en julio de 2015).

En el presente expediente se deja abierta la delimitación exacta del mercado de televisión de pago en España, especialmente en cuanto a si la TV móvil forma parte o no de este mercado, en la medida que esta cuestión no afecta a las conclusiones del análisis.

Los precedentes anteriormente citados han considerado que el mercado de televisión de pago tiene una dimensión nacional, entre otras razones, dado que la estrategia competitiva de los operadores suele ser nacional y puesto que las fronteras lingüísticas, culturales y regulatorias tienen un carácter nacional.

En 2012 el principal operador de televisión de pago en España era DTS, con una cuota de mercado según cifras de la Comisión del Mercado de Telecomunicaciones (CMT) del 62% en términos de ingresos, a distancia se situaban ONO y TELEFÓNICA, con cuotas de mercado del 11% y 14% respectivamente.

⁴ De hecho, TELEFÓNICA tradicionalmente no ha comercializado de forma independiente su servicio de televisión de pago, que se debe contratar conjuntamente con servicios de telefonía fija o de acceso de banda ancha desde una ubicación fija.

El Informe Propuesta C/0612/14 recoge la evolución de la televisión de pago desde 2012 a 2014, años durante los que se han desarrollado las prácticas investigadas:

“(386) Como se aprecia en la siguiente tabla, los ingresos de la televisión de pago fueron de 1.716 millones de euros en 2013, lo que representa una ligera caída con respecto al año 2012. Más significativa es la caída en abonados, que sigue una tendencia decreciente desde el año 2011, fecha en la que supera los 4,7 millones de abonados.

INGRESOS Y ABONADOS MERCADO DE TELEVISIÓN DE PAGO EN ESPAÑA POR MODALIDAD DE ACCESO (millones de euros y clientes) a) Sin incluir operadores OTT puros -						
	2011		2012		2013	
	ingresos	Abonados	ingresos	abonados	ingresos	abonados
TV DE PAGO	1.704,0	4.719.038	1.722,6	4.367.229	1.715,9	4.057.626
SATÉLITE	984,5	1.756.185	1.066,9	1.719.811	1.162,2	1.620.632
CABLE	326,4	1.463.995	263,8	1.366.665	237,3	1.236.306
TV-IP	221,9	913.148	247,6	786.586	228,2	817.154
MÓVIL	13,6	200.913	15,6	189.800	13,6	117.957
TERRESTRE	157,6	383.738	126,5	290.246	70,1	237.178
OTT*	-	1.059	2,2	14.191	4,5	28.399

Fuente: CNMCDATA

*Recoge aquellos accesos a servicios de televisión de pago ofrecidos a través de OTT Services que han reportado los radiodifusores de TDT y los operadores de telecomunicaciones que ofrecen servicios audiovisuales a través de plataformas de televisión de pago.

(387) En los años anteriores a la crisis económica, la tendencia general reciente había sido de crecimiento moderado, tanto en ingresos como abonados, gracias principalmente al fuerte desarrollo de la IPTV.

(388) No obstante, la tendencia de crecimiento se ha recuperado a partir de 2014, y en el segundo trimestre de 2014 ya casi se habrían alcanzado niveles del año 2009 en cuanto a número de abonados, si bien no necesariamente acompañada de un crecimiento en ingresos, principalmente como consecuencia de las modificaciones en la política comercial de TELEFÓNICA implementadas en diciembre de 2013.

(389) Como señala el informe del III Trimestre de 2014 CNMC DATA “Los accesos de TV de pago aumentaron un 25,9% respecto a septiembre de 2013, sobre todo los de tecnología IP, por el éxito de los paquetes quíntuples que incluyen el servicio de televisión junto a los de voz y banda ancha fija y móvil.”

(390) La estructura de la oferta del mercado de televisión de pago se recoge a continuación:

INGRESOS Y ABONADOS MERCADO DE TELEVISIÓN DE PAGO EN ESPAÑA POR OPERADOR								
(millones de euros y clientes)								
- Sin incluir operadores OTT puros -								
CLIENTES	2011		2012		2013		IIIT 2014	
DTS	1.756.185	38,9%	1.733.752	41,5%	1.649.031	41,9%	1.674.845	35,6%
TELEFÓNICA	829.864	18,4%	707.278	16,9%	741.126	18,8%	1.576.779	33,5%
DTS+TEL	2.586.049	57,2%	2.441.030	58,4%	2.390.157	60,7%	3.251.624	69,0%
VODAFONE/ONO	931.503	20,6%	872.608	20,9%	789.841	20,0%	775.144	16,5%
ORANGE	68.013	1,5%	70.574	1,7%	76.028	1,9%	88.986	1,9%
TELECABLE	138.351	3,1%	134.456	3,2%	125.953	3,2%	128.910	2,7%
EUSKALTEL	158.284	3,5%	136.186	3,3%	106.768	2,7%	113.222	2,4%
R	94.927	2,1%	103.333	2,5%	98.009	2,5%	91.944	2,0%
Gol TV	384.462	8,5%	290.604	7,0%	237.178	6,0%	237.900	5,1%
RESTO	156.536	3,5%	128.812	3,1%	115.725	2,9%	21.842	0,5%
TOTAL	4.518.125	100,0%	4.177.603	100,0%	3.939.659	100,0%	4.709.572	100,0%
INGRESOS	2011		2012		2013		IIIT 2014	
DTS	984,6	57,8%	1.067,9	61,1%	1.166,20	68,0%	275,9	70,4%
TELEFÓNICA	216,13	12,7%	240,2	13,7%	222,1	12,9%	90,2	12,1%
DTS+TEL	1.200,73	70,5%	1.308,0	74,9%	1.388,3	80,9%	366,1	84,9%
VODAFONE/ONO	222,81	13,1%	184,7	10,6%	149,2	8,7%	32,5	8,3%
ORANGE	9,14	0,5%	12,3	0,7%	14,4	0,8%	32,8	7,6%
TELECABLE	36,59	2,1%	35,1	2,0%	30,1	1,8%		
EUSKALTEL	19	1,1%	18,7	1,1%	19,5	1,1%		
R	22,76	1,3%	21,5	1,2%	16,6	1,0%		
Gol TV	151,88	8,9%	119,5	6,8%	62,1	3,6%		
RESTO	41	2,4%	47,0	2,7%	35,1	2,0%		
TOTAL	1.704	100,0%	1.747	100,0%	1.715	100,0%		

Fuente: CNMCDATA. Los datos de abonados no coinciden con el cuadro anterior en la medida en que el mismo en número de abonados se calcula en función de una media anual, en tanto que en este se ofrecen las cifras al último trimestre del año.

(391) La distribución de los oferentes de televisión de pago por plataformas tecnológicas es la siguiente: satélite (DTS), cable (ONO y los cableros regionales: TELECABLE ASTURIAS, R CABLE y EUSKATEL), IPTV (TELEFÓNICA y ORANGE), y TDT (MEDIAPRO con el canal Gol TV) y por internet pública (servicios OTT de los principales operadores de televisión de pago junto con los OTT puros).

(392) En un análisis por operadores se observa una elevada concentración de ingresos y abonados en los tres principales operadores de televisión de pago que sumaron en conjunto el 85,5% de los abonados y el 93,2% de los ingresos en el tercer trimestre de 2014, si bien se observa un claro predominio por parte DTS en términos de ingresos, que se alza como líder del mercado a mucha distancia de su segundo competidor.

El Informe Propuesta C/0612/14 también analiza la evolución de las contrataciones de pago puntual, PPV (emisión lineal) y TVOD (emisión no lineal) durante los años 2012 a 2014, durante los que se han desarrollado las conductas investigadas:

(403) Como se observa en el siguiente cuadro, el total de pinchazos se ha reducido a la mitad respecto de 2011. Sin embargo hay que precisar que no se debe a una falta de interés en este tipo de formato, sino al cambio en el modelo de comercialización del fútbol a raíz del acuerdo entre DTS y MEDIAPRO. De hecho la demanda de contenidos cinematográficos en la modalidad de “videoclub” sigue una senda de crecimiento.

CONSUMO DE VIDEO BAJO DEMANDA (PPV y TVOD) - NÚMERO DE PINCHAZOS OPERADORES TRADICIONALES DE TV DE PAGO (no incluye OTT puros)				
	2011	2012	2013	I SEM 14
Futbol	1.037.929	156.169	18.529	98.342
<i>DTS</i>	[...]	[...]	[...]	[...]
Películas y Series	8.678.373	6.450.359	5.310.325	2.822.353
<i>DTS</i>	[...]	[...]	[...]	[...]
<i>MOVISTAR</i>	[...]	[...]	[...]	[...]
Otros acontecimientos	637.164	403.646	150.337	39.775
<i>DTS</i>	[...]	[...]	[...]	[...]
<i>MOVISTAR</i>	[...]	[...]	[...]	[...]
Total	10.353.466	7.010.174	5.479.191	2.960.470
<i>DTS</i>	[...]	[...]	[...]	[...]
<i>MOVISTAR</i>	[...]	[...]	[...]	[...]
INGRESOS € DE VIDEO BAJO DEMANDA				
TOTAL INGRESOS	47.040.000€	28.350.000€	26.450.000€	12.790.000€

Fuente: CNMC DATA y notificantes

(406) Como se desprende del anterior cuadro, la evolución del segmento de servicios de televisión de pago OTT que se comercializan de manera independiente a los servicios de acceso de banda ancha fija ha experimentado un crecimiento exponencial, pasando de los [...] millones de euros ingresos en 2012 a los casi [...] millones en 2014. A lo anterior habría que sumarle los ingresos de servicios de televisión de pago OTT de los operadores que no comercializan dicha oferta de manera independiente (4,5 millones de euros adicionales). Según los datos aportados, esta Dirección de Competencia estima que la cuota de los servicios OTT sobre el total de ingresos del mercado de televisión de pago estaría en torno al 1,5-2%.

El Informe Propuesta C/0612/14 resume la situación competitiva de la televisión de pago en 2014 en los siguientes términos:

(417) En resumen, de los anteriores datos y, en particular, de los precios medios significativamente mayores de DTS, se puede deducir que DTS aún dispone de una posición competitiva muy significativa en el mercado de la televisión de pago en España. No obstante, la misma sigue una senda decreciente, lo que le ha obligado a abrir sus contenidos a terceros competidores, a comercializar sus paquetes a través de acuerdos con operadores de comunicaciones electrónicas y a desarrollar su oferta de servicios OTT.

(418) A la vez, se observa cómo TELEFÓNICA se yergue como su principal competidor con una cuota creciente gracias a su fuerte inversión en adquisición de contenidos, una política comercial de empaquetamiento y el desarrollo de una oferta de servicios OTT con contenidos Premium.

2.2.2. Mercados de comunicaciones electrónicas

El empaquetamiento de la televisión de pago con servicios de comunicaciones electrónicas viene siendo una variable competitiva muy significativa en los mercados de comunicaciones electrónicas, especialmente en el segmento residencial.

Adicionalmente, en el contexto de 2012-2015 de despliegue de redes de nueva generación de banda ancha fija (NGN) y cuarta generación de tecnologías de telefonía móvil (4G), la disponibilidad de contenidos audiovisuales atractivos se convierte en una variable clave para generar una demanda de acceso a este tipo de redes y garantizar el retorno de las inversiones realizadas.

Además, conviene tener en cuenta que los clientes de ofertas empaquetadas suelen generar un nivel de ingresos medios mayor al de otros clientes, y permiten obtener importantes economías de alcance de cara a la rentabilización de las

infraestructuras desplegadas. Asimismo, estas ofertas empaquetadas pueden facilitar la fidelización de estos clientes.

Por ello, las conductas analizadas en el presente expediente son susceptibles de afectar a la dinámica competitiva de los mercados de comunicaciones electrónicas minoristas. No obstante, no es necesario definir de forma exacta los distintos mercados de comunicaciones electrónicas minoristas afectados en la medida en que esta cuestión no afecta a las conclusiones del presente expediente.

En cuanto a su ámbito geográfico relevante, los precedentes anteriormente citados también han considerado que los distintos mercados de comunicaciones electrónicas minoristas tiene una dimensión nacional, entre otras razones, dado que la estrategia competitiva de los operadores suele ser nacional y puesto que las fronteras lingüísticas, culturales y regulatorias tienen un carácter nacional.

En el año 2012 en España y según la CMT, TESAU ostentaba una posición de liderazgo en telefonía fija. Su cuota de mercado en términos de ingresos fue de 72%, en banda ancha fija de 38% y en los servicios de telefonía móvil ascendió a 41%.

La evolución de estos mercados durante los años 2013 y 2014 fue también analizada por el *Informe Propuesta C/0612/14* en los siguientes términos:

“(664) En todos los mercados minoristas de comunicaciones electrónicas analizados TELEFÓNICA destaca como primer operador.

(665) Por su parte, VODAFONE/ONO se sitúa como el segundo operador en todos los mercados de comunicaciones electrónicas considerados. VODAFONE, con la adquisición de ONO en 2014, compensó la presencia minoritaria que tenía en los mercados de comunicaciones electrónicas fijas, así como su ausencia del mercado de televisión de pago, en el que no operaba directamente, sino ofreciendo sus servicios de comunicaciones electrónicas empaquetados con la oferta de televisión de pago de DTS.

(666) ORANGE se sitúa como tercer operador en los mercados de comunicaciones electrónicas analizados. Recientemente, ORANGE ha anunciado la adquisición de JAZZTEL mediante oferta pública de acciones, con la intención de que dicha operación se materialice en 2015, la cual reforzará la posición de ORANGE, fundamentalmente en los mercados minoristas de telefonía fija y de banda ancha fija. Dicha operación fue notificada a la Comisión Europea el 20 de octubre de 2014 (expediente número M.7321) y está actualmente siendo analizada por la Comisión Europea en paralelo al presente expediente.

(667) En el mercado minorista de telefonía fija, TELEFÓNICA es el primer operador, con mucha diferencia con respecto al resto, aunque destaca la consolidación de la posición de VODAFONE, gracias a su reciente adquisición de ONO.

(668) En términos de líneas, y segmentando entre líneas residenciales y no residenciales, la estructura del mercado de telefonía fija en 2013 en España es la siguiente:

TELEFONÍA FIJA 2013 EN ESPAÑA (Nº Líneas)						
	Residencial		No residencial		Total	
	Nº Líneas	(%)	Nº Líneas	(%)	Nº Líneas	(%)
TELEFÓNICA	6.799.171	51,9%	4.498.626	74,8%	11.297.797	59,1%
VODAFONE/ONO	2.746.577	21,0%	813.395	13,5%	3.559.972	18,6%
JAZZTEL	1.481.041	11,3%	119.730	2,0%	1.600.771	8,4%
ORANGE	1.390.385	10,6%	228.480	3,8%	1.618.865	8,5%
EUSKALTEL	284.311	2,2%	101.293	1,7%	385.604	2,0%
R CABLE	201.147	1,5%	93.408	1,6%	294.555	1,5%
TELECABLE	102.547	0,8%	37.793	0,6%	140.340	0,7%
RESTO	84.007	0,6%	120.033	2,0%	204.040	1,1%
TOTAL	13.089.186	100,0%	6.012.758	100,0%	19.101.944	100,0%

Fuente: Elaboración propia con datos de CNMC DATA.

(...)

(671) En este mercado la estructura de la oferta en número de accesos del mercado en el año 2013 en España se recoge a continuación:

BANDA ANCHA FIJA 2013 EN ESPAÑA (Nº de accesos)						
	Residencial		No residencial		Total	
	Nº accesos	%	Nº accesos	%	Nº accesos	%
TELEFÓNICA	4.014.429	41,5%	1.697.890	70,8%	5.712.319	47,4%
VODAFONE/ONO	2.182.153	22,6%	308.954	12,9%	2.491.107	20,7%
ORANGE	1.508.108	15,6%	184.435	7,7%	1.692.543	14,0%
JAZZTEL	1.358.164	14,1%	71.657	3,0%	1.429.821	11,9%
EUSKALTEL	215.639	2,2%	44.355	1,8%	259.994	2,2%
R CABLE	168.662	1,7%	45.561	1,9%	214.223	1,8%
TELECABLE	105.699	1,1%	15.995	0,7%	121.694	1,0%
RESTO	110.444	1,1%	29.693	1,2%	140.137	1,2%
TOTAL	9.663.298	100,0%	2.398.540	100,0%	12.061.838	100,0%

Fuente: Elaboración propia con datos de CNMC DATA

(...)

(689) En contrataciones efectivas de servicios de banda ultra ancha fija, la penetración de TELEFÓNICA también ha crecido muy rápido en los últimos meses. En el siguiente cuadro se observa la evolución de la banda ultra ancha y cómo TELEFÓNICA supera a ONO en el tercer trimestre del 2014 en líneas con velocidades superiores a 50 Mbps.

Fuente: CNMC DATA

(...)

(699) En el siguiente cuadro se aprecia la evolución de los paquetes por operador en los últimos años:

ABONADOS PAQUETES CONVERGENTES EN ESPAÑA POR PAQUETES Y POR OPERADOR						
TIPO DE PAQUETE	OPERADORES	2012	2013	I/2014	II/2014	III/2014
DUAL PLAY (Telefonía fija + Banda ancha fija)	TELEFÓNICA	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
	VODAFONE/ONO	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
	ORANGE	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
	JAZZTEL	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
	OPERADORES CABLE	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
	RESTO	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
	TOTAL	7.696.525	4.503.869	4.268.382	3.965.437	3.672.371
TRIPLE PLAY (Telefonía fija + Banda ancha fija + Comunicaciones móviles)	TELEFÓNICA	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
	ORANGE	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
	JAZZTEL	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
	VODAFONE/ONO	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
	OPERADORES CABLE	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
	TOTAL	1.062.107	4.988.640	5.496.882	5.662.213	5.728.316
DUAL PLAY TV (Telefonía fija + TV pago)	VODAFONE/ONO	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
	OPERADORES CABLE	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
	TELEFÓNICA	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
	RESTO	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
	TOTAL	215.791	188.428	181.176	167.973	180.401
TRIPLE PLAY TV (Telefonía fija + Banda ancha fija + Tv pago)	VODAFONE/ONO	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
	TELEFÓNICA	533.760	347.179	186.954	160.252	140.403
	OPERADORES CABLE	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
	ORANGE	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
	RESTO	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
	TOTAL	1.587.621	1.016.748	799.729	721.930	665.117

CUADRUPLE PLAY Telefonía fija + Banda ancha fija + Comunicaciones móviles +TV pago	TELEFÓNICA	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
	VODAFONE/ONO	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
	ORANGE	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
	OPERADORES CABLE	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
	TOTAL	146.132	699.645	1.044.692	1.479.258	1.898.477

DATOS DE BANDA ANCHA FIJA EN ESPAÑA POR VELOCIDAD Segmento Residencial y No Residencial						
OPERADOR	<= 30 Mbps	IV 2012	IV 2013	I 2014	II 2014	III 2014
TELEFÓNICA A	Residencial	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
	No Residencial	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
ORANGE	Residencial	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
	No Residencial	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
VODAFONE/ ONO	Residencial	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
	No Residencial	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
JAZZTEL	Residencial	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
	No Residencial	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
RCABLE	Residencial	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
	No Residencial	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
EUSKALTEL	Residencial	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
	No Residencial	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
TELECABLE	Residencial	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
	No Residencial	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
OPERADOR	> 30 Mbps < 50 Mbps	IV 2012	IV 2013	I 2014	II 2014	III 2014
VODAFONE/ ONO	Residencial	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
	No Residencial	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
TELECABLE	Residencial	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
	No Residencial	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
OPERADOR	>=50 Mbps	IV 2012	IV 2013	I 2014	II 2014	III 2014
TELEFÓNICA A	Residencial	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
	No Residencial	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
VODAFONE/ ONO	Residencial	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
	No Residencial	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
EUSKALTEL	Residencial	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
	No Residencial	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
TELECABLE	Residencial	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
	No Residencial	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
RCABLE	Residencial	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
	No Residencial	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
ORANGE	Residencial	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
	No Residencial	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
JAZZTEL	Residencial	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
	No Residencial	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]

Fuente: Elaboración propia con datos de CNMC DATA

(...)

(707) En el tercer trimestre de 2014 había 1.898.477 abonados al cuádruple play en España, lo que supone el 40% del total de abonados a la televisión de pago (el 43% si tenemos en cuenta sólo los abonados residenciales) y el [60-70]% si descontamos los abonados a la televisión de pago de DTS. De éstos, [...] eran clientes de TELEFÓNICA, lo que representa un [70-80]% de las ofertas cuádruple play”.

III. CONDUCTAS INVESTIGADAS

En el presente apartado se describen los hechos acreditados en el expediente a través de la documentación incorporada al mismo, procedente de las denuncias presentadas ante la extinta CNC por determinados operadores así como por los datos aportados por las empresas a través de los distintos requerimientos de información realizados durante la instrucción.

La DC considera acreditados en la PR los hechos que se exponen a continuación relacionados con: (i) la adquisición de derechos de retransmisión de competiciones futbolísticas; (ii) la comercialización mayorista de contenidos futbolísticos; y, (iii) la comercialización minorista de canales de televisión de pago con contenidos futbolísticos.

3.1. En relación con la adquisición de derechos de retransmisión de competiciones futbolísticas

La DC distingue entre las competiciones europeas de fútbol y la Liga Nacional y Copa de S.M. el Rey.

3.1.1. Competiciones europeas de fútbol

Como se ha expuesto anteriormente los derechos de retransmisión de las competiciones europeas de fútbol organizadas por la UEFA (UEFA Champions League y UEFA Europe League) son comercializados de forma centralizada por la entidad organizadora a través de licitaciones.

Así, en la subasta trianual de la UEFA para la temporada 2009/2010 a 2011/2012, de la Liga de Campeones, se alcanzaron tres acuerdos separados con medios de

comunicación españoles para la venta de derechos de la Liga de Campeones: (i) con RTVE y TV3 para la emisión del partido de los martes, y (ii) con MEDIAPRO los derechos del resto de partidos que no se ven en abierto para su emisión en la televisión de pago, en exclusiva.

Los derechos de explotación audiovisual de la UEFA Champions League (Liga de Campeones) para las temporadas 2012/2013 a 2014/2015 se subastaron en el marco de un proceso de licitación gestionado por la empresa Television Event and Media Marketing AG (TEAM), agente designado en exclusiva por la UEFA a tal efecto, y que estaba dirigido a distintos operadores de televisión de España.

Esta licitación se inició el 3 de enero de 2011 con la remisión por parte de TEAM a los distintos operadores de televisión en cada territorio de la llamada "ISO" (invitation to submit offers), concediéndose el plazo de un mes para la presentación de ofertas.

En el caso de DTS, la ISO fue remitida a sus responsables de contenidos y adquisición de derechos deportivos, según consta en correo electrónico de 3 de enero de 2011 (folio 3.280).

Según DTS, la decisión de concurrir al procedimiento de licitación para la adquisición de tales derechos fue comunicada por su Consejero Delegado en la reunión del Consejo de Administración de la compañía celebrada el 20 de enero de 2011 (folio 3.290). En el acta de esta reunión se recogía que la oferta a presentar se realizaría por este 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 (folio 2901).

El 4 de febrero de 2011,⁵ DTS adquirió formalmente y de manera exclusiva, para las temporadas 2012/2013 a 2014/2015, 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.

En cuanto a los derechos de explotación para la televisión en abierto en España (que permiten la emisión de un partido en abierto por jornada de competición, incluyendo la final de la Liga de Campeones de la UEFA) para las temporadas 2012/2013 a 2014/2015, éstos fueron adquiridos por RTVE y TV3.

Por otra parte, MEDIAPRO adquirió, en exclusiva, los derechos de televisión de pago de la UEFA Europa League (Copa de Europa de la UEFA), para las

⁵ Ver acuerdo suscrito entre DTS y la UEFA con fecha 4 de febrero de 2011, junto con sus adendas fechadas respectivamente el 7 de diciembre de 2011 y el 31 de julio de 2012 (folios 1.541 y ss).

temporadas 2012/2013 a 2014/2015, derechos que antes estaban en manos de DTS, en tanto que MEDIASET se adjudicó los derechos de emisión en abierto de un partido por jornada de competición, incluyendo la final.

MEDIAPRO y TESAU llegaron a un acuerdo en abril de 2013 para la creación de un canal dedicado a la emisión de los partidos de la UEFA Europa League. El canal, producido por MEDIAPRO, emitió los partidos de la competición europea que quedaban de la temporada 2012/2013 (semifinales y finales) y de las dos próximas⁶ (folio 3.539).

3.1.2. Liga Nacional y Copa de S.M. el Rey

En relación con la explotación de los derechos de retransmisión de los partidos de fútbol de Liga y Copa de S.M. el Rey en España durante las temporadas 2009/2010 a 2011/2012, la mayoría de derechos de los clubes de fútbol de primera y segunda división fueron adquiridos por MEDIAPRO.

Por su parte, DTS fue un demandante significativo en el mercado de adquisición de derechos audiovisuales para las temporadas 2012/2013 a 2014/2015.

Concretamente, durante el primer semestre de 2012, DTS firmó contratos con los siguientes diez clubes de primera división para la cesión sus derechos audiovisuales: Club Atlético de Madrid, Club Atlético Osasuna, Getafe Club de Fútbol, Real Club Celta de Vigo, Real Club Deportivo Español, Real Zaragoza, Real Sociedad Club de Fútbol, Real Betis Balompié, Real Club Deportivo Mallorca y Athletic Club de Bilbao.

Durante las temporadas 2012/2013 a 2014/2015, los derechos audiovisuales de los diversos clubes se encontraron en manos de dos operadores, MEDIAPRO y DTS, que alcanzaron un acuerdo para la puesta en común y la explotación de los derechos audiovisuales de la Liga y Copa de S.M. el Rey en agosto de 2012.

3.2. En relación con la comercialización mayorista de contenidos futbolísticos

La DC distingue en la PR entre: (i) el Acuerdo DTS y MEDIAPRO para la explotación conjunta de los derechos de Liga y Copa de S.M. el Rey; (ii) la comercialización mayorista del Canal+ Liga de Campeones y (iii) la comercialización mayorista de Canal+ Liga y “Canal +1”.

⁶ <http://www.abc.es/tv/20130425/abci-mediapro-telefonica-europa-league-201304252034.html>

3.2.1. Acuerdo DTS y MEDIAPRO para la explotación conjunta de los derechos de Liga y Copa de S.M. el Rey

Como ya se ha mencionado, en el ciclo de explotación de las temporadas 2009/2010 a 2011/2012 casi todos los derechos de los clubes de fútbol para la retransmisión de la Liga y Copa de S.M. el Rey se encontraban en manos de MEDIAPRO, lo que permitió a este operador diseñar de forma casi totalmente autónoma su propio sistema de reventa y explotación de los derechos de la televisión de pago.

Dicho sistema permitió que coexistieran en el mercado de televisión de pago durante dichas temporadas, además del partido en exclusiva ofrecido por DTS en “Canal+ 1”, que se comercializaba también a nivel mayorista para su distribución a través de terceras plataformas de televisión de pago excepto en TDT, dos ofertas de canales temáticos de fútbol parecidas: Canal+ Liga y GOL T (editado por MEDIAPRO), si bien Canal+ Liga no podía ser comercializada a nivel mayorista para su distribución a través de terceras plataformas de televisión de pago, al contrario de lo que sucedía con GOL T.

A partir de 2012, los derechos audiovisuales de los diversos clubes ya no se encuentran en manos de un único operador, como ya se ha indicado.

Para las temporadas 2012/2013 a 2014/2015, MEDIAPRO y DTS alcanzaron un acuerdo, el 16 de agosto de 2012, para la explotación de los derechos audiovisuales de la Liga y Copa de S.M. el Rey.

El 16 de enero de 2013, la DI requirió a DTS y a MEDIAPRO que aportasen información detallada sobre el proceso de negociación previo a la firma de dicho acuerdo (folios 2.137 a 2.142).

Según las partes implicadas, las negociaciones comenzaron en enero de 2012, si bien el acuerdo entre ambas no se alcanzó hasta el 16 de agosto de 2012, dos días antes del inicio de la temporada de la Liga 2012/2013.

DTS indicó que con anterioridad al mes de mayo de 2012, las negociaciones entre ambos operadores se llevaron a cabo en reuniones presenciales, sobre las que no existe constancia documental.

Diversos correos electrónicos de 31 de mayo de 2012 (folios 2566 a 2567) muestran que las negociaciones entre ambos operadores se complicaron a raíz de las discrepancias entre DTS y MEDIAPRO en relación con la duración legalmente aceptable de los contratos de los operadores de televisión con los clubes de fútbol.

En la respuesta a los requerimientos de información de la DI, MEDIAPRO y DTS reconocen que en junio de 2012 tuvo lugar un nuevo alejamiento en las posiciones de ambos operadores (folios 2.565 a 2.631 y 2.691 a 2.707). Dicho alejamiento queda de manifiesto en las Actas del Consejo de Administración de

DTS comprendidas entre el 27 de enero y el 14 de diciembre de 2012 (folios 2.925 y ss).

En dichas Actas figura, igualmente, que durante el mes de julio de 2012 se realizaron intercambios de propuestas entre DTS y MEDIAPRO (aunque ninguno de estos operadores ha aportado copias de correspondencia entre ambos en relación con dichas propuestas).

El 30 de julio de 2012, MEDIAPRO remitió a los distintos operadores, incluido DTS, las condiciones generales de la oferta para la autorización de la retransmisión de los canales "Gol T" y "Gol Bar" para las temporadas 2012/2013 y 2013/2014 (folios 2.596 a 2.600).

En el Acta del Consejo de Administración de DTS de 19 de julio de 2012, en el punto tercero del orden del Día, el Consejero Delegado realiza un análisis de la situación de las negociaciones con MEDIAPRO en el que: [CONFIDENCIAL] (folio 3.116).

La oferta aprobada por DTS en dicho Consejo de Administración no prosperó, según el acta del Consejo de Administración de DTS de fecha 8 de agosto de 2012 (folio 3.134). En esta última, el Consejero Delegado, en alusión a las negociaciones con MEDIAPRO, [CONFIDENCIAL] entendiéndose que podría haber acuerdo si la oferta económica era aceptable para MEDIAPRO [CONFIDENCIAL]. Dicha oferta fue comunicada por burofax a MEDIAPRO ese mismo día (folios 2.615 a 2.624).

MEDIAPRO la rechazó mediante burofax y posterior correo electrónico, ambos de 9 de agosto de 2013 (folio 2.625 a 2.630), en tanto que no se planteaba la desaparición de GOL T. A su vez proponía que DTS distribuyera GOL T bajo la marca Canal+ Liga [CONFIDENCIAL].

Mediante correo electrónico de 10 de agosto de 2012, DTS rechazó esta oferta de MEDIAPRO, señalando que las condiciones económicas le resultaban inviables (folio 2.631).

A partir de esta fecha no existe correspondencia escrita entre las partes, que señalan que fue necesaria la intermediación del Secretario de Estado para el Deporte para alcanzar finalmente el 16 de agosto de 2012 un acuerdo para la explotación de los derechos de televisión de la Liga BBVA y de la Copa del Rey para las temporadas 2012/2013 a 2014/2015 (folios 212 a 229).

La DC señala como principales términos del Acuerdo para la explotación de los derechos audiovisuales de la Liga y Copa de 16 de agosto de 2012 firmado por DTS y MEDIAPRO, los siguientes:

- *“Objeto del acuerdo (punto 1): La cesión recíproca entre DTS y MEDIAPRO para la explotación de los derechos de emisión de los partidos del Campeonato Nacional de Liga de Primera y Segunda División (actualmente denominados Liga BBVA y Liga Adelante) y Copa de SM el Rey (excepto la*

final) de los clubes de fútbol de la Liga de Fútbol Profesional relacionados en los Anexos I y II (en adelante los Derechos Audiovisuales LFP) en la forma y con la finalidad que se describe a continuación:

- *MEDIAPRO explotará en exclusiva, con facultad de cesión en exclusiva o no a terceros los "Derechos Audiovisuales LFP" para su explotación a nivel internacional. [...]*
 - *DTS explotará en exclusiva, con facultad de cesión en exclusiva o no a terceros los "Derechos Audiovisuales LFP" para su explotación exclusiva en España en televisión de pago, excluyendo expresamente la explotación de estos derechos a nivel internacional y, en España, en televisión digital terrestre (TDT). [...]*
 - *MEDIAPRO explotará los "Derechos Audiovisuales LFP", en televisión de pago únicamente a través de TDT. [...]*
 - *MEDIAPRO explotará en exclusiva, con facultad de cesión en exclusiva o no a terceros los "Derechos Audiovisuales LFP" para su explotación en España en televisión en abierto⁷.*
- *Duración (punto 2): Tres temporadas 2012/2013, 2013/2014 y 2014/2015*
- *Explotación de los derechos en televisión de pago (punto 4)*

DTS explotará en exclusiva todos los partidos en la televisión de pago, salvo en TDT, en España, de la siguiente forma:

- *DTS se obliga a ofrecer los partidos que adquiere a través de este Acuerdo en condiciones transparentes, objetivas y no discriminatorias a todos los operadores de televisión de pago en España. [...]*
- *DTS emitirá en exclusiva en televisión de pago en su canal actualmente denominado Canal+ 1 un partido por jornada de la Liga BBVA⁸, incluyendo un total de 28 partidos en los que participen el Real Madrid o FC Barcelona. [...] DTS elegirá en todas las jornadas el partido a transmitir en primer lugar. [...]*
- *Ocho partidos de la Liga BBVA por jornada por televisión de pago en el canal temático de deportes actualmente denominado Canal+ Liga, que incluirá en cada jornada, como mínimo, un partido del Real Madrid o del FC Barcelona. [...]*

⁷ Un partido por jornada para su emisión en televisión en abierto, éste no incluirá partidos del Real Madrid y del FC Barcelona ni de equipos que participen en competiciones europeas y su día de emisión será preferiblemente los lunes.

⁸ DTS elegirá en todas las jornadas el partido a transmitir en primer lugar pero no se podrá repetir el mismo enfrentamiento a la ida y a la vuelta de los partidos que disputen el Real Madrid y el FC Barcelona contra el Atlético de Madrid y Valencia. Asimismo un partido por jornada de la Liga Adelante (Segunda división) en el canal actualmente denominado Canal+ 1. DTS elegirá dicho partido en primera elección.

- *Un partido por jornada de la Liga Adelante en el canal actualmente denominado Canal+ 1. DTS elegirá dicho partido en primera elección.*
 - *La totalidad de los partidos del Campeonato de Copa del Rey, excepto el que se emita en abierto. “Canal+ 1” emitirá en cada jornada un partido en primera elección y los restantes partidos, a excepción del partido que se emita en abierto, se emitirán en Canal+ Liga. [...]*
 - *Resúmenes/Highlights: la explotación en exclusiva por parte de DTS de los resúmenes de todos los partidos. [...] Asimismo, DTS podrá explotar en Internet [...]*
- *Explotación de los derechos en televisión en abierto (punto 5): MEDIAPRO explotará en exclusiva en televisión en abierto con facultad de cesión a terceros⁹.*
- *Explotación de los derechos audiovisuales en la televisión en TDT (punto 6)*
- MEDIAPRO dispondrá de los derechos exclusivos de explotación de los Derechos Audiovisuales en Televisión de Pago en TDT en España. Dicha explotación deberá hacerse únicamente a través del canal actualmente denominado "GOL T" para abonados residenciales y deberá limitarse a los siguientes derechos¹⁰:*
- *Los ocho partidos de Liga BBVA a los que tiene derecho Canal+ Liga*
 - *Los partidos de la Copa del Rey a los que tiene derecho Canal+ Liga*
 - *Los resúmenes de todos los partidos [...]*
- *Contraprestación (punto 8): [CONFIDENCIAL]*”.

3.2.2. Comercialización mayorista de Canal+ Liga de Campeones

El 19 de julio de 2012, se reunió el Consejo de Administración de DTS (sin la presencia de los dos Consejeros representantes de TELEFÓNICA DE

⁹ Los siguientes partidos:

- Un partido por jornada para su emisión en televisión en abierto y/o diferido, éste no incluirá partidos del Real Madrid y del FC Barcelona ni de equipos que participen en competiciones europeas y su día de emisión será preferiblemente los lunes. Asimismo, incluye hasta 10 partidos de la Liga Adelante.

- Un partido por jornada para su emisión en televisión en abierto y/o diferido de la Copa del Rey en segunda elección. Los partidos de copa de las eliminatorias de treintaidosavos de final y anteriores, excepto el partido por jornada de Canal+1. Además comercializará los cuatro primeros partidos que dispute el FC Barcelona para su emisión en el ámbito de Cataluña.

- MEDIAPRO dispondrá de Resúmenes/Highlights para su emisión en Televisión en Abierto con una duración máxima de diez (10) minutos por partido.

¹⁰ Se excluye la explotación a través de internet a excepción de Gol Stadium (servicio a través de internet para los abonados de Gol T en TDT). Mediapro abonará el 50% del precio por abonado. En ningún caso el servicio estará disponible para terceros operadores.

CONTENIDOS, que delegaron su representación en el Presidente) para tratar, entre otros asuntos del orden del día, la situación para la explotación de los derechos audiovisuales de Liga y Copa para las temporadas 2012/2013 a 2014/2015.

El presidente de DTS manifestó en dicha reunión que entre los objetivos de DTS figuraba la distribución mayorista en exclusiva del Canal+ Liga de Campeones a un único operador de telecomunicaciones (además de su emisión en Canal+) (folio 3.116).

Según las alegaciones de DTS, dicha subasta, aunque había sido apuntada como una alternativa en el Consejo de Administración de 19 de julio de 2012, no se sometió a la aprobación del Consejo de Administración de DTS porque se consideró que determinados accionistas podrían también pujar en la misma.

El 30 de julio de 2012 DTS lanzó una subasta (folios 1565 y ss.) dirigida a Telecable Asturias S.A.U., Euskaltel S.A., R Cable y Telecomunicaciones Galicia S.A., Cableuropa S.A.U, Telefónica de España S.A.U y France Telecom España S.A.U, a fin de posibilitarles el acceso a la distribución en exclusiva del canal de pago editado y producido por DTS Canal+ Liga de Campeones para las temporadas 2012/2013 a 2014/2015.

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”* (folio 1567).

Sobre 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”*¹¹ (folio 1568).

MEDIAPRO, que no es operador de comunicaciones electrónicas aunque sí de televisión de pago, no fue invitado a participar en la subasta.

El 8 de agosto de 2012 se reunió el Consejo de Administración de DTS (con la presencia del representante de TELEFÓNICA DE CONTENIDOS) para tratar,

¹¹ Asimismo, la Solicitud de Ofertas exige el cumplimiento de una serie de garantías: aval a primer requerimiento del 15% del total ofertado por la temporada 2012/2013 emitido por una entidad bancaria de primer nivel, además, una vez que se adjudique el Canal, en el plazo de 7 días debe de otorgar la Garantía Definitiva: aval del 100% de la oferta o pago de las tres ediciones por adelantado.

entre otros asuntos, la oferta comercial de Canal+ para el inicio de la temporada de fútbol. El Consejero Delegado expuso en dicha reunión los precios previsibles de cada uno de los canales Premium de DTS que ofrecen fútbol (folio 3.136): [CONFIDENCIAL]¹².

Se estableció como fecha límite para el envío de las ofertas para emitir Canal+ Liga de Campeones el 10 de agosto de 2012 a las 12:00 horas. Al vencimiento del plazo DTS había recibido una única oferta remitida por TESAU (folios 2854 y ss.).

La adjudicación de la subasta a TESAU (folios 2860 y ss.) se realizó ante notario, como se establecía en las condiciones de la subasta (folio 2846), el 10 de agosto de 2012. DTS comunicó en su web empresarial dicha adjudicación el mismo día 10 de agosto de 2012 (folios 1382 a 1384)¹³.

El 22 de agosto de 2012, DTS y TESAU suscribieron un contrato para la distribución del Canal+ Liga de Campeones (folios 2871 y ss.)¹⁴.

3.2.3. Comercialización mayorista de Canal+ Liga y “Canal+ 1”

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, que 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” (folio 3.116).

En el acuerdo de 16 de agosto de 2012 con MEDIAPRO, para la cesión recíproca de derechos de Liga y Copa de S.M el Rey, DTS se comprometió en la cláusula cuarta del mismo a ofrecer todos los partidos adquiridos en virtud del acuerdo en condiciones transparentes, objetivas y no discriminatorias a todos los operadores de pago en España (folios 215 y 216).

El 22 de agosto de 2012, DTS envió 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 siguientes asociaciones de operadores de cable independientes: ACUTEL (Asociación de operadores de Telecomunicaciones Locales de Andalucía), AOTEC (Asociación Nacional de operadores de Telecomunicaciones

¹² [CONFIDENCIAL]

¹³ <http://www.prisatv.com/es/sala-de-prensa/canal-adjudica-a-telefonica-la-emision-compartida-de-su-canal-de-la-liga-de-campeones/> publicada entre las 15hrs y las 16hrs.

¹⁴ Según los documentos aportados en la contestación de DTS a requerimiento de la DI, TELEFÓNICA habría realizado todos los pagos previstos en la oferta realizada a DTS (folios 3.545 y ss).

y Servicios de Internet) e ISECA (Instituto Superior Europeo de Contenidos] una oferta de comercialización no exclusiva de la oferta mayorista de Canal+ Liga.

Esta oferta contemplaba dos modalidades de distribución y contraprestación: (i) modelo flexible y (ii) modelo a la carta. Dichas modalidades fueron modificadas en dos ocasiones, 28 de septiembre de 2012 (folios 825 a 835) y 5 de octubre de 2012 (folios 839 a 842), modificaciones que fueron trasladadas a los principales operadores de televisión de pago.

La DC detalla en la PR los puntos más importantes de estas dos modalidades de distribución del canal de fútbol Canal+ Liga a las que pueden acogerse los operadores de televisión de pago según la oferta tipo remitida el 5 de octubre de 2012.

(121) **“Modalidad a la carta (punto 6.1):** el operador distribuirá el canal únicamente a abonados residenciales y para tecnología SD y HD a través de Cable/IPTV (si bien podrá adquirir los derechos de emisión a través de Internet y/o a través de telefonía móvil por una contraprestación adicional¹⁵), y será solo contratable vinculado a la contratación de un paquete de canales temáticos que se comercialice mediante precio¹⁶.

(122) La contraprestación a abonar por el operador en relación con la distribución del canal en esta modalidad será calculada conforme a las siguientes opciones a elección del operador:

A. El operador deberá abonar a DTS las siguientes cantidades multiplicados por una garantía de penetración por temporada sobre la base de abonados del operador a 31 diciembre 2011. Superada la garantía de penetración se podrá beneficiar de una serie de descuentos.

PENETRACIÓN	CPA 2012/13	CPA 2013/14	CPA 2014/15
15%	18,82€	20,01€	21,20€
15-32%	18,54€	19,71€	20,88€
32-39%	18,26€	19,41€	20,57€
39-66%	17,99€	19,12€	20,26€

B. En la misma línea que la opción anterior pero con una garantía mínima de penetración menor a cambio de un mayor Coste por Abonado (CPA).

PENETRACIÓN	CPA	PENETRACIÓN	CPA	PENETRACIÓN	CPA
10,2%	21,95€	10,8%	21,95€	11,3%	21,95€

¹⁵ Folio 839. El CPA variable por tramos de abonados de conformidad con unas tablas que contemplan en el primer tramo para un mínimo garantizado de 10,2% un CPA de 2,54€/mes para internet y 1,27€/mes para móvil.

¹⁶ No obstante, para aquellos abonados que tuvieran contratado el canal GOLT no será exigible que estos clientes accedan al canal contratando previamente un paquete temático.

10,2-11,28%	0€	10,8-11,88%	0€	11,3-12,38%	0€
11,28-34%	16,46€	11,88-34%	16,46€	12,38-34%	16,46€
34-56%	12,35€	34-56%	12,35€	34-56%	12,35€
56-72%	9,26€	56-72%	9,26€	56-72%	9,26€

C. Modifica la opción A sustituyendo el 15% de los abonados declarados a la CMT, a efectos del cálculo de la garantía de penetración, por el 40% de los abonados con descodificador.

(123) El operador podrá igualmente comercializar el canal a establecimientos públicos, debiendo abonar en este caso a DTS un CPA de 172 €/mes.

(124) En el epígrafe 7 de la oferta, relativo a las condiciones comercialización del canal a establecimientos públicos, se señala que “en caso de que el Operador decida no comercializar el Canal a Establecimientos Públicos, el Operador deberá depositar, en el momento de la firma del correspondiente contrato, una fianza para garantizar el pago de las penalizaciones que puedan ser exigibles por DTS derivadas de la comunicación pública del Canal por terceros que no tiene autorización para su difusión en Establecimientos Públicos” y “el importe de la fianza a aportar será el resultado de multiplicar dos mil euros (2.000€) por el 0,25% del total de los Abonados Residenciales al servicio de televisión del Operador en cada temporada.”

(125) **Modalidad flexible (punto 6.2):** El operador tendrá absoluta libertad para comercializar el canal como parte de su oferta comercial en la forma que estime más oportuna, tanto a abonados residenciales como establecimientos públicos, y bajo cualquier medio, internet, televisión y móvil.

(126) El operador deberá abonar a DTS un CPA fijo de 12,14€/mes multiplicado por el 100% de la base de abonados del operador de televisión de pago y obteniendo una serie de descuentos en caso de incrementar una penetración superior al 115%. No obstante, en el caso de que el operador tenga cobertura nacional o capacidad legal para operar a nivel nacional, deberá abonar el importe que resulte mayor de los dos siguientes escenarios:

- A. Un CPA de 12,14€ mensuales multiplicado por el 100% de la base de abonados del operador a la televisión de pago, a fecha de 31 de diciembre de 2011, o
- B. El resultado de multiplicar el CPA de 12,14€ mensuales por el 50% de la media de abonados a televisión de pago de los operadores de telecomunicaciones con cobertura nacional a 31 de diciembre de 2011”.

Según información facilitada por DTS el 17 de octubre de 2012, una serie de operadores (TESAU, Telecable Asturias, S.A.U., R Cable y Telecomunicaciones

Galicia, S.A., Cableuropa S.A, France Telecom España S.A y Euskaltel S.A, ISECA, ACUTEL, AOTEC, Open Cable S.A; folios 201 a 203) aceptaron la oferta remitida por DTS, si bien no se suscribieron acuerdos definitivos.

Según escrito de DTS de 26 de febrero de 2013, conforme a lo previsto en las cartas que acompañaban a la oferta tipo, hasta la firma de un contrato formal, la aceptación de dicha oferta constituía un acuerdo vinculante entre las partes, siendo los términos y condiciones de la misma los que regirían la distribución de Canal+ Liga en ausencia de contrato. En dicho escrito añadía que es práctica habitual en el sector no proceder a la firma de un contrato amplio si existe acuerdo sobre los términos esenciales de una relación comercial concreta sobre la que se opera en la práctica (folio 2.897).

El único operador que se acogió a la modalidad flexible fue TESAU. Según DTS, la primera comunicación formal entre DTS y TESAU sobre la comercialización de Canal+ Liga fue un correo electrónico enviado por DTS a TELEFÓNICA el 17 de agosto de 2012, dando traslado del acuerdo alcanzado con MEDIAPRO y ofertando la cesión de derechos de la primera jornada (folio 2.791). El 22 de agosto de 2012, DTS mediante burofax, le trasladó la oferta mayorista de Canal+ Liga (folio 2.803 a 2.812) que fue aceptada por TELEFÓNICA en la modalidad flexible mediante carta de misma fecha (folio 2.814).

La DI comprobó que la oferta de Canal+ Liga en la plataforma de televisión de pago de TESAU apareció incluida en la página web de dicho operador con anterioridad a que dicho operador de telecomunicaciones recibiera formalmente la oferta de DTS el 22 de agosto de 2012, concretamente, el 17 de agosto de 2012.

Según la captura de pantalla aportada por ORANGE la aparición de la noticia se produce el 21 de agosto de 2012 por la mañana (folio 101). Sin embargo, la DI comprobó que en el foro oficial de MOVISTAR dicha noticia aparecía 5 días antes (17 de agosto de 2012) de la comunicación oficial de DTS a los operadores de la oferta mayorista el 22 de agosto de 2012, mediante un post de un moderador senior de la compañía (folio 3.538; <http://comunidad.movistar.es/t5/Bienvenida-y-noticias/Todo-el-f%C3%BAtbol-vuelve-a-Imagenio/td-p/744328>).

En relación con la oferta enviada a AOTEC el 22 de agosto de 2012, la asociación envió el 25 de septiembre de 2012 una carta a DTS manifestando su interés en comercializar Canal+ Liga en nombre de sus asociados (folio 820). El 28 de septiembre de 2012, en respuesta a la anterior carta, DTS señaló que para la comercialización de Canal+ Liga a partir del 1 de octubre de 2013 debía facilitar la siguiente información: (i) acreditar, mediante certificación firmada por su representante legal, el número total de abonados a televisión de pago (con y sin descodificador de manera diferenciada) a fecha 31 de diciembre de 2011, de cada una de las operadoras asociadas; y (ii) establecer la forma de comercialización elegida en nombre de todas las operadoras asociadas (10 o 12 meses del canal / flexible o a la carta), que sería la que regiría para todas ellas (folio 822).

El 3 de octubre de 2012, AOTEC rechazó dicha oferta de comercialización del canal porque: (i) DTS obligaba a firmar la misma modalidad de contratación a todos sus asociados y (ii) DTS añadía cláusulas vinculantes a la oferta que no eran exigidas al resto de plataformas de pago (folio 837).

Ese mismo día, el 3 de octubre de 2012, Open Cable Telecomunicaciones, S.L (OPENCABLE), miembro de AOTEC, manifestó a DTS su interés por distribuir Canal+ Liga en la modalidad flexible (folio 817).

DTS respondió a la anterior demanda mediante burofax de 4 de octubre de 2012 (folios 844-855) aclarando que, de acuerdo con lo establecido en la Oferta Tipo y en atención a su condición de operador con capacidad legal de operar en todo el territorio nacional, les sería de aplicación lo establecido en la cláusula 6.2.b (es decir, que debería abonar un CPA fijo de 12,14 €/mes por el 50% de la media de abonados a televisión de pago de los operadores de telecomunicaciones con cobertura nacional a 31 de diciembre de 2011).

OPENCABLE respondió a DTS mediante burofax el 5 de octubre de 2012 (folio 846) señalando que no disponía de autorización para prestar el servicio a nivel nacional, sino que se limitaba a la Comunidad Autónoma de Valencia. DTS le contestó mediante burofax de 11 de octubre de 2012 (folio 849) indicando que si bien no disponía de cobertura nacional, tenía la capacidad legal para poder pasar a hacerlo en un futuro, por lo que le era de aplicación la cláusula 6.2 en calidad de operador nacional.

El 18 de agosto de 2012, BRITEL CONSULTING (BRITEL) contactó con DTS en relación con Canal+ Liga. Tras varios correos de BRITEL a DTS, DTS le respondió el 2 de octubre de 2012 indicando que los operadores de cable representados por BRITEL debían de ponerse directamente en contacto con DTS (folio 3.348).

El 4 de octubre de 2012, BRITEL informó a DTS que había creado con una participación al 50% una nueva sociedad de cable, TV OUTSOURCING S.L. (TV OUTSOURCING), de ámbito nacional, que estaría interesada en contratar Canal+ Liga en la modalidad flexible (folio 3.354).

El 5 de octubre de 2012 DTS solicitó a TV OUTSOURCING que acreditase el número total de abonados a sus servicios de televisión de pago a fecha 31 de diciembre de 2011 (folio 3.358). TV OUTSOURCING le respondió que no podía facilitarle dichos datos dado que era un operador de cable de pago de nueva creación.

Mediante burofax de 9 de octubre de 2012 DTS indicó a BRITEL que no podía comercializar directamente a terceros Canal+ Liga al ser DTS el único facultado y legitimado para comercializar el Canal a terceros operadores. Asimismo, le indicó que la Oferta Tipo de DTS no había sido enviada a BRITEL por su condición de empresa distribuidora de canales de terceros y no de operador de cable con licencia para operar en un determinado territorio (folio 3.362).

En la resolución de la CMT de 22 de noviembre de 2012 consta expresamente, en relación con BRITEL (TV OUTSOURCING) *“que la actividad notificada no consistía en la explotación de redes ni en la prestación de ningún servicio de comunicaciones electrónicas, sino en la puesta a disposición de operadores de comunicaciones electrónicas de canales de televisión”* (folio 3.328).

En cuanto a la comercialización mayorista de “Canal+ 1”, que incluye un partido en exclusiva de Liga y Copa de S.M. el Rey que no se emite en Canal+ Liga ni en la TDT de pago, actualmente se emite en las principales plataformas de televisión de pago.

3.3. En relación con la comercialización minorista de canales de televisión de pago con contenidos futbolísticos

El día 20 de agosto de 2012 DTS lanzó una campaña comercial en relación con la comercialización minorista de Canal+ Liga de Campeones en su plataforma satelital de pago. En la misma ofrecía el canal de manera promocionada hasta el 31 de enero de 2013, 50% del precio tarifa que ascendía a 8,95€, a aquellos clientes que ya tuvieran contratado, de manera individual o en paquete “Canal+ 1” o Canal+ Liga¹⁷.

DTS manifestó, en respuesta a un requerimiento de la DI, que en el período comprendido [CONFIDENCIAL].

El 12 de septiembre de 2012¹⁸, según la operadora, ante ese aumento de peticiones de baja y las numerosas quejas sobre la nueva oferta comercial recibidas de los clientes, DTS ofreció Canal+ Liga de Campeones sin coste a aquellos clientes que tuvieran contratado o contrataran el paquete PLUS (Canal+1) y/o Canal+ Liga y paquetes superiores hasta el 31 de julio de 2013. DTS afirmó que se trataba de una promoción sin compromiso por lo que los clientes no asumían ningún tipo de obligación contractual al disfrutar gratuitamente del canal (folios 1.840 a 1.855). Por tanto, si un cliente cancelaba su suscripción a alguno de los paquetes que daban acceso gratuito a Canal+ Liga de Campeones, no debería en ningún caso reintegrar la ventaja de haber disfrutado del mismo. Asimismo, el disfrute de Canal+ Liga de Campeones no suponía modificación alguna en relación con el compromiso de permanencia que pudiera subsistir respecto de los servicios de DTS contratados inicialmente.

¹⁷ Para nuevos clientes que contrataran el paquete PLUS (cuyo contenido principal es Canal+1), o paquete superior, junto con la opción Canal+ Liga a un precio promocionado de 4,47 €, (50% del precio tarifa que ascendía 8,95€), más impuestos, y gratis para los paquetes de gama alta actualmente denominados TOTAL+ y PREMIUM PLUS TOTAL, en todos los casos hasta el 31 de enero de 2013. De igual manera, DTS ofreció Canal+ Liga de Campeones a los que ya eran clientes de Canal+ a 4,95€, más impuestos, durante el mismo período. Para acceder a Canal+ Liga de Campeones desde cualquier paquete distinto de TOTAL+ y PREMIUM PLUS TOTAL sin la opción Canal+ Liga se aplicaba el precio tarifa de 8,95€, más impuestos, antes indicado.

¹⁸ Los medios de comunicación trasladaron la noticia a primera hora del día 12 de septiembre 2012, como puede verse en la siguiente página web: <http://www.vayatele.com/deportes/canal-cambia-de-idea-y-ofrecera-gratis-canal-liga-de-campeones-a-sus-abonados> (folio 3.540)

No obstante, Canal+ Liga de Campeones no se comercializaba de manera autónoma, por lo que los paquetes anteriores conllevaban un compromiso de permanencia de 18 meses, debiendo hacer el abonado frente a unos costes de penalización en caso de cancelar su contrato con DTS (folios 1.895 a 1.938).

En esa misma fecha, el 12 de septiembre de 2012, TESAU¹⁹ comunicó en su web corporativa que los clientes de Imagenio Familiar e Imagenio Deportes disfrutarían sin coste adicional de los partidos de la Liga de Campeones hasta final de temporada. Previamente, y al igual que DTS, la Liga de Campeones se ofrecía gratuitamente hasta el 1 de octubre de 2012 para los abonados a Imagenio Familiar e Imagenio Deporte, y a un precio promocionado de 4,95 €/mes a partir de dicha fecha y hasta el 31 de enero de 2013 fecha a partir de la cual pasaría a tener un precio de 8,90€/mes.

En cuanto a la comercialización minorista por parte de DTS del resto de su oferta de fútbol, “Canal+ 1”, que incluía además de un partido de Liga y Copa de S.M. el Rey en exclusiva, una oferta amplia de películas y series de estreno, se comercializaba por 20,37€ sin IVA²⁰.

Finalmente, Canal+ Liga, que incluye el resto de partidos de Liga y Copa de S.M. el Rey para emisión en televisión de pago, se comercializaba por 21,95€ sin IVA²¹, al margen de las ofertas y promociones puntuales vigentes en cada momento.

En cuanto a TESAU, en su plataforma de pago MOVISTAR TV comercializa tres paquetes básicos independientes a los que posteriormente se les puede añadir canales a la carta, y en particular “Canal+ 1”:

- (i) MOVISTAR TV Deportes²² (antes denominada Imagenio Deportes): incluye entre otros, Canal+ Liga, Canal+ Liga de Campeones, Gol 2 Internacional (UEFA Europe League) y Eurosport.
- (ii) MOVISTAR TV Familiar²³ (antes denominada Imagenio Familia): incluye entre otros, Canal+ Liga, Canal+ Liga de Campeones, Gol 2 Internacional (UEFA Europe League)
- (iii) MOVISTAR TV Ocio²⁴ (no incluye fútbol). Se trata de un paquete nuevo con acceso a la videoteca.

¹⁹ Ver las ofertas de TELEFÓNICA en los folios 100-101. En la web de la comunidad movistar el anuncio se realizó a las 16:30 horas del 12 de septiembre de 2012: <http://comunidad.movistar.es/t5/Bienvenida-y-noticias/Canal-Liga-de-Campeones-gratis-en-Imagenio/td-p/784190> (folio 3.538)

²⁰ Durante los meses de mayo y junio de 2013 DTS lo ofrece por 10,95€ hasta 2014, junto con Canal+ Liga de Campeones gratis para la temporada 2013/2014. Si se contrata Canal+ y Canal+ Liga el precio no promocionado es de 40,32€ más IVA, y hasta 2014 promocionado a 29,95€ más IVA.

²¹ Durante los meses de mayo y junio de 2013 DTS ofrece dicho canal junto con Canal+ Liga de Campeones gratis para la temporada 2013/2014.

²² 20 € al mes más IVA.

²³ 29,90 € al mes más IVA.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Habilitación competencial

De acuerdo con lo previsto en la disposición adicional primera de la Ley 3/2013, de 4 de junio de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (LCNMC), mediante Orden ECC/1796/2013, de 4 de octubre del Ministerio de Economía y Competitividad, se determinó el 7 de octubre de 2013 como fecha de puesta en funcionamiento de la CNMC. Según la disposición adicional segunda de la misma Ley *“las referencias que la legislación vigente contiene a la Comisión Nacional de la Competencia [...] se entenderán realizadas a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia [...]”* y *“las referencias que la Ley 15/2007, de 3 de julio, contiene a la Dirección de Investigación de la Comisión Nacional de Competencia se entenderán realizadas a la Dirección de Competencia de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia”*.

Por otro lado, de acuerdo con el artículo 5.1.c) de la Ley 3/2013, a la CNMC compete *“aplicar lo dispuesto en la Ley 15/2007, de 3 de julio, en materia de conductas que supongan impedir, restringir y falsear la competencia”*. El artículo 20.2 de la misma ley atribuye al Consejo la función de *“resolver los procedimientos sancionadores previstos en la Ley 15/2007, de 3 de julio”* y según el artículo 14.1.a) del Estatuto orgánico de la CNMC aprobado por Real Decreto 657/2013, de 30 de agosto, *“la Sala de la Competencia conocerá de los asuntos relacionados con la aplicación de la Ley 15/2007, de 3 de julio”*.

En consecuencia, la competencia para resolver este procedimiento corresponde a la Sala de Competencia del Consejo de la CNMC, sin perjuicio del informe emitido por la Sala de Supervisión Regulatoria conforme al artículo 21, apartado 2 de la Ley 3/2013, con fecha 16 de julio de 2015

SEGUNDO.- Objeto de la resolución y normativa aplicable

La Sala de Competencia en este expediente debe resolver, sobre la base de la instrucción realizada por la Dirección de Competencia que se recoge en el Informe y Propuesta de Resolución, si las prácticas investigadas constituyen infracciones de la LDC, en concreto:

1. Si el Acuerdo de MEDIAPRO y DTS firmado el 16 de agosto de 2012 constituye una infracción de los artículos 1 LDC y 101 TFUE.

²⁴12 € al mes más IVA.

2. Si DTS ha incurrido en una infracción de los artículos 2 LDC y 102 TFUE al comercializar Canal+ Liga.
3. Si DTS y TESAU han cometido una infracción única y continuada de lo dispuesto en el artículo 1 LDC y 101 TFUE, consistente en la actuación concertada entre ambas en los mercados de adquisición, reventa y explotación de derechos audiovisuales de competiciones regulares de fútbol para las temporadas 2012/2013 a 2014/2015.

Por lo que respecta a la normativa nacional aplicable, habiéndose desarrollado las conductas imputadas durante la vigencia de la Ley 15/2007, es dicha norma la aplicable al presente procedimiento sancionador.

Por otro lado, esta Sala considera que las conductas analizadas en el presente expediente son susceptibles de afectar al comercio intracomunitario en la medida en que se cumplen los criterios de posible afectación al comercio entre Estados miembros desarrollados en la *Comunicación de la Comisión Europea de Directrices relativas al concepto de efecto sobre el comercio contenido en los artículos 81 y 82 del Tratado* (actualmente, 101 y 102 TFUE; en adelante, *La Comunicación de la Comisión Europea*).

Como ha indicado esta Sala de Competencia en recientes resoluciones (por todas la Resolución de 2 de julio de 2015 en el expediente S/484/13 Redes Abanderadas), siguiendo el criterio expresado por el Consejo de la extinta CNC en diferentes expedientes (Resolución del Consejo de la CNC de 31 de julio de 2010, Expte: S/0120/08, Transitarios, y Resolución de 6 de octubre de 2011, Expte. S/0167/09 Productores de Uva y Vinos de Jerez), el concepto "comercio" no se limita a los intercambios transfronterizos de bienes y servicios, sino que es un concepto más amplio que abarca toda la actividad económica transfronteriza, y el comercio entre Estados miembros también puede verse afectado en el caso de que el mercado pertinente sea nacional, en coherencia con el objetivo del Tratado de promover la libre circulación de mercancías, servicios, personas y capitales.

De este modo, se estima que tanto el modelo de explotación acordado por DTS y MEDIAPRO como la actividad de reventa de derechos audiovisuales desarrollada por DTS son susceptibles de afectar a las condiciones de competencia de los mercados de explotación audiovisual, especialmente el de televisión de pago en España. Así, esta actividad de reventa puede afectar: (i) a operadores de Estados miembros de la Unión Europea presentes en el mercado de televisión de pago en España, como ORANGE; (ii) a operadores con presencia en otros mercados de comunicaciones electrónicas en España pero potenciales operadores en televisión de pago, como VODAFONE; y (iii) a potenciales competidores que no tienen significativa presencia en España.

Asimismo, ha de tenerse en cuenta el carácter internacional de TELEFÓNICA en cuanto sociedad matriz dominante del Grupo TELEFÓNICA, grupo integrado y diversificado de telecomunicaciones que tiene una fuerte presencia en España, Europa y Latinoamérica y que se constituye en la tercera operadora europea por ingresos y la sexta por accesos.

TERCERO.- Valoración jurídica del órgano instructor

Finalizada la instrucción del expediente, conforme a lo dispuesto en el artículo 50.4 de la LDC, la DC propone a la Sala de Competencia del Consejo lo siguiente:

“PRIMERO. *Que con la información disponible, no se puede acreditar que el acuerdo de MEDIAPRO y DTS de 16 de agosto de 2012 analizado en el expediente de referencia, sea contrario a los artículos 1 LDC y 101 TFUE, en la medida que podría estar amparado por la exención contenida en los artículos 1.3 LDC y 101.3 TFUE. Por ello, procedería acordar el sobreseimiento parcial del expediente de referencia en relación con la posible infracción de los artículos 1 LDC y 101 TFUE por parte de DTS y MEDIAPRO por la firma del acuerdo del 16 de agosto de 2012 anteriormente citado.*

SEGUNDO. *Que no procede pronunciarse sobre si DTS ha incurrido en una infracción de los artículos 2 LDC y 102 TFUE a la hora de comercializar Canal+ Liga, en la medida que estas prácticas forman parte de los mismos hechos que a continuación se evalúan como contrarios a los artículos 1 LDC y 101 TFUE.*

TERCERO. *Que se declare la existencia de una infracción única y continuada de lo dispuesto en el artículo 1 de la LDC y el artículo 101 del TFUE, consistente en la actuación concertada de DTS y TELEFÓNICA 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*

CUARTO. *Que se declare responsable de dicha infracción a DTS Distribuidora de Televisión Digital, S.A. (DTS) y Telefónica de España, S.A.U. (TELEFÓNICA).*

QUINTO. *Que la conducta prohibida se tipifique, a los efectos de determinación de la sanción a imponer, como infracción muy grave del artículo 62.4.a) de la LDC”.*

3.1. Valoración del Acuerdo entre DTS y MEDIAPRO, de 16 de agosto de 2012

En relación con el acuerdo de 16 de agosto de 2012 firmado entre DTS y MEDIAPRO mediante el que pactaron una cesión recíproca de los derechos

audiovisuales de la Liga y Copa de S.M. el Rey de los clubes de fútbol de los que eran titulares a la vez que configuraron un modelo de explotación de dichos derechos en los mercados verticalmente relacionados aguas abajo para las temporadas 2012/2013 a 2014/2015, la DC entiende que es apto para restringir la competencia en la medida en que implica un reparto entre las partes de las fuentes de aprovisionamiento de los mercados de televisión y de las tecnologías de emisión así como un pacto de no competencia en el mercado de reventa.

No obstante, considera que para concluir acerca de si se trata o no de un acuerdo anticompetitivo es necesario analizar si cumple los requisitos exigidos por los artículos 1.3 LDC y 103 TFUE. En su análisis, concluye que dicho acuerdo: (i) resultaba económicamente racional, (ii) no producía el cierre del mercado de la televisión de pago, y (iii) era indispensable para alcanzar un acuerdo.

Así, por un lado, la DC señala que resultaba económicamente racional. Esto es, era necesaria la adopción de un acuerdo de puesta en común de los derechos para garantizar la explotación de los mismos y recuperar la inversión efectuada en el mercado de adquisición, en la medida en que en este mercado ninguna de las partes tenía la titularidad de la mayoría de clubes de primera y segunda división. Acudiendo a antecedentes comunitarios y europeos y al “Informe sobre la competencia en los mercados de adquisición y explotación de derechos audiovisuales de fútbol en España” publicado por la extinta CNC en junio de 2008 (Informe del Fútbol) la DC destaca las eficiencias de estos acuerdos, especialmente si no superan los tres años de duración, y que resultan beneficiosas para los consumidores.

Por otro lado, entiende que el acuerdo garantizaba que no se produjera un cierre de mercado a operadores alternativos por falta de acceso a un contenido estratégico para competir en el mercado de la televisión de pago. Ello es así dado que mediante ese pacto DTS se situaba como único oferente mayorista de canales de televisión de pago con contenido de Liga y Copa S.M. el Rey para su distribución a través de terceras plataformas de televisión de pago, garantizando DTS ofertarlos en condiciones de objetividad, transparencia y no discriminación en todas las plataformas de difusión (IPTV y cable), salvo la TDT.

Asimismo, indica que el reparto de las plataformas de emisión así como el pacto de no competencia en el mercado de reventa entre DTS y MEDIAPRO, constituía una restricción a la competencia indispensable para alcanzar un acuerdo entre las partes y garantizar una explotación eficiente de los derechos de fútbol nacional. Ello es así en la medida en que el nuevo sistema mantiene la exclusividad para MEDIAPRO de este tipo de contenidos en la TDT de pago y se sustituye GOLT por Canal+ Liga como canal que se comercializa a nivel mayorista para permitir el acceso de terceras plataformas de televisión de pago. Así, como la TDT de pago se enfrenta a la competencia efectiva de las demás plataformas tecnológicas, la reserva de la TDT de pago a favor de MEDIAPRO no afecta significativamente a la situación competitiva en el mercado de pago. Del mismo modo, según expone

la DC, garantizar la continuidad de MEDIAPRO en la televisión de pago reduce el riesgo de exclusión de dicho operador del mercado, favoreciendo la competencia en el siguiente ciclo de adquisición, reventa y explotación de los derechos de fútbol.

Por tanto, según expone la DC, el modelo de explotación acordado trataba de rentabilizar los derechos adquiridos y resultaba indispensable para alcanzar un acuerdo que garantizara una explotación eficiente de dichos derechos sin imponer restricciones significativas a la competencia que impidieran el traslado de las eficiencias que genera en los consumidores, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 1.3 LDC y 103 TFUE.

3.2. Valoración de los Acuerdos entre DTS y TESAU

En relación con los Acuerdos entre DTS y TESAU, la DC indica que se producen dos acuerdos formales entre ambos operadores: (i) uno tras la adjudicación de la subasta de 10 de agosto de 2012, para emitir Canal+ Liga de Campeones y, (ii) otro, con carácter no exclusivo, el 22 de agosto de 2012 para la comercialización de Canal+ Liga.

La DC entiende 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 triple 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.

3.3. Valoración del posible abuso de posición de dominio de DTS

En relación con la denuncia formulada por algunos operadores acerca del abuso de su posición de dominio por parte de DTS a través del establecimiento de condiciones inequitativas y discriminatorias en la comercialización de Canal+ Liga, la DC considera que no puede acreditarse que DTS incurriera en una práctica abusiva derivada de un estrechamiento de márgenes. Explica que ello se debe a que dado el nivel de los mínimos garantizados establecidos por DTS en su oferta a la carta (hasta un 15%) y el carácter descendente de los precios mayoristas conforme se aumenta su penetración, es difícil sostener que el posible estrechamiento de márgenes originado por la falta de cumplimiento de los mínimos garantizados o de los precios mayoristas en los escalones de penetración más bajos, sea susceptible de producir un efecto exclusionario significativo en el mercado de televisión de pago.

Añade que aunque existen elementos que indican que el comportamiento de DTS a la hora de comercializar Canal+ Liga ha sido discriminatorio al limitar injustificadamente el acceso a la modalidad flexible y al imponer trabas a AOTEC para negociar modalidades diferentes a cada uno de sus asociados, en la medida en que dichas prácticas forman parte de los mismos hechos evaluados como contrarios a los artículos 1 LDC y 101 TFUE, la DC ha estimado no pronunciarse sobre si los mismos han supuesto un abuso de posición de dominio a fin de evitar la imposición de dos sanciones por hechos idénticos.

CUARTO. Alegaciones presentadas a la propuesta de resolución por TELEFÓNICA y DTS

De conformidad con el artículo 50.4 de la LDC, con fecha 23 de julio de 2014, la DC elevó su PR al Consejo de la CNMC, en la que propone, como se ha indicado: (i) que se declare la existencia de una infracción única y continuada del artículo 1 de la LDC y el artículo 101 del TFUE; (ii) que no procede pronunciarse sobre si DTS ha incurrido en una infracción de los artículos 2 y 102 TFUE en la comercialización de Canal+ Liga y (iii) que el Acuerdo de MEDIAPRO y DTS de 16 de agosto de 2012 queda amparado por la exención contenida en los artículos 1.3 LDC y 101.3 TFUE.

Las empresas imputadas han presentado alegaciones a dicha Propuesta de Resolución, muchas de ellas coincidentes con las efectuadas al PCH, que a continuación son contestadas por esta Sala de Competencia del Consejo de la CNMC.

4.1. Sobre la errónea imputación a TESAU

TESAU mantiene que la DC confunde la identidad de la empresa infractora. Así, hace alusión a TESAU como partícipe de la concertación con DTS, cuando la que es accionista de DTS es TELEFÓNICA DE CONTENIDOS.

De este modo, explica que: (i) TESAU ni es accionista de DTS ni forma parte de su Consejo de Administración; (ii) los miembros del Consejo de Administración de DTS designados a propuesta de TELEFÓNICA DE CONTENIDOS no asistieron a la reunión de dicho Consejo de 19 de julio de 2012; (iii) TESAU no tuvo conocimiento con anterioridad al resto de operadores de televisión de pago de la decisión de DTS de comercializar el Canal+ Liga a nivel mayorista; y, (iv) TESAU nunca ofertó Canal+ Liga de Campeones a un precio mensual de 4,95 euros (folio 5302).

Respuesta de la Sala

Esta Sala entiende que esta alegación debe de ser desestimada por los motivos que se exponen a continuación.

En primer lugar, en este expediente resulta imputada TESAU en cuanto fue la sociedad autora de las prácticas que se consideran anticompetitivas. Efectivamente, fue TESAU quien firmó el Acuerdo de 16 de agosto de 2012 con MEDIAPRO, fue TESAU la que resultó adjudicataria el 10 de agosto de 2012 de la oferta lanzada por DTS y fue TESAU quien firmó los Acuerdos de 22 de agosto de 2012 con DTS referidos a Canal+ Liga de Campeones y Canal+ Liga. En definitiva, fue TESAU quien llevó a cabo una actuación concertada con DTS en los mercados de adquisición, reventa y explotación de derechos audiovisuales de competiciones regulares de fútbol para las temporadas 2012/2013 a 2014/2015,

cuyo objeto y efecto consistía en distorsionar la competencia efectiva en los mercados afectados.

No obstante, a idéntica consideración conduce el examen de la responsabilidad imputada a TESAU bajo la doctrina jurisprudencial relativa a la noción de “empresa” y a la responsabilidad de empresas matrices y filiales, elaborada y asumida tanto por tribunales comunitarios como españoles. De acuerdo con dicha jurisprudencia, a los efectos de la aplicación del derecho de defensa de la competencia, puede considerarse que una sociedad matriz y sus filiales forman parte de una misma unidad económica, pudiendo ser imputada la responsabilidad a dicha *unidad o empresa* (Sentencia del TJCE, de 31 de octubre de 1974, en el asunto C-15/74, Centrafarm c. Sterling Drug y Sentencia del TJCE, de 24 de octubre de 1996, en el asunto C-73/95 P, Viho Europe BV c. Comisión). Su personalidad jurídica distinta no es determinante pero sí lo es, por el contrario, la unidad o no de su comportamiento en el mercado (sentencias del Tribunal de 15 de septiembre de 2005 [TJCE 2005, 277], DaimlerChrysler/Comisión, T-325/01, y General Technic-Otis y otros/Comisión).

En este sentido, vienen estimando que en los casos en los que una matriz participa en el 100% o casi en la totalidad del capital social de sus filiales, existe una presunción “*iuris tantum*” de que la matriz ejerce una influencia decisiva en el comportamiento de sus filiales, siendo esta presunción un elemento específico de la normativa de competencia derivado del concepto de unidad económica propio de esta disciplina. La exigencia de dicho control no implica que el ejercicio del mismo deba ser llevado a cabo por el sujeto que lo posee, bastará con que exista independientemente de que sea ejercitado por éste o por alguna de las entidades pertenecientes al grupo. Se presume, pues, que una filial actúa bajo la dirección económica ejercida por la empresa matriz, entre otras situaciones, cuando la matriz posea la mayoría de los derechos de voto o tenga la facultad de nombrar o destituir a la mayoría de los miembros del órgano de administración de la filial.

En tales casos corresponde a la matriz y/o las filiales desvirtuar dicha presunción aportando pruebas que demuestren que sus filiales determinan de modo autónomo su conducta en el mercado.

En estos mismos términos se ha manifestado la reciente Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de junio de 2015, al desestimar las alegaciones de indefensión expuestas por una sociedad matriz y filial sancionadas por la antigua CNC:

«En el motivo tercero (2.B) las empresas recurrentes aducen que se habría infringido el derecho de defensa de la sociedad matriz (L'Oréal) como consecuencia de la falta de notificación del procedimiento sancionador del que trae causa la resolución sancionadora. Esta supuesta indefensión sufrida por una de las dos empresas recurrentes (...) se edifica sobre la

*negación de la unidad económica de ambas empresas matriz y filial (...),
unidad apreciada por la Sala de instancia: »*

Tras examinar y resumir la jurisprudencia comunitaria aplicable que permite imputar la responsabilidad a la sociedad matriz aunque no haya participado directamente en el acuerdo, basada en la doctrina de la unidad económica de la empresa (sentencias de 19 de julio de 2012; -Asuntos acumulados C-628/10P y C-14/11P y sentencias citadas en la misma) el Tribunal Supremo desestima la alegación al considerar que *“En este caso, la parte actora no ha desvirtuado dicha presunción "iuris tantum", acreditando que no existe ni tal unidad económica ni tal influencia decisiva de la matriz en la actividad económica de la filial, por lo que igualmente debe desestimarse este motivo de recurso.”*

Siguiendo dicho criterio, en el presente caso, tanto TELEFÓNICA DE CONTENIDOS, S.A.U. como TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U. son filiales al 100% de TELEFÓNICA, S.A. Según dicha estructura accionarial de TELEFÓNICA, S.A., ésta ostentaría el control sobre TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U. y TELEFÓNICA DE CONTENIDOS, S.A.U. que no serían entidades autónomas aisladas del Grupo TELEFÓNICA.

En consecuencia, tanto la matriz, TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A. como sus filiales, TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U. y TELEFÓNICA DE CONTENIDOS, S.A.U., forman una unidad económica a efectos de la aplicación del derecho de la competencia sin que ni 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.

No es suficiente, pues, con alegar el deber de confidencialidad y lealtad al que están sometidos los Consejeros de TELEFÓNICA DE CONTENIDOS en virtud de lo dispuesto en el artículo 232.1 de la Ley de Sociedades de Capital, aprobada mediante Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, con la finalidad de negar que TESAU tuviera conocimiento de las cuestiones discutidas en el Consejo de Administración de DTS por el mero hecho de que dos miembros de TELEFÓNICA DE CONTENIDOS hayan sido designados como Consejeros en el seno del mismo (folio 5312), sino que o bien TESAU o bien TELEFÓNICA DE CONTENIDOS deben acreditar su comportamiento autónomo en el mercado de referencia, sin que en el expediente conste prueba alguna de ello.

En estos términos se pronuncia el Tribunal Supremo en su reciente sentencia de 23 de abril de 2015 al señalar que *“En efecto, tanto la resolución administrativa sancionadora como la sentencia recurrida ponen de manifiesto – sin que el dato haya sido cuestionado- que Retevisión está participada al 100% por Abertis, al 100%, de donde se deriva que debe operar la presunción iuris tantum de que esta sociedad matriz ejerce efectivamente una influencia determinante en la conducta de su filial. Por otra parte, la recurrente no aportó a las actuaciones datos ni*

elementos de prueba que puedan servir para desvirtuar aquella presunción, resultando a tales efectos enteramente insuficiente la invocación que hace de lo dispuesto en los artículos artículo 226 y 236 y siguientes del Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital aprobado por Real Decreto-legislativo 1/2010, de 2 junio, pues lo que se echa de menos es la acreditación de que en este caso la filial actuó de forma autónoma y desvinculada de su matriz”.

Si bien es cierto que TELEFÓNICA indica que cedió a TELEFÓNICA DE CONTENIDOS todos sus derechos y obligaciones derivados del contrato de compraventa de una participación minoritaria en DTS, los folios 1234 y 1235 del expediente, relativos al Hecho Relevante dirigido a la Comisión Nacional del Mercado de Valores de 25 de noviembre de 2009, acreditan el derecho de la matriz, TELEFÓNICA, S.A., a nombrar a los dos miembros a los que le corresponde su representación en el Consejo de Administración de DTS: *“Asimismo, ambas compañías han suscrito un acuerdo de accionistas que regulará los principios de gestión de esta compañía tras la toma de participación de TELEFÓNICA [TELEFÓNICA, S.A.], en el que se prevé el derecho para TELEFÓNICA [TELEFÓNICA, S.A.] a nombrar dos miembros del Consejo de Administración”.*

Como consecuencia de ello, TELEFÓNICA no sólo ostenta la titularidad de ese derecho sino que tiene la potestad tanto de encomendarlo a otras filiales como también de recuperarla en caso de haberla cedido.

Según TESAU, el Hecho Relevante de 28 de diciembre de 2010 acredita una cesión de los derechos y obligaciones de TELEFÓNICA a favor de TELEFÓNICA DE CONTENIDOS. Sin embargo, únicamente confirma que TELEFÓNICA adquirió el 22% del capital social de DTS a través de TELEFÓNICA DE CONTENIDOS, sin entrar a valorar quién debe de nombrar a los miembros del Consejo de Administración de DTS (folio 4010).

Incluso el hecho de que TELEFÓNICA DE CONTENIDOS decidiera no asistir a determinadas reuniones del Consejo de Administración de DTS, como a la de 19 de julio de 2012, muestran cómo TELEFÓNICA DE CONTENIDOS es consciente de los problemas que ello podía ocasionar a TESAU, aun teniendo personalidad jurídica independiente. No obstante, si el deber de confidencialidad y lealtad invocado por TESAU fuera tal y como expone en sus alegaciones, no hubiera sido necesario que dichos Consejeros se hubieran ausentado de las reuniones de los Consejos de Administración de DTS.

No es posible, pues, alegar error alguno en la imputación a TESAU.

4.2. Sobre la improcedencia de imputar una concertación horizontal

DTS señala que lo que se le reprocha en la PR es haber otorgado un trato privilegiado a TESAU al sub-licenciarle los derechos de Canal+ Liga de Campeones y Canal+ Liga. Sin embargo, explica que dichos acuerdos tienen naturaleza vertical en la medida en que el titular de un derecho de retransmisión, DTS, sub-licencia dicho derecho a otro operador, TESAU. En este sentido, explica que, aunque DTS hubiera aplicado un trato privilegiado a TESAU en la sub-licencia de Canal+ Liga de Campeones (aunque insiste en que dicho trato no ha tenido lugar), simplemente habría aplicado condiciones distintas a sus clientes, lo cual no está prohibido ni por el artículo 1 LDC ni por el 101 TFUE, que lo que prohíben es que varios competidores se concierten para conjuntamente ejercer un poder de mercado que individualmente no poseen distorsionando así la competencia (folio 5242).

Respuesta de la Sala

Esta Sala considera que esta alegación debe ser igualmente desestimada.

En el presente expediente, la DC ha valorado tanto los documentos incorporados a las denuncias recibidas que ha considerado pertinentes como las respuestas de las imputadas y las denunciadas a los correspondientes requerimientos de información y las alegaciones presentadas por las mismas a lo largo del procedimiento.

Esta valoración le ha posibilitado concretar los hechos que considera acreditados así como la participación de las imputadas en los mismos y, basándose en ellos, determinar cada una de las responsabilidades en que las mismas han incurrido. Ello le ha permitido acreditar la existencia de una actuación concertada entre DTS y TELEFÓNICA en los mercados de adquisición, reventa y explotación de derechos audiovisuales de competiciones regulares de fútbol que ha venido sucediéndose a lo largo de diferentes temporadas, en concreto, durante las correspondientes a 2012/2013, 2013/2014 y 2014/2015.

Así, si bien en el momento de los hechos, TELEFÓNICA era propietaria del 22% de las acciones de DTS, tanto TELEFÓNICA como DTS eran operadores significativos en los mercados de explotación de derechos audiovisuales de contenidos futbolísticos.

Ambas se encontraban activas en el sector de la televisión de pago: TELEFÓNICA a través de IMAGENIO, gestionada por su filial TESAU (que el 26 de julio de 2013 absorbió a TELEFÓNICA CABLE, que fue quien firmó el contrato con DTS; y, actualmente, MOVISTAR TV), y DTS a través de la gestión de la plataforma de televisión de pago por satélite, Canal+.

Igualmente, ambas se constituían en oferentes o demandantes en el mercado de adquisición y comercialización mayorista de contenidos audiovisuales y canales de televisión.

Por tanto, al contrario de lo que expone DTS, en la medida en que DTS y TESAU pueden competir tanto con otros operadores como entre sí, existe no sólo una dimensión vertical en dicha relación, en la que DTS es proveedora de TESAU, sino también una horizontal, dada la participación de ambas operadoras en los mercados mencionados. En dicha dimensión horizontal DTS compete directamente tanto con TESAU en el mercado mayorista de adquisición y reventa de contenidos futbolísticos como en el minorista de canales de televisión de pago con contenidos futbolísticos.

A pesar de sus alegaciones, DTS es consciente de ello, como evidencia su respuesta al requerimiento de información de la DI de 6 de febrero de 2013, en la que afirma que *“dada la relevancia de un contenido como la UEFA Champions League para el negocio de DTS así como el elevado coste que un producto de esta naturaleza conlleva, la decisión de concurrir al procedimiento de licitación por parte de DTS para la adquisición de tales derechos fue comunicada por el Consejero Delegado de DTS en la reunión del Consejo de Administración de la compañía celebrado el 20 de enero de 2011 (...) No obstante **teniendo en cuenta la presencia de TELEFÓNICA DE CONTENIDOS S.A.U. (filial de TELEFÓNICA) y MEDIASET ESPAÑA COMUNICACIÓN, S.A. ("MEDIASET") en el Consejo de Administración de DTS como accionistas con una participación del 22% cada una, y la posibilidad de que TELEFÓNICA y MEDIASET como operadores de televisión pudiesen pujar por la referida competición, no se informó en la citada reunión del Consejo de DTS ni de las condiciones ni del precio a ofertar por esta compañía**”* (folios 2900 y 2901; subrayado añadido).

Esta Sala no niega, por tanto, que pudiera existir también una relación vertical entre DTS y TESAU, lo que se niega es que la conducta que se les imputa sea subsumible en dichas relaciones verticales.

Por último, el párrafo 12 de las Directrices sobre la aplicabilidad del artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a los acuerdos de cooperación horizontal (*Directrices horizontales de la Comisión*) señala que *“Los acuerdos celebrados entre empresas situadas en niveles distintos de las cadenas de producción o distribución, es decir los acuerdos verticales, se rigen en principio por el Reglamento (UE) n 330/2010 de la Comisión, de 20 de abril de 2010, relativo a la aplicación del artículo 101, apartado 3, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a determinadas categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas («el Reglamento de restricción de categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas») y por las Directrices sobre restricciones verticales. No obstante, puesto que los acuerdos verticales, por ejemplo, los de distribución, son concluidos entre competidores, los efectos del*

acuerdo sobre el mercado y los posibles problemas de competencia pueden ser similares a los acuerdos horizontales”.

Máxime en este caso, si tenemos en cuenta que en el sector de la televisión de pago, ambos operadores aglutinaron casi el 76% de los ingresos en el último trimestre de 2012, porcentaje que se incrementó a casi el 82% de los ingresos en el último trimestre de 2013, según los datos publicados en CNMC DATA.

No obstante, esta Sala tampoco considera admisibles las alegaciones de DTS con respecto a que, dada la naturaleza vertical de sus relaciones con TESAU, en el caso de que hubiera favorecido a TESAU en la reventa de los derechos audiovisuales de contenidos futbolísticos, dicha dispensa no sería contraria a lo dispuesto en los artículos 1 LDC y 101 TFUE en la medida en que éstos no prohíben la aplicación de condiciones diferentes a sus clientes. Esta Sala discrepa de esta interpretación de dichos preceptos en la medida en que el artículo 1 LDC recoge expresamente como prohibido todo acuerdo, decisión o recomendación colectiva, o práctica concertada o conscientemente paralela consistente en “d) *La aplicación, en las relaciones comerciales o de servicio, de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes que coloquen a unos competidores en situación desventajosa frente a otros*” y en estos mismos términos se pronuncia el artículo 101 TFUE.

Como se ha visto, en el acuerdo de 16 de agosto de 2012 con MEDIAPRO, para la cesión recíproca de derechos de Liga y Copa de S.M el Rey, DTS se comprometió en la cláusula cuarta del mismo a ofrecer todos los partidos adquiridos en virtud del acuerdo en condiciones transparentes, objetivas y no discriminatorias a todos los operadores de pago en España (folios 215 y 216). Asimismo en el expediente S/0153/09, donde se estudió el sistema de reventa de derechos de competiciones futbolísticas, se determinó que la manera en que el operador explote o revenda tales derechos debe de seguir criterios transparentes, objetivos y no discriminatorios. De esta forma, el acuerdo no debía generar un cierre de mercado ni un falseamiento de la competencia ni en el mercado de reventa ni en los mercados descendentes que utilizan estos derechos como input, dependiendo todo ello de los derechos audiovisuales que ponga en el mercado el operador así como de las condiciones en que lo haga. A la vista de los hechos acreditados, la actuación concertada entre DTS y TESAU impidió estos resultados procompetitivos.

Por todo ello, la posible existencia de una relación vertical entre DTS y TESAU para la reventa de los derechos audiovisuales de contenidos futbolísticos, no implica de por sí que dicha relación vertical no fuese contraria a lo dispuesto en los artículos 1 LDC y 101 TFUE, por los motivos expuestos.

4.3. Sobre la insuficiencia de la prueba aportada en la PR para constatar la existencia de una concertación anticompetitiva y desvirtuar la presunción de inocencia

TESAU alega que la imputación que efectúa la PR no se apoya en ninguna prueba directa de la existencia de concertación expresa o tácita entre TESAU y DTS, sino sobre unos indicios que ni han quedado acreditados ni permiten deducir que DTS y TESAU se hayan concertado para obtener un beneficio ilícito en detrimento de la competencia que, según TESAU, es lo que castigan los artículos 1 LDC y 101 TFUE. Añade que no concurren los requisitos probatorios exigidos por la jurisprudencia para hacer uso de la prueba de presunciones y resulta insuficiente para desvirtuar la presunción de inocencia de TESAU, en la medida en que existen otras explicaciones alternativas y razonables de los hechos (folios 5303 a 5307).

DTS se pronuncia en la misma línea a lo largo de todo su escrito de alegaciones a la PR (folios 5241 a 5279)

Respuesta de la Sala

Como se ha afirmado anteriormente en el presente expediente, la DC ha valorado toda la documentación incorporada al mismo (tanto las denuncias recibidas como las respuestas de las imputadas y las denunciadas a los correspondientes requerimientos de información y las alegaciones presentadas a lo largo del procedimiento).

Esta valoración global le ha posibilitado concretar los hechos que considera acreditados así como la participación de las imputadas en los mismos y, ello le ha permitido acreditar la existencia de una actuación concertada entre DTS y TELEFÓNICA en los mercados de adquisición, reventa y explotación de derechos audiovisuales de competiciones regulares de fútbol que ha venido sucediéndose a lo largo de diferentes temporadas, en concreto, durante las correspondientes a 2013/2013, 2013/2014 y 2014/2015.

Pero en dicho análisis la DC no sólo ha tenido en cuenta los hechos referidos a las conductas que se han considerado finalmente acreditadas sino también hechos documentados en el expediente referidos a conductas que finalmente ha considerado susceptibles de estar amparadas por la exención contenida en los artículos 1.3 LDC y 101.3 TFUE y para las que ha propuesto su sobreseimiento parcial, como las referidas al acuerdo de 16 de agosto de 2012 suscrito entre MEDIAPRO y DTS.

De este modo, las conductas finalmente imputadas lo han sido en relación a las pruebas obrantes en el expediente y los indicios hacia los que las mismas

apuntan conforme a un proceso mental razonado y acorde con las reglas del criterio humano, sin que las alegaciones presentadas hayan sido capaces de desvirtuar tales indicios ni el nexo causal entre los mismos y a la conclusión alcanzada.

Por otra parte, como ya vino reconociendo el TDC: *“En los procedimientos en materia de competencia es frecuente acudir a la prueba de presunciones para demostrar la existencia de una infracción, fundamentalmente cuando se trate de conductas colusorias. Las empresas que conciertan sus actuaciones no acostumbran a dejar rastro de sus convenios, si bien los resultados de éstos resultan evidentes, y de ellos se puede deducir la existencia de un acuerdo”* (Resolución del TDC, de 30 de septiembre de 1998, *Vacunas Antigripales*, Expediente 395/97).

La utilización de la prueba de indicios en el ámbito del derecho de la competencia ha venido siendo admitida, igualmente, de forma reiterada por el Tribunal Supremo (SSTS de 6 de octubre y 5 de noviembre de 1997, 26 de octubre de 1998 y 28 de enero de 1999). Así, recuerda el TS, por todas, su sentencia de 26 de abril de 2005 (RJ 2005/3935), que tales pruebas indiciarias deben estar sometidas a un estricto control para ponderar su validez, derivando tal rigor en la valoración de las pruebas indiciarias en el derecho a la presunción de inocencia. Añade dicha sentencia que la racionalidad y solidez de la inferencia en que se sustenta la prueba indiciaria puede efectuarse tanto desde el canon de su lógica o cohesión, de modo que será irrazonable si los indicios acreditados no llevan naturalmente al hecho que se hace desprender de ellos o lo descartan, como desde el canon de su suficiencia o calidad concluyente, no siendo pues razonable cuando la inferencia sea excesivamente abierta, débil o imprecisa.

Sobre la carga de la prueba hace mención, asimismo, la Audiencia Nacional en su sentencia de 23 de diciembre de 2013 en la que, remitiéndose a la sentencia del Tribunal General de la Unión Europea de 3 de marzo de 2011 Caso Siemens/Comisión, asunto T- 110/07 señala sobre la misma que:

“(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)."

Además, encontramos numerosa jurisprudencia comunitaria acerca de la prueba de presunciones como es la Sentencia del Tribunal General de la UE de fecha 12 de diciembre de 2014, en el asunto T-562/08, donde tras reiterar la referencia a la necesidad de que la Comisión ponga de manifiesto pruebas precisas y concordantes, aunque no necesariamente en todos y cada uno de los elementos de la infracción (en referencia a la citada sentencia Dresdner Bank y otros/Comisión), se recoge lo siguiente:

"Aunque incumbe necesariamente a la Comisión demostrar la celebración de un acuerdo ilícito de fijación de precios, sería excesivo exigirle además que aportase pruebas del mecanismo específico previsto para alcanzar dicho objetivo. En efecto, resultaría demasiado fácil para una empresa infractora eludir toda sanción si pudiera utilizar como argumento la vaguedad de las informaciones presentadas sobre el funcionamiento de un acuerdo ilícito, cuando la existencia del acuerdo y su finalidad contraria a la competencia han quedado sin embargo suficientemente acreditadas. En tal situación, las empresas pueden defenderse adecuadamente en la medida en que tengan la posibilidad de formular observaciones sobre todas las pruebas invocadas en su contra por la Comisión (sentencia del Tribunal de 8 de julio de 2004, JFE Engineering y otros/Comisión, T-67/00, T-68/00, T-71/00 y T-78/00, Rec. p. II-2501, apartado 203).

(...)

En cambio, en los casos en los que la Comisión se ha basado en pruebas documentales, incumbe a las empresas afectadas no sólo presentar una alternativa verosímil a su tesis, sino también objetar la insuficiencia de las pruebas utilizadas en la decisión impugnada para demostrar la existencia de la infracción (sentencia JFE Engineering y otros/Comisión, citada en el apartado 154 supra, apartado 187). Tal régimen de prueba no viola el principio de presunción de inocencia (véase en ese sentido la sentencia del Tribunal de Justicia de 8 de julio de 1999, Montecatini/Comisión, C-235/92 P, Rec. p. I-4539, apartado 181).

(...)

Al ser notorias tanto la prohibición de participar en acuerdos y prácticas contrarios a la competencia como las sanciones a las que se pueden exponer los infractores, es habitual que las actividades que comportan tales prácticas y acuerdos se desarrollen clandestinamente, que las reuniones se celebren en secreto, y que la documentación al respecto se reduzca al mínimo. Por consiguiente, no puede exigirse a la Comisión que aporte documentos que acrediten expresamente una toma de contacto entre los operadores afectados. Aunque la Comisión descubra tales documentos, normalmente éstos sólo tendrán carácter fragmentario y disperso, de modo que con frecuencia resulta necesario reconstruir algunos detalles por deducción. En consecuencia, en la mayoría de los casos, la existencia de una práctica o de un acuerdo contrario a la competencia se infiere 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 Aalborg Portland y otros/Comisión, citada en el apartado 98 supra, apartados 55 a 57; véase la sentencia Dresdner Bank y otros/Comisión, citada en el apartado 98 supra, apartados 64 y 65, y la jurisprudencia citada).

Del principio de la libre aportación de la prueba resulta que, aun si la falta de pruebas documentales puede ser pertinente al apreciar globalmente el conjunto de indicios invocados por la Comisión, no tiene por sí sola la consecuencia de que la empresa afectada pueda impugnar las aseveraciones de la Comisión presentando una explicación alternativa de los hechos. Ello es así sólo cuando las pruebas presentadas por la Comisión no logran acreditar la existencia de la infracción de modo inequívoco y sin necesidad de interpretación (sentencia Hitachi y otros/Comisión, citada en el apartado 150 supra, apartado 65; véase también en ese sentido la sentencia del Tribunal de 12 de septiembre de 2007, Coats Holdings y Coats/Comisión, T-36/05, no publicada en la Recopilación, apartado 74)".

Esta Sala considera que las conclusiones que ha alcanzado la DC en su PR se sustentan de modo congruente y conforme a un razonamiento lógico y fundamentado en los hechos acreditados, respondiendo a los estándares fijados

por la jurisprudencia nacional y comunitaria. Conclusiones que, como ya se ha expuesto, las alegantes no han sido capaces de refutar.

La acreditación de las conductas imputadas se basa en documentos y hechos objetivos: las actas de los Consejos de Administración de DTS, las ofertas publicadas en la web de las imputadas, el diseño de la licitación de las ofertas, los contratos firmados entre DTS y TESAU y los efectos en los mercados afectados, entre otros. Los documentos constan fechados y en ellos se identifican tanto las partes intervinientes como el objeto de los mismos. Asimismo, se ha llevado a cabo una valoración objetiva de la información aportada por denunciante y denunciadas tanto en las denuncias recibidas como en los requerimientos de información solicitados, constando expresamente los mismos en el expediente y puesto su contenido a disposición de las partes, al igual que el resto de documentos, debidamente fechados y en los que constan expresamente sus autores.

La interpretación que efectúa la DC de dicha información es la que responde a su contenido literal y a las características de los acuerdos acreditados, sin efectuar ninguna inferencia ni extender su ámbito de aplicación a ámbitos geográficos o temporales no avalados en los propios hechos acreditados y en los documentos incorporados al expediente, por lo que no se considera que se esté realizando un uso impropio de la prueba de presunciones.

4.4. Sobre la concertación entre DTS y TESAU en relación con la adquisición de los derechos de fútbol de la Liga de Campeones

TESAU insiste en que no hay pruebas directas o indirectas en el mercado de adquisición de derechos de contenido de fútbol que permitan constatar una concertación entre DTS y TESAU y que el hecho de que TESAU no presentara una oferta por los contenidos de derechos de fútbol de la UEFA en 2011 es insuficiente para probarla. Explica que no concurre a la subasta del 3 de enero de 2011 al igual que tampoco lo hizo en ninguna otra subasta organizada por la UEFA desde 2002, dado que había optado por un modelo de negocio sublicenciatario. De este modo, no acudía directamente a los titulares de los derechos audiovisuales (los clubes de fútbol -en el caso de competiciones nacionales- y la UEFA -en el caso de competiciones europeas-) ya que contaba con una cobertura y capacidades de producción limitadas en el ámbito de la televisión de pago para producir y editar determinados canales. Asimismo, considera que el cambio de política de TESAU en 2014 no puede cuestionar su conducta tres años antes y que únicamente fue debido a su decisión de evolucionar en su percepción por el mercado hacia una [CONFIDENCIAL].

Por último, afirma que la tesis de la DC pretende fundamentar que en enero de 2011 TESAU ya sabía que si DTS resultaba adjudicataria de la subasta de la UEFA podría disponer de los derechos sobre esos contenidos y acceder a ellos de forma ventajosa sin que se explique cómo TESAU podía conocer este hecho dependiendo, además, de un hecho incierto cual era que DTS resultara adjudicataria de la subasta de la UEFA. Tampoco se prueba, añade, que DTS hubiera tomado la decisión de compartir esos derechos en el caso de resultar adjudicataria, antes de concurrir a la subasta. Lo cual le resulta incoherente con el hecho de que la DC afirme, en relación con la concertación entre ambos operadores para la reventa de esos derechos, que TESAU conoció la intención de DTS de hacer una subasta con posterioridad al 19 de julio de 2012 (folios 5307 a 5310).

Por su parte, DTS hace referencia a que si bien la PR afirma que DTS y TESAU se habrían coordinado en la adquisición de contenidos futbolísticos aun reconociendo la inexistencia de indicios al respecto, lo cierto es que la PR no cumple con la carga de prueba que le corresponde.

Asimismo, manifiesta que TESAU nunca compitió por la adquisición de los derechos de la Liga y la Liga de Campeones (el hecho de que lo hiciera hace 12 años no altera lo anterior) y que la PR sólo podría estar refiriéndose a la supuesta coordinación en la explotación de contenidos (en verano de 2012), ya que la adquisición de los mismos tuvo lugar meses antes. Y, por este motivo, añade que no entiende cómo la supuesta coordinación en la explotación de los contenidos podría haber desincentivado a TELEFÓNICA a la hora de competir por la adquisición de los mismos cuando ésta última fue previa a aquélla (folios 5270 a 5271).

Respuesta de la Sala

Esta Sala considera que esta alegación debe ser igualmente desestimada por los siguientes motivos.

De conformidad con lo expuesto por la DC, TESAU no puede alegar que no ha sido un competidor real en el mercado de adquisición de contenidos futbolísticos. Ello es así por varias razones. En primer lugar, porque en 2002 el Grupo TELEFÓNICA concurre a la subasta de la Liga de Campeones y, además, adquirió los derechos audiovisuales de Liga y Copa del Rey de determinados equipos de fútbol. Por tanto, si bien en 2011 no se constituía en un competidor real en la medida en que no pujó por los derechos, sí lo era potencial. Esto mismo viene avalado por la propia respuesta de DTS al requerimiento de información de la DI de 6 de febrero de 2013, cuando señala expresamente respecto al Consejo de Administración celebrado el 20 de enero de 2011 que *“No obstante teniendo en cuenta la presencia de TELEFÓNICA DE CONTENIDOS*

S.A.U. (filial de TELEFÓNICA) y MEDIASET ESPAÑA COMUNICACIÓN, S.A. ("MEDIASET") en el Consejo de Administración de DTS como accionistas con una participación del 22% cada una, y **la posibilidad de que TELEFÓNICA y MEDIASET como operadores de televisión pudiesen pujar por la referida competición**, no se informó en la citada reunión del Consejo de DTS ni de las condiciones ni del precio a ofertar por esta compañía, siendo la decisión sobre dichas cuestiones realizada en exclusiva por el Consejero Delegado en el ejercicio de sus atribuciones y en el mejor interés de la compañía al tratarse de un activo de indudable valor estratégico para la misma" (folio 2901; subrayado añadido). Por tanto, el carácter de competidor potencial en el mercado de adquisición de contenidos futbolísticos era ya asumido por la propia DTS al inicio del año 2011, más de quince meses antes del comienzo de la infracción imputada.

Y, en segundo lugar, porque tan sólo medio año antes de efectuar sus alegaciones a la PR TESAU obtenía los derechos de Fórmula 1 y de Moto GP (en enero de 2014), que explotará en exclusiva a partir de 2016 y tres meses antes (en abril de 2014) negociaba con la UEFA los derechos de emisión durante los próximos cuatro años, lo que le permitirá ofrecer los partidos clasificatorios de la Eurocopa de 2016 y el Mundial de 2018.

Tampoco puede afirmar que no dispone de cobertura y capacidad de producción suficiente en el ámbito de la televisión de pago para producir y editar determinados canales, pues TESAU creó posteriormente un canal dedicado a la Fórmula 1 "Movistar F1", que se emite en su plataforma de televisión de pago.

En base a ello, la cobertura y la capacidad de producción de TESAU en el ámbito de la televisión de pago para producir y editar determinados canales está sobradamente acreditada, al igual que los incentivos para adquirir contenidos futbolísticos, tal y como evidencia lo expuesto y dado el contexto actual donde los contenidos están siendo muy importantes para lograr posicionarse en los mercados conexos de comunicaciones electrónicas.

Cabe concluir, pues, que TELEFÓNICA era en 2012, efectivamente, un competidor potencial en los mercados aguas arriba de adquisición de contenidos futbolísticos, tal y como fue considerado por DTS desde enero de 2011.

Por otro lado, la ausencia de pruebas directas de la concertación entre DTS y TESAU en la adquisición de contenidos futbolísticos no es óbice para considerar que esta no ha tenido lugar. Así, los indicios obtenidos sobre la concertación entre ambos operadores en los mercados verticalmente relacionados de explotación de estos contenidos futbolísticos permite deducir que esta concertación se extendió a la adquisición de contenidos. En este sentido, cabe destacar que el hecho de que TESAU no presentara ofertas directas por aquéllos propicia este tipo de

deducciones. Pero, además, la certeza que tenía TESAU en relación con la explotación de dichos contenidos aguas abajo, de los cuales podría disponer con ventajas sobre el resto de operadores gracias a la concertación que había alcanzado con DTS, desincentivó a TESAU a competir por la adquisición de los mismos, como muestran los hechos acreditados.

En este sentido, resulta indiferente que la concertación en la explotación de dichos contenidos que se imputa a las alegantes tuviera lugar seis meses después de la adjudicación de su adquisición, ya que se estima que la concertación en la adquisición de dichos contenidos audiovisuales fue el paso previo a la concertación en la explotación de los mismos.

A lo anterior hay que añadir que la oferta de TESAU de 10 de agosto de 2012, presentada para la adquisición de Canal+ Liga de Campeones no se efectuó en condiciones de mercado, dado que la rentabilización minorista de este contenido por TESAU era muy complicada debido a las condiciones de comercialización a la carta establecidas por DTS y el precio minorista de este canal anunciado por DTS en su Consejo de Administración de 8 de agosto de 2012.

4.5. Sobre la concertación de DTS y TESAU en la reventa de Canal+ Liga y Canal+ Liga de Campeones

DTS alega que la PR no ha acreditado ninguna concertación entre TESAU y DTS ni ha cumplido con la carga de prueba que le incumbe en relación con los indicios a los que hace referencia, tal y como exigen la jurisprudencia comunitaria y nacional (folios 5245 a 5248).

TESAU, en el mismo sentido, señala que la PR no alude a pruebas directas sino a meros indicios, insuficientes para desvirtuar su presunción de inocencia (folios 5310 a 5311).

Entre esos indicios destacan los que se exponen a continuación.

a) En relación con la existencia de un cauce de comunicación entre DTS y TESAU por la presencia de esta última en el Consejo de Administración de DTS

DTS indica que ha acreditado que los consejeros designados por TELEFÓNICA DE CONTENIDOS no asistieron a la reunión del Consejo de Administración de DTS de 19 de julio de 2012 y que no se les dio traslado del Acta de dicha reunión hasta el 18 de octubre de 2012, sin que la PR haya aportado prueba alguna de que dichos Consejeros tuvieron conocimiento de su intención de realizar la subasta antes que el resto de operadores (folios 5252 a 5253).

TESAU insiste, en relación con el Canal+ Liga de Campeones, en que: (i) no es accionista de DTS ni tiene la facultad de proponer la designación de ningún miembro del Consejo de Administración de DTS; (ii) los miembros del Consejo de Administración de DTS designados a propuesta de TELEFÓNICA DE CONTENIDOS desempeñan su cargo a título personal, por lo que no pueden comprometer la responsabilidad de TESAU y están sometidos al deber de confidencialidad y lealtad en virtud de lo dispuesto en el artículo 232.1 de la Ley de Sociedades de Capital; (iii) ninguno de esos consejeros estuvo en la reunión del Consejo de Administración de DTS de 19 de julio de 2012; (iv) en esa reunión tan sólo se trató la situación de las negociaciones con MEDIAPRO y la posibilidad de subastar Canal+ Liga 2 y Canal+ Liga de Campeones sin indicar detalles sobre fechas o condiciones de dicha subasta; (v) que las cuestiones tratadas en el Consejo de Administración de DTS de 8 de agosto de 2012 estaban subordinadas a los términos finales en los que se cerrase el acuerdo con MEDIAPRO, por lo que no son susceptibles de ser calificadas como “información privilegiada y vital” (folios 5312 a 5313).

Añade que la PR se contradice cuando, por un lado, apunta a una concertación derivada de la presencia de TELEFÓNICA DE CONTENIDOS en el Consejo de Administración de DTS y, por otro, señala que podría haberse establecido un cauce de comunicación bilateral entre TESAU y DTS al margen de ese Consejo (folios 5314 a 5315).

En relación con el cauce de comunicación que se le imputa con respecto a la comercialización de Canal+ Liga, TESAU señala que la DC no aporta ninguna prueba de ello y que DTS no obtuvo la titularidad de los derechos de fútbol hasta el 16 de agosto de 2012, previa mediación del Secretario de Estado de Deportes, por lo que dicha comunicación previa entre ambos operadores difícilmente puede tener lugar antes del día 17 de agosto de 2012, fecha en la que TELEFÓNICA resultó adjudicataria y presentó su promoción. Sobre la comercialización de esta promoción, alega que dicha decisión fue adoptada en julio de 2012 como prueba el “*Plan renovación derechos de la Liga BBVA (Liga 2012-2013)*” que elaboró para la reunión de su Comité de Dirección de 24 de julio de 2012 y que adjunta a su escrito, por lo que no puede sostenerse que dicha oferta sólo puede explicarse por la existencia de un canal de comunicación previo con DTS (folios 5314 a 5318).

Asimismo, TESAU indica que el hecho de que solicitara un aval antes del 7 de agosto para poder presentar su oferta el día 10 no puede considerarse prueba de la existencia de un cauce de información y de una concertación entre las dos empresas (folios 5315 a 5316). DTS comparte esa opinión dado que desde el 30 de julio de 2012, fecha en la que lanzó su oferta, los operadores conocían la necesidad de contar con un aval para presentar sus ofertas (folios 5252 a 5253).

Respuesta de la Sala

Esta Sala entiende que esta alegación debe ser desestimada por las razones que se exponen a continuación.

Sobre las alegaciones de TESAU referidas a que no es accionista de DTS ni tiene la facultad de proponer la designación de ningún miembro del Consejo de Administración de DTS, esta cuestión ya ha tenido respuesta en el apartado “4.1. *Sobre la errónea imputación a TESAU*” de esta Resolución, en el que se ha concluido que en tanto que TESAU y TELEFÓNICA DE CONTENIDOS son filiales al 100% de TELEFÓNICA, se considera que, a efectos de la aplicación del derecho de defensa de la competencia, las mismas conforman una única unidad económica, por lo que no es posible aceptar este argumento.

En relación a que los miembros del Consejo de Administración de DTS designados a propuesta de TELEFÓNICA DE CONTENIDOS desempeñan su cargo a título personal, por lo que no pueden comprometer la responsabilidad de TESAU y están sometidos al deber de confidencialidad y lealtad, este argumento tampoco puede ser aceptado. Así, estos Consejeros no están presentes en el Consejo de Administración de DTS a título personal, sino como representantes del Grupo TELEFÓNICA y con el objeto de defender los intereses de este accionista de DTS, por lo que no se puede admitir que los mismos tienen el deber de actuar de forma aislada al Grupo TELEFÓNICA o que su deber de secreto excluye al Grupo TELEFÓNICA en función de lo previsto en la Ley de Sociedades de Capital, como ya se ha comentado. No obstante, como reiteradamente se ha expuesto, por todas, en la Resolución del Consejo de la CNMC de 19 de febrero de 2015, expediente S/474/13 Precios de Combustibles, las autoridades de defensa de la competencia españolas tradicionalmente han considerado que las empresas no pueden desvincularse, mediante meras afirmaciones genéricas, de las actuaciones contrarias a la competencia de sus empleados o representantes que han sido acreditadas en la investigación. No se requiere, pues, que los empleados consten como apoderados de la empresa para que pueda imputarse a la ésta una infracción, pues de este modo sería suficiente con que los contactos anticompetitivos fueran encomendados a empleados a los que no se les confiera formalmente el poder de representación.

El hecho de que los Consejeros de TELEFÓNICA DE CONTENIDOS no estuvieran físicamente presentes en la reunión del Consejo de DTS de 19 de julio de 2012 no permite acreditar que los mismos no fueran informados de su contenido. De hecho, forma parte de las funciones de un Consejero informarse acerca de los temas tratados en las reuniones a las que no asiste, por lo que sería lícito y previsible, como expone la DC, que los Consejeros de TELEFÓNICA DE CONTENIDOS se pusieran en contacto con sus homólogos en DTS a dichos

efectos. Los hechos que acontecieron posteriormente de los que son partícipes ambos operadores muestran lo contrario. Así, el que tanto la subasta efectuada por DTS en relación con Canal+ Liga de Campeones como la oferta tipo elaborada por DTS para la comercialización mayorista de Canal+ Liga estuvieran hechas a medida de TESAU en base a sus necesidades y obstaculizaran y/o impidieran la participación en la misma del resto de operadores pone de manifiesto la existencia de una concertación previa entre DTS y TESAU y, por tanto, cauces de comunicación entre ambas, en el seno del Consejo de Administración de DTS o fuera de éste. Asimismo, el que TESAU incluyera en su web la oferta de Canal+ Liga en su plataforma de televisión de pago el día 17 de agosto de 2012, cinco días antes de que recibiera formalmente la oferta de DTS, el 22 de agosto de 2012 (folios 2803 a 2812), la cual fue aceptada por TESAU ese mismo 22 de agosto (folio 2814), evidencia ese cauce de información previa entre ambas.

Por otro lado, aunque ambos operadores aleguen que el Consejero Delegado tomó unilateralmente la decisión de sacar a subasta el Canal+ Liga de Campeones, ello no demuestra por sí mismo que dicha decisión no se adoptara teniendo en cuenta las opiniones del resto de Consejeros ni tampoco que éstos no estuvieran al tanto de las condiciones de la misma.

En cuanto al contenido de la reunión del Consejo de DTS de 19 de julio de 2012, los hechos acreditan que en el tercer punto del Orden del día se expuso como objetivo para Canal+ [CONFIDENCIAL] (folio 3116). Ambos se fijan como “objetivos”, no como posibilidades, como alega TESAU. En tanto que objetivos, forman parte, pues, 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* (en adelante, la *Comunicación de la Comisión*) debe considerarse información estratégica “*Como ejemplos de información que puede considerarse secreto comercial cabe citar (...) la estrategia comercial (...)*”.

Asimismo, en el Acta del Consejo de Administración de DTS de 8 de agosto de 2012 el Consejero Delegado expuso los precios previsibles para el Canal+ Liga de Campeones: [CONFIDENCIAL] euros+ IVA (folio 3136). Esos mismos precios aparecen reflejados en el Informe que se adjunta al Acta “*Canal+ Fútbol T12/13-T14/15*” como parte de la oferta comercial de DTS (folio 3145). Y, de hecho, ése es el precio que aplicó a este Canal según la campaña comercial que lanzó el 20 de agosto de 2012. Por tanto, en base a lo dispuesto en el ya mencionado párrafo 18 de la *Comunicación de la Comisión “Como ejemplos de información que puede considerarse secreto comercial cabe citar (...) la estructura de costes y precios (...)*”, dicha información también es susceptible de ser considerada secreto comercial.

En consecuencia, esta Sala entiende que de ambos tipos de informaciones deben considerarse “*información privilegiada*”, tal y como afirma la DC.

Por último, en relación con que la presentación de aval de TESAU el 7 de agosto no puede acreditar la existencia de un cauce de información entre DTS y TELEFÓNICA ni la concertación entre ambas, esta Sala discrepa de las alegantes.

En este sentido, cabe recordar que el plazo para presentar ofertas fue escaso si además se tiene en cuenta que la solicitud de ofertas exigía el cumplimiento de una serie de garantías muy cuantiosas: (i) aval a primer requerimiento del 15% del total ofertado por la temporada 2012/2013 emitido por una entidad bancaria de primer nivel y (ii) 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. Esto es, de acuerdo con la DC, sólo un operador que hubiera conocido de antemano lo que se va a ofertar y en qué condiciones podría evaluar la inversión y diseñar perspectivas de rentabilidad, formular las ofertas y presentar los avales bancarios, en un plazo tan breve y dada la elevada cuantía de los avales exigidos. Por tanto, estos factores obstaculizan el acceso de terceros a estos derechos de retransmisión de acontecimientos futbolísticos y refuerzan la relevancia estratégica de que TELEFÓNICA haya conocido con anterioridad la intención de DTS de subastar el canal con carácter exclusivo.

b) En relación con la falta de racionalidad económica en la conducta de DTS

DTS considera que no corresponde a la DC cuestionar la racionalidad económica de su decisión de celebrar una subasta en lugar de proceder a una comercialización mayorista de Canal+ Liga de Campeones, dado que en ese momento se encontraba con graves problemas financieros. Señala que dos fueron las razones que le llevaron a considerar la fórmula de la subasta: (i) una comercialización mayorista de Canal+ Liga de Campeones no habría permitido a DTS obtener los ingresos necesarios para recuperar y rentabilizar la inversión realizada en la adquisición de los derechos de la Liga de Campeones; y, (ii) dada la evolución negativa de su tasa de abonados a la televisión de pago, necesitaba una fórmula de comercialización que le garantizara la obtención de unos ingresos ciertos no dependientes de una hipotética evolución de las altas. Añade que una comercialización mayorista hubiera disminuido el valor diferenciador del Canal, diluyéndolo en el caso de que todos los operadores tuvieran el mismo contenido, por lo que la estimación de los ingresos que podría obtener en este caso serían inferiores a los obtenidos a través de la subasta del Canal (folios 5249 a 5251).

TESAU considera verosímil la explicación facilitada por DTS (folio 5318).

Respuesta de la Sala

Esta Sala entiende que esta alegación debe ser desestimada, de conformidad con lo expuesto por la DC en su PR.

Así, esta Sala considera que para que DTS afirme que la comercialización mayorista de Canal+ Liga de Campeones no le resultaba tan rentable como su subasta, debía de conocer previamente a ésta que la oferta de TESAU sería lo suficientemente atractiva y no de mercado como para decantarse por esta opción. Y ello en la medida en que, en condiciones competitivas normales, resulta improbable que un operador estuviera dispuesto a pagar las cantidades ofrecidas por TESAU.

En esta línea, cabe destacar que la oferta de TESAU de 10 de agosto de 2012 por cada temporada de Canal+ Liga de Campeones obliga a obtener una penetración de más de 390.000 clientes al precio minorista que anunció DTS en su Consejo de Administración de 8 de agosto de 2012, lo que representa una parte muy importante de la planta de clientes de TESAU, y algo complicado de alcanzar en el contexto de comercialización a la carta exigido por DTS en su convocatoria de la subasta, teniendo en cuenta que 2012 fue período de crisis, como han alegado las propias empresas imputadas, circunstancia que dificultaba la captación de clientes. Por tanto, ello es un indicio más de la actuación concertada entre DTS y TESAU.

A juicio de esta Sala, la conducta de DTS adolece de falta de racionalidad económica en la medida en que considera que los ingresos mayoristas le pueden permitir recuperar el desembolso efectuado a la UEFA, cuando una conducta racionalmente económica cuestionaría si los mayores ingresos mayoristas obtenidos como resultado de la comercialización mayorista de Canal+ Liga de Campeones pueden compensar los menores ingresos minoristas derivados de la pérdida de exclusividad de dicho Canal. Así, una vez roto el vínculo de la exclusividad, lo óptimo sería maximizar la distribución de ese contenido exclusivo.

Por otra parte, DTS podría haber recurrido al pago de un coste fijo por Canal+ Liga de Campeones en lugar de a un precio mayorista por abonado para así no depender de la evolución de las altas.

Asimismo, tampoco se entiende que teniendo DTS como objetivo maximizar sus ingresos por la subasta de dicho Canal, limitara la competencia en la presentación de ofertas económicas entre los operadores de televisión de pago. Es el caso de MEDIAPRO, que había explotado los contenidos de la Liga de Campeones en las

temporadas anteriores y que no fue invitado a participar en la subasta por no ser operador de comunicaciones electrónicas, aunque sí de televisión de pago, de conformidad con el punto tercero de las condiciones de la subasta, “*Procedimiento y criterios de participación en la subasta*” (folio 1568). Pero, además, dado que DTS no podía ofrecer servicios de comunicaciones electrónicas, cabría esperar que hubiera aprovechado la oportunidad para diferenciarse de sus competidores. Así, habiendo perdido su principal valor añadido al permitirle a su principal competidor, TESAU, replicar su capacidad para emitir todo el fútbol, la lógica económica llevaría a extenderlo al resto de operadores con la finalidad de aumentar la capilaridad de su distribución minorista y, de este modo, maximizar sus ingresos, decisión que no adoptó.

Por otro lado, en sus alegaciones a la PR DTS explica que adoptó la decisión de subastar Canal+ Liga de Campeones en un contexto económico de máxima tensión de caja y graves problemas financieros. En el PCH alegó la necesidad de disponer de mayores recursos para seguir negociando la explotación de los derechos de Liga con MEDIAPRO, aunque ahora obvia esa explicación. Sin embargo, lo cierto es que la adquisición de contenidos de Canal+ 1 implicaba unos costes muy superiores a la de Canal+ Liga de Campeones., como muestran los precios minoristas establecidos inicialmente por DTS en ambos canales.

Pero, además, esta Sala considera que la necesidad urgente de caja alegada por DTS también puede ser cuestionada por diferentes motivos. En primer lugar, porque DTS asumió sus compromisos en relación con los pagos a la UEFA siendo consciente de su importe y de su situación financiera, por lo que no se entiende cómo tan sólo meses después de comprometerse con la UEFA podía necesitar liquidez con tanta urgencia y sin motivo aparente. Y, en segundo lugar, porque el 19 de julio de 2012 estaba dispuesta a abonar a MEDIAPRO una cantidad muy superior a la que finalmente abonó el 16 de agosto, casi 800 millones de euros más (el 19 de julio estaba dispuesto a pagar 1.750 millones de euros a cambio de adquirir todos los derechos, incluida la TDT, mientras que el 16 de agosto de 2012, un mes después, desembolsó una cantidad 1.770 millones de euros a la que hay que restar la contraprestación que MEDIAPRO abonó a DTS por los derechos que explotará en exclusiva, que ascienden a 808 millones de euros).

c) En relación con la rápida reacción de TESAU a la intención de DTS de subastar Canal+ Liga de Campeones y distribuir Canal+ Liga a nivel mayorista

TESAU alega un error material en la PR en relación con la fecha en la que presentó su oferta en relación con Canal+ Liga de Campeones. Así, mientras la DC señala como tal la correspondiente al día en que DTS informó formalmente a los operadores de la convocatoria de la subasta, esto es, el 30 de julio de 2012,

TESAU afirma que presentó su oferta el último día del plazo, el 10 de agosto de 2012.

En relación con que TESAU replicó la oferta de DTS en cuestión de horas, TESAU señala que se limitó a adaptarse a las circunstancias del mercado y ampliar su promoción para seguir compitiendo con DTS en la captación de abonados, sin que le quedara más opción que modificar sus condiciones

Por otro lado, en cuanto a Canal+ Liga, TESAU alega que aceptó la oferta de DTS el mismo día en que le fue notificada dado que era el único operador que no disponía de una oferta de fútbol para presentar a sus clientes en otoño de 2012 y tenía que actuar rápido, razón por la que consideró que no le era favorable retrasar la negociación ni generar obstáculos que dificultaran poder recibir la señal de los partidos que se iban a emitir (folios 5318 a 5320).

DTS afirma que la PR no acredita que TESAU tuviera conocimiento de las condiciones de la oferta mayorista de Canal+ Liga con anterioridad al 22 de agosto de 2012 y antes que los demás operadores al anunciar la comercialización de este canal en su web el 17 de agosto de 2012. Afirma que DTS el mismo 17 de agosto de 2012 envió a todos los operadores un correo electrónico por el que les comunicaba que, en virtud del acuerdo con MEDIAPRO alcanzado el día anterior, iba a comercializar a terceros operadores dicho canal mediante una oferta mayorista que realizaría la semana siguiente.

Añade que tampoco es cierto que TESAU únicamente habría podido fijar el precio de Canal+ Liga conociendo previamente las condiciones de comercialización mayorista puesto que disponía de múltiples referencias para fijar sus precios minoristas, como el precio aplicado para la temporada anterior por un producto similar como Gol T distribuido por TESAU o el hecho de que DTS comercializara canales equivalentes a determinados precios. Además, indica que a 17 de agosto de 2012, TESAU era el único operador que no tenía acceso a la emisión de la Liga tras la extinción, el 30 de julio de 2012, del contrato que tenía firmado con MEDIAPRO para la distribución de Gol T (folio 5269 a 5270).

Respuesta de la Sala

Esta Sala considera que esta alegación debe de ser igualmente desestimada, en la medida que la misma no permite desvirtuar los hechos acreditados en el expediente.

En cuanto al error material de la PR alegado por TESAU en relación con la fecha en la que presentó su oferta en relación con Canal+ Liga de Campeones, efectivamente en el expediente ha quedado acreditado cómo la subasta fue lanzada por DTS el día 30 de julio de 2012 (folios 1565 y siguientes) y la oferta de TESAU fue presentada el último día del plazo establecido para ello, el 10 de

agosto de 2012 (folios 2854 y siguientes). Así, si bien en el párrafo 64 de la PR (no el 63, como indica TESAU) se indica que TESAU presentó su oferta económica el mismo día que DTS informó formalmente a los operadores de telecomunicaciones de la subasta, en los párrafos (105) y (111) del apartado 4.2. del PCH se indicaba, como consta acreditado, que esa oferta se presentó el 10 de agosto de 2012.

No obstante, este error material no es óbice para considerar que, ciertamente, la reacción de TESAU a la intención de DTS de subastar Canal+ Liga de Campeones y distribuir Canal+ Liga a nivel mayorista fue inusualmente rápida.

De este modo, como ya se ha comentado, en relación con Canal+ Liga de Campeones, TESAU no sólo consiguió el aval (folio 2854) necesario para acceder a la subasta a 7 días tan sólo de habersele comunicado la oferta sino que el hecho de haberlo conseguido en ese escaso período de tiempo confirma que TESAU fue capaz, como máximo en el transcurso de esos 7 días, de evaluar la rentabilidad de este negocio y ofrecer a DTS una oferta económica insólitamente elevada para situaciones de mercado normales. Ésta respuesta resulta particularmente rápida si tenemos en cuenta que el plazo cubría sólo 10 días, plazo muy escaso para presentar una campaña comercial aceptable y obtener un aval por una cuantía tan elevada que, además, tuvo lugar en un mes típicamente vacacional como es el de agosto.

Igualmente, en el ámbito minorista TESAU replicó la oferta de DTS (folios 1803 y 1804) en relación con la gratuidad del Canal+ Liga de Campeones en cuestión de horas. De hecho, los medios de comunicación anunciaron a primera hora del día 12 de septiembre de 2012 (folios 1887 y siguientes) que DTS ofrecería gratuitamente este Canal sin coste alguno a sus abonados que tuvieran contratado o contrataran el paquete PLUS (Canal+ 1) y/o Canal+ Liga y paquetes superiores hasta final de temporada (el 31 de julio de 2013). Ese mismo día, a las 18:00 horas, en la comunidad Movistar de una web especializada se anunciaba que los clientes de Imagenio Familiar e Imagenio Deportes disfrutarían sin coste adicional los partidos de la Liga de Campeones hasta final de temporada (folios 1806). A esta rápida reacción de TESAU hay que añadir que este movimiento de precios implicaba un incumplimiento de las condiciones inicialmente establecidas por DTS, distorsionando el resultado inicial de la subasta.

Con respecto al Canal+ Liga, TESAU aceptó la oferta tipo de DTS el mismo día en que le fue notificada, acogándose a la modalidad flexible (folios 2803 a 2812 y 2814) 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. El hecho adicional de que TESAU incluyera en su plataforma de televisión de pago la oferta de Canal+

Liga el día 17 de agosto de 2012, con anterioridad a que recibiera formalmente la oferta de DTS, el 22 de agosto, es una evidencia más de que TESAU tenía conocimiento de las condiciones de la oferta mayorista de Canal+ Liga antes que los demás operadores y, por tanto, de la existencia de concertación entre ambos operadores. Evidencia que no queda destruida por el correo de 17 de agosto de 2012 que DTS envió a TELEFÓNICA, como señalan las alegantes, en la medida en que en dicho correo se especificaba expresamente que la oferta mayorista para la distribución de dicho canal se realizaría en la siguiente semana. Cuestión que, además, figuraba en el acuerdo suscrito entre DTS y MEDIAPRO el 16 de agosto.

En relación con ello, TESAU no puede argumentar que era el único operador que no disponía de una oferta de fútbol para presentar a sus clientes en otoño de 2012, dada la extinción del contrato que mantenía con MEDIAPRO para la distribución de GOL T el 30 de julio de 2012, pues tenía la posibilidad de continuar su relación comercial con MEDIAPRO hasta el 30 de septiembre de 2012. De esta forma, podría haber emitido los partidos de Liga y Copa de S.M. el Rey de fútbol que se emitían a través de GOL T hasta esa fecha, pues la cláusula 8 del contrato que DTS y MEDIAPRO firmaron el 16 de agosto de 2012 admitía que MEDIAPRO comercializara el canal GOL T a terceros operadores de televisión de pago hasta el 30 de septiembre.

Tampoco puede alegar que no tuviera margen para negociar, en tanto que el resto de operadores de televisión de pago negociaron modificaciones a la oferta tipo, trasladadas a todos los operadores, hasta en tres ocasiones.

Por tanto, la decisión de TESAU de dejar de emitir GOL T el 30 de julio de 2012 habría sido una decisión voluntaria adoptada en el marco de la actuación concertada acreditada en este expediente, como expone la DC.

Por último, en relación con el argumento esgrimido por DTS en relación con que no cierto que TESAU únicamente hubiera podido fijar el precio de Canal+ Liga conociendo previamente las condiciones de comercialización mayorista puesto que disponía de múltiples referencias para fijar sus precios minoristas, esta Sala no puede compartirlo.

En el Consejo de Administración de DTS de 8 de agosto de 2012 se expusieron, entre otros, los precios que DTS iba a aplicar en relación con Canal+ Liga (folio 3136), reunión a la que sí asistió uno de los Consejeros de TELEFÓNICA DE CONTENIDOS. En consecuencia, no sólo la aceptación de la oferta por TESAU el mismo día que la recibió evidencia lo contrario, dado el breve espacio de tiempo del que dispuso para valorar la fijación de determinados precios sino que, además, la oferta de TESAU fue publicada en su web cinco días antes de recibir

oficialmente la oferta de DTS. Queda de manifiesto, pues el trasvase de información previo entre ambos operadores.

d) En relación con el privilegio que habrían otorgado a TESAU las condiciones de la subasta de Canal+ Liga de Campeones y de la oferta tipo de Canal+ Liga

TESAU insiste en que las condiciones para la reventa se fijaron de forma autónoma e independiente por DTS, sin que consten pruebas en el expediente que acrediten su participación en dichas condiciones.

En relación con Canal+ Liga de Campeones, entiende que los análisis llevados a cabo por la CNMC en relación con las ofertas comerciales de TESAU no han considerado que la adquisición de contenidos audiovisuales por parte de ésta se haya realizado de forma no rentable ni que dichas ofertas no fueran replicables (folios 5321a 5322).

Señala que la DC se contradice al exponer, por un lado, que TESAU ha dispuesto de más tiempo e información para hacer su estudio de rentabilidad y, por otro, considerar que DTS ya sabía con anterioridad al 30 de julio de 2012 que TESAU concurriría a la subasta y con un precio inusualmente alto.

DTS alega que estableció las condiciones de la subasta de Canal+ Liga de Campeones en base a las siguientes razones: (i) exigió un aval porque necesitaba garantizar el precio de la sub-licencia de Canal+ Liga de Campeones dado que los pagos que DTS debía efectuar a la UEFA estaban igualmente garantizados; (ii) el plazo para presentar ofertas lo estableció a la vista de la urgente necesidad de caja que tenía en esos momentos al haberle abonado el primer pago a la UEFA en julio de 2012 y necesitar seguir negociando con MEDIAPRO la explotación de los derechos de Liga; y, (iii) exigió que el adjudicatario fuera un operador habilitado para prestar un servicio de comunicaciones electrónicas que difundiera canales de televisión de ámbito nacional dado que se trataba de un producto de alta calidad y puesto que la UEFA prima en sus criterios de licitación la capacidad del operador para asegurar la máxima difusión de las competiciones, por lo que se basó en los mismos criterios exigidos por aquélla.

Por ello considera que MEDIAPRO, que sólo tenía dos canales TDT, no podía garantizar la difusión en directo de la totalidad de los partidos y señala que no aceptó las ofertas conjuntas porque necesitaba disponer de un interlocutor único que asumiera la responsabilidad de los compromisos que había asumido frente a la UEFA.

Asimismo, afirma que ningún operador se dirigió a DTS para quejarse de que el plazo para presentar ofertas fuera muy corto o para discutir cualquiera de las condiciones de la oferta, ni siquiera para presentar una oferta (folios 5255 a 5256).

Por último, DTS considera que el conocimiento por parte de TESAU de los precios de las tarifas minoristas que DTS preveía aplicar para Canal+ Liga de Campeones a través de la reunión de su Consejo de Administración de 8 de agosto de 2012 no acredita ninguna concertación para privilegiar a TESAU en la subasta de dicho canal porque no revela su estrategia de comercialización minorista ya que funcionan como meras referencias, suelen ser objeto de promociones y los clientes suelen contratar el canal junto con otros paquetes de contenido distinto, por lo que el precio relevante para el cliente final de DTS no es el precio del canal sino el precio global del paquete que se contrata conjuntamente con aquél. Por tanto, los precios mencionados en la reunión de 8 de agosto no tenían utilidad para TESAU y sólo se aplicaron desde el 20 de agosto hasta el 13 de septiembre de 2012 (folios 5253 a 5254).

En cuanto al Canal+ Liga, TESAU indica que la DC no ha demostrado que la modalidad de distribución flexible fuera más ventajosa para TESAU ni que se hubiera diseñado a su medida. Tampoco las razones que habrían llevado a DTS a privilegiar a TESAU (folios 5321 a 5323).

Por su parte, DTS señala que el diseño de la oferta tipo mediante la distinción entre una modalidad flexible y una modalidad a la carta pretendía redistribuir de manera proporcional y equilibrada entre los distintos operadores los elevados costes que DTS tuvo que asumir para la adquisición de los derechos de la explotación de la Liga y la Copa de S.M. el Rey (folios 5258 a 5259).

Por otro lado, señala que el modelo de comercialización de DTS fue continuista en relación con el adoptado en el trienio anterior por MEDIAPRO en la comercialización de Gol T (folios 5264 a 5265).

En relación con la negativa de dar acceso a la modalidad flexible a AOTEC, DTS explica que respondió a necesidades operativas relacionadas con la gestión de las relaciones con estos pequeños operadores y con la reducción de los costes de gestión (folios 5265 a 5266).

En cuanto a OPENCABLE, DTS señala que no es cierto que haya impedido a este operador el acceso a la modalidad flexible de la oferta tipo por requerir el pago de lo establecido en el apartado 6.2.b) de dicha oferta (folios 5264 a 5265).

Respuesta de la Sala

Esta Sala considera que esta alegación debe ser desestimada por las siguientes razones.

En primer lugar, TESAU insiste en que las condiciones para la reventa se fijaron de forma autónoma e independiente por DTS. A lo largo de esta Resolución, sin embargo, se viene demostrando cómo ambos operadores se concertaron para llevar a cabo una actuación conjunta en los mercados de adquisición y reventa de competiciones regulares de fútbol.

Esto se confirma en la medida en que las condiciones de la subasta de Canal+ Liga de Campeones convocada por DTS estaban orientadas, por un lado, a rentabilizar la operación para DTS y, por otro, a favorecer la posición de TESAU frente a sus competidores, como ya se ha expuesto en los apartados anteriores *b) En relación con la falta de racionalidad económica en la conducta de DTS* y *c) En relación con la rápida reacción de TESAU a la intención de DTS de subastar Canal+ Liga de Campeones y distribuir Canal+ Liga a nivel mayorista* así como en el fundamento jurídico séptimo “*Valoración de la Sala de Competencia del Consejo*” a los que esta Sala se remite. A estos mismos apartados se remite esta Sala en relación con la alegación de TESAU referida tanto a la rentabilidad de la adquisición de contenidos como a la replicabilidad de las ofertas.

En cuanto a la exigencia de aval para garantizar la subasta de Canal+ Liga de Campeones, del contrato suscrito entre la UEFA y DTS no se desprende la existencia de dicha obligación. DTS únicamente estaba obligada a transmitir el canal en su propia plataforma de pago, sin que ninguna cláusula obligara a terceros operadores que distribuyeran el canal. Pero es que, además, en el contrato que DTS firmó con la UEFA, ésta le daba la posibilidad a DTS de no presentar aval si abonaba la totalidad en los diez primeros días hábiles desde la fecha del contrato, opción que DTS no ofreció en la subasta. No obstante, de acuerdo con la DC, carecen de lógica las razones esgrimidas por DTS para exigir el aval pues, de hecho, si su objetivo hubiera sido maximizar sus ingresos y dicho aval lo limitara, lo racional hubiera sido o bien no solicitarlo o bien ampliar su plazo de presentación.

En relación con el plazo fijado para la presentación de ofertas, como ya se ha venido comentando, no resulta creíble que se pueda justificar por la necesidad de caja que tenía DTS en esos momentos, dado que sus compromisos con la UEFA tuvieron lugar tan sólo unos meses antes y, por tanto, DTS debía de ser consciente entonces de su situación financiera y de sus obligaciones para con la UEFA. Razones suficientes para no entender decisiones tan precipitadas, como se ha explicado más detenidamente en el apartado “*4.5.b) En relación con la falta de racionalidad económica en la conducta de DTS*” y al que esta Sala se remite.

Con respecto al hecho de que exigió que el adjudicatario fuera un operador habilitado para prestar un servicio de comunicaciones electrónicas que difundiera canales de televisión de ámbito nacional, esta Sala insiste en que los compromisos vinculaban a la UEFA y a DTS, no a terceros operadores con la UEFA. Por tanto, en la medida en que el contrato firmado entre aquéllas (folios 1541 y siguientes) no establece obligaciones que deban ser exigidas a terceros operadores, la intención última del establecimiento de las mismas apuntan a que iban destinadas a ser cumplidas por uno sólo de los operadores: TESAU. De hecho, la exigencia añadida acerca de que fuera capaz de lograr la máxima difusión del contenido del canal, tal y como subraya la DC, debería de serle indiferente a DTS, en tanto que, mientras el operador le abonara lo pactado por los derechos adquiridos, podría resultarle hasta ventajoso que el adquirente no tuviera capacidad para competir con su plataforma de pago.

En cuanto a MEDIAPRO, frente al argumento relativo a la “tormentosa relación” que DTS invocó en sus alegaciones a la PR, ahora indica que puesto que sólo tenía dos canales TDT, no podía garantizar la difusión en directo de la totalidad de los partidos. Sin embargo, MEDIAPRO dispuso en exclusiva de los derechos de emisión por televisión de pago de la Liga de Campeones para las temporadas 2009/2010 a 2011/2012. Asimismo, adquirió en exclusiva los derechos de televisión de pago de la Copa de Europa de la UEFA (“Europa League”) para las temporadas 2012/2013 a 2014/2015, derechos que antes estaban en manos de DTS. Por tanto, no resulta aceptable el argumento esgrimido por DTS para descartar a MEDIAPRO de la oferta.

En referencia a la no aceptación por DTS de las ofertas conjuntas, como ya señaló la DC en la PR, las mismas no excluyen que haya un único interlocutor ni que las partes respondan de forma solidaria de los compromisos asumidos.

Asimismo, DTS afirma que ningún operador le dirigió ninguna queja acerca de que el plazo para presentar ofertas fuera muy corto o para discutir cualquiera de las condiciones de la oferta. Sin embargo, las denuncias presentadas por MEDIAPRO y los operadores de cable en relación con este expediente, dos días antes de que quedara resuelta la subasta, ponen de manifiesto las quejas de los diferentes operadores de televisión de pago. Pero, además, éstas habían sido expresadas públicamente, por lo que DTS no puede alegar su desconocimiento, pues bien a título informal o bien a través de los medios de comunicación tuvo que llegarle alguna noticia sobre las mismas.

Por otro lado, DTS considera que el conocimiento por parte de TESAU de los precios de las tarifas minoristas que DTS preveía aplicar para Canal+ Liga de Campeones no acredita ninguna concertación para privilegiar a TESAU. Esta Sala discrepa con la alegante en la medida en que, como ella misma, reconoce, los precios expuestos en la reunión de su Consejo de Administración de 8 de agosto

de 2012 efectivamente fueron aplicados, por lo que no puede hablarse de meras referencias. Así, tal y como se ha expuesto en el apartado 4.5.a) *En relación con la existencia de un cauce de comunicación entre DTS y TESAU por la presencia de esta última en el Consejo de Administración de DTS*, dicha información debe de ser considerada como secreto comercial de DTS. De hecho no sólo constaba como parte de la oferta comercial de DTS sino que dichos precios fueron los finalmente aplicados para dichos canales, al margen de que fueran incluidos o no en otros paquetes. Por tanto, esos precios sí resultaron útiles a TESAU, pues no sólo le permitieron valorar la rentabilidad de su oferta sino que le sirvieron para fijar unos precios muy parecidos: mientras que DTS aplicó un precio de 8,95 euros por Canal+ Liga de Campeones, TESAU lo fijó en 8,90 euros, precio no idéntico pero sí muy parecido.

TESAU añade que dichos precios no sólo no tenían utilidad para TESAU sino que únicamente se aplicaron desde el 20 de agosto hasta el 13 de septiembre de 2012. Sin embargo, como ya se ha destacado éste es el período más importante para la captación de abonados, que coincide con el comienzo de la temporada futbolística.

En relación con el diseño de la oferta de Canal+ Liga y su modelo de comercialización, esta Sala comparte el criterio del órgano instructor, y no cuestiona que la fórmula diseñada por DTS no pudiera tener una distribución lógica y equilibrada de los costes y riesgos asumidos en la adquisición de derechos. Lo que esta Sala cuestiona es la instrumentalización y aplicación práctica que de la misma ha hecho DTS, favoreciendo a TESAU e impidiendo al resto de operadores el acceso a la modalidad flexible, pretendiendo con ello compartir costes y riesgos con TESAU a cambio de que TESAU difundiera Canal+ Liga en condiciones más atractivas que el resto, permitiéndole una mayor diferenciación en el mercado de la televisión de pago y, a su vez, la posibilidad de elaborar ofertas convergentes en los mercados de comunicaciones electrónicas.

En cuanto a la negativa de dar acceso a la modalidad flexible a AOTEC, esta Sala entiende que no existían impedimentos para que existiera un único interlocutor que solventara los problemas a los que alude DTS, sin que ello fuera incompatible con la posibilidad de permitir a los asociados de AOTEC decidir el sistema de comercialización que desearan aplicar. Esto último es así en tanto que el sistema de comercialización sólo resulta relevante a la hora de determinar el precio mayorista a aplicar. De este modo, el que los asociados a AOTEC pudieran elegir simultáneamente ambos sistemas no introduce complejidades adicionales, dado que puede distinguirse fácilmente qué asociados optan por un sistema y cuáles por otro, sin que impida que AOTEC actúe como interlocutor único. A ello hay que añadir que los precedentes que menciona DTS no son aplicables en este caso en la medida en que en aquellas ocasiones DTS no daba opción de elección del

sistema de comercialización mayorista que se podía contratar y en esta ocasión sí.

Adicionalmente, la rigidez de DTS a la hora de aplicar la oferta flexible contrasta con su disponibilidad a negociar modificaciones en la modalidad de comercialización a la carta. Esta rigidez de DTS habría ido en contra de los propios intereses de DTS de cara a maximizar los ingresos y minimizar los riesgos en la comercialización mayorista, pues la modalidad de comercialización flexible garantiza unos ingresos mayoristas significativos, superiores a los que asegura la modalidad de comercialización a la carta.

En cuanto a OPENCABLE, pretender defender, como hace DTS, que OPENCABLE, operador local de comunicaciones electrónicas, tiene la capacidad para ser un operador a nivel nacional en el plazo de tres años no es lógico. No obstante, si lo que pretendía era impedir que la difusión a nivel nacional se realizara vía internet, existen fórmulas eficaces que garantizarían tanto los intereses de DTS como los de OPENCABLE, tal y como se recoge en la propuesta de compromisos en el marco del procedimiento de terminación convencional que ha tenido lugar durante la instrucción del presente expediente.

Concretamente, en la propuesta de compromisos de DTS de fecha 2 de octubre de 2013 en el apartado 6.2. Comercialización del Canal de forma flexible por parte del Operador: *“A efectos aclaratorios, en caso de que el número de abonados del Operador únicamente a través de Internet o Telefonía Móvil sea superior al número de abonados a través de cable/IPTV, le será de aplicación el mínimo garantizado indicado en apartado 6.2. b) anterior”*.

e) En relación con la permisividad de DTS ante la modificación de TESAU de lo acordado en la subasta y posterior contrato para la comercialización de Canal+ Liga de Campeones

TESAU manifiesta que la interpretación de la DC de las condiciones del contrato de 22 de agosto de 2012 es errónea. Entiende así que dicho contrato no se oponía a que TELEFÓNICA incluyera el Canal+ Liga de Campeones como canal a la carta de otros paquetes básicos, siempre que no se contratara de forma individualizada como un paquete de entrada.

Insiste en que TESAU no utilizó dicho canal como paquete de entrada y que TESAU publicitó la inclusión de Canal+ Liga de Campeones de forma gratuita hasta el 1 de octubre de 2012 en “Imagenio Familiar” e “Imagenio Deportes” los días 17 y 29 de agosto, mientras que DTS no lanzó su campaña comercial hasta el 20 de agosto de 2012. Añade que en esa campaña se ofrecía Canal+ Liga de Campeones de forma gratuita hasta el 31 de enero de 2013, lo que obligó a TESAU a ampliar su oferta inicial, extendiendo la supresión del pago de Canal+

Liga de Campeones para los abonados a “Imagenio Familiar” e “Imagenio Deportes” hasta final de temporada (folios 5323 a 5324).

DTS, por su parte, afirma que no es cierto que TESAU comercializara Canal+ Liga de Campeones como paquete de entrada. Aclara que este concepto se refiere a la posibilidad de contratar un paquete por separado, sin tener que estar abonado previamente a ningún otro paquete del operador correspondiente. Por el contrario, explica que se utiliza el concepto de “paquete a la carta” cuando un paquete sólo puede ser contratado por clientes ya abonados a otro paquete del operador correspondiente.

En relación con ello, explica que tanto la oferta que DTS lanzó como el contrato que firmó con TESAU requerían que el canal se comercializara bajo la modalidad “a la carta” y no como paquete de entrada. En base a ello consideró que TESAU cumplía con dichas condiciones desde el 20 de agosto de 2012 al ofrecer Canal+ Liga de Campeones gratuitamente para los abonados a “Imagenio Familiar” y que después hizo extensible a “Imagenio Deportes”, sin que el hecho de que TESAU regalara a toda su base de clientes Canal+ Liga de Campeones desvirtuara la naturaleza de canal a la carta. Por tanto, DTS no tuvo que invocar ninguna vulneración contractual al respecto (folios 5258 a 5259).

Respuesta de la Sala

Esta Sala considera que esta alegación también debe ser desestimada.

En la segunda de las condiciones establecidas en la subasta que lanzó DTS el 30 de julio de 2012 para comercializar Canal+ Liga de Campeones se indicaba expresamente *“El adjudicatario deberá comercializar el Canal bajo la modalidad “a la carta”, como una opción adicional ofrecida a los abonados a su paquete básico, entendido como tal el paquete de canales que tenga un mayor nivel de penetración sobre su base de abonados. En ningún caso se podrá ofrecer el Canal como un paquete de entrada. No obstante, el adjudicatario y DTS podrán modificar de mutuo acuerdo esta condición, pactando otras formas de comercialización del Canal en el marco de la negociación del contrato que ambas deberán suscribir tras la adjudicación de los derechos”* (folio 1567). La cláusula primera del contrato firmado entre DTS y TELEFÓNICA el 22 de agosto de 2012 recogía esta condición en los mismos términos (folio 2874).

Ello implicaba dos obligaciones: (i) la primera, comercializar el canal como canal a la carta del paquete de IMAGENIO con mayor penetración; y (ii) la segunda, no comercializarlo como paquete de entrada. TESAU incumplió ambas condiciones, como se expone a continuación.

En primer lugar, DTS modificó en un plazo muy breve y significativamente las condiciones de comercialización minorista del Canal+ Liga de Campeones al regalarlo a un bloque importante de sus clientes a partir del 12 de septiembre de 2012.

Tras ello, permitió a TESAU simultáneamente que introdujera el canal dentro de dos de sus tres paquetes de televisión de pago, que contratan de forma mayoritaria sus abonados, sin que ello estuviera permitido por las condiciones establecidas en la subasta. Así, ese mismo 12 de septiembre, TESAU comunicaba a través de su web que el canal se ofrecería como una opción adicional a contratar junto con dos de sus paquetes, IMAGENIO FAMILIAR e IMAGENIO DEPORTES:

“Canal+ Liga de Campeones también formará parte de la oferta de Imagenio Familiar e Imagenio Deportes durante toda la temporada y sin coste adicional para estos abonados.

Movistar Imagenio estaba ofreciendo Canal+ Liga de Campeones en promoción, de manera gratuita, hasta Octubre. El canal que emitirá toda la Champions League esta temporada se podrá seguir ahora en Imagenio Deportes e Imagenio Familiar, y todo junto a Canal+ Liga, un canal que también está incluido en estas opciones” (folio 1806).

Así lo reconoce TESAU en sus alegaciones a la PR: «*Canal+ Liga de Campeones se comercializó como un canal a la carta a los paquetes básicos “Imagenio Familiar” e “Imagenio Deportes”*» (folio 5322).

DTS señala que se habla de “paquete a la carta” cuando “*sólo puede ser contratado por clientes que ya estén abonados a otro paquete del operador en cuestión*” (folio 5258). Sin embargo, tanto las condiciones de la subasta como las establecidas en el contrato recogen que esta modalidad de comercialización constituye una opción adicional ofrecida a los abonados a su “*paquete básico*” y que por éste se entiende el “*paquete de canales con mayor nivel de penetración sobre su base de abonados*”. Por tanto, el hecho de que TESAU lo ofreciera en dos de sus paquetes y no únicamente en aquél con mayor nivel de penetración implica un primer incumplimiento de las condiciones contractuales.

A ello hay que añadir que, a partir del 12 de septiembre de 2012, TESAU pasó a ofrecer gratuitamente el canal a todos los abonados a dichos paquetes con independencia de que lo hubiesen contratado previamente o no. Así lo anunció TESAU en su web ese mismo día “*Canal+ Liga de Campeones también formará parte de la oferta de Imagenio Familiar e Imagenio Deportes durante toda la temporada y sin coste adicional para estos abonados. (...) Canal+ Liga de Campeones tendrá un precio de 10,83 euros/mes fuera de esta promoción que*

tiene como vigencia toda la temporada de fútbol, hasta el próximo verano” (folio 1806) y así lo reconoce DTS en su escrito de alegaciones “(...) que TELEFÓNICA decidiese regalar a toda su base de clientes Canal+ Liga de Campeones (...)” (folio 5259), evidencia que TESAÚ ofreció el canal como parte integral de los paquetes de entrada. Prohibición que se recogía tanto en la subasta como en el contrato “En ningún caso se podrá ofrecer el Canal como un paquete de entrada” (folios 1567 y 2874).

En consecuencia, este cambio en la comercialización minorista del Canal+ Liga de Campeones implica una modificación significativa de las condiciones acordadas entre DTS y TESAÚ, adoptada unilateralmente por TESAÚ y sin autorización formal para ello por parte de DTS, tal y como establecía el contrato firmado entre ambas.

Por tanto, TESAÚ pudo modificar de facto las condiciones de comercialización minorista establecidas por DTS al convocar la subasta, sin que ello suscitara ninguna protesta de DTS y produciéndose de forma paralela e inmediata a las modificaciones que la propia DTS había introducido en su oferta minorista.

De esta forma, el resultado de la subasta quedó totalmente distorsionado, pues DTS permitió a TESAÚ incumplir las condiciones inicialmente establecidas por DTS, y al otorgarle esta flexibilidad, DTS redujo el atractivo comercial diferencial de su política comercial modificada.

4.6. Sobre la concertación en la explotación de los derechos de fútbol de la Liga de Campeones

En relación con que las ofertas de DTS y TESAÚ se vuelven idénticas a partir de 12 de septiembre de 2012 extendiéndolas hasta la temporada 2013/2014, TESAÚ señala que la PR vuelve a incurrir en un error. Explica que TESAÚ sólo anunció la supresión del precio para Canal+ Liga de Campeones hasta mayo de 2013, no hasta el final de la temporada 2014.

Asimismo, discrepa acerca de que ambas ofertas se volvieran idénticas a partir de la fecha indicada, pues entiende que la única similitud entre ambas es que ambos operadores suprimieron el pago de Canal+ Liga de Campeones hasta mayo de 2013, ya que dicho Canal formaba parte de paquetes diferenciados en uno y otro operador.

Indica que se limitó a reaccionar ante la acción de DTS de 12 de septiembre de 2012 de publicitar la gratuidad de Canal+ Liga de Campeones para todos sus

abonados²⁵, por lo que ese mismo día decidió extender su promoción para suprimir el pago de Canal+ Liga de Campeones a sus abonados a “Imagenio Familiar” e “Imagenio Deportes” hasta final de la temporada 2012/2013, por lo que su comportamiento fue el resultado una intensa competencia entre ambas compañías. Sobre ello, señala que tanto las autoridades de competencia como la jurisprudencia han reconocido que la adaptación de un operador a las circunstancias del mercado es compatible con lo establecido en los artículos 1 LDC y 101 TFUE (folios 5324 a 5326).

DTS alega que la PR no acredita el paralelismo entre las ofertas minoristas de DTS y TESAU. Sobre estas ofertas explica que se ofrecen junto con otros paquetes, por lo que ambos operadores compiten en el precio global de estos últimos. Apoya el razonamiento de TESAU en relación con el ofrecimiento gratuito por ésta a sus abonados del canal hasta el final de temporada y especifica las diferencias entre las condiciones comerciales de ambos operadores: (i) el precio global de sus respectivos paquetes (precio del paquete de entrada más precio de Canal+ Liga de Campeones) y, (ii) las condiciones de permanencia exigidas por DTS a los nuevos clientes para el paquete de entrada. Así, son los diferentes paquetes de ambos operadores los que permiten acceder sin coste adicional a este canal los que compiten con precios y condiciones distintas y para demostrarlo analiza dos documentos: (i) el que adjunta como Anexo nº 2 a sus alegaciones al PCH que compara las ofertas de DTS y TESAU en la temporada 2012/2013, y (ii) el que anexa a su escrito de alegaciones a la PR como Anexo nº 2 en que se acredita la diferenciación entre las ofertas de ambos operadores en la temporada 2013/2014.

Por otro lado, explica las razones por las que DTS se vio abocada a ofrecer Canal+ Liga de Campeones sin coste a los clientes que tuvieran contratado o contrataran el paquete PLUS y/o Canal + Liga y paquetes superiores: inicialmente diseñó su oferta comercial exigiendo un precio por el acceso al Canal, pero las quejas de los clientes y el aumento de las peticiones de baja a sus servicios de televisión fueron numerosas y coincidieron con la subida del IVA del 8% al 21% en septiembre de 2012, por lo que no tuvo más opción que modificar su oferta para paliar dichos efectos (folios 5259 a 5263).

Respuesta de la Sala

Esta Sala entiende que, de conformidad con lo expuesto por la DC en su PR, esta alegación debe ser desestimada.

La primera oferta de DTS para la comercialización minorista de Canal+ Liga de Campeones fue lanzada el 20 de agosto de 2012. En ella ofrecía el canal de

²⁵ Salvo para los abonados al paquete “PLUS” que no hubieran contratado Canal+ Liga o Canal+ 1

forma promocionada hasta el 31 de enero de 2013, al 50% del precio tarifa que ascendía a 8,95 euros, a los clientes que tuvieran contratado Canal+ Liga o Canal+ 1.

DTS expuso que a raíz del número de solicitudes de baja recibidas y la subida del IVA, modificó dicha oferta el 12 de septiembre de 2012. A partir de esa fecha ofreció Canal+ Liga de Campeones sin coste a los clientes que tuvieran contratado o contrataran el paquete PLUS (Canal+ 1) y/o Canal+ Liga y paquetes superiores hasta el 31 de julio de 2013.

TESAU, por su parte, ofreció en su web, el 17 de agosto de 2012, gratuitamente el Canal+ Liga de Campeones, hasta el 1 de octubre de 2013, en su paquete IMAGENIO FAMILIAR. A partir de esa fecha, pasaría a ser un canal a la carta con una suscripción mensual de 8,90 euros.

Así, si bien las promociones iniciales de ambos operadores no eran idénticas, sí muy similares: DTS la ofrecía por 8,95 euros, mientras que TESAU por 8,90 euros. Además, se encontraban limitadas en el tiempo: DTS ofrecía su promoción del 50% de la tarifa hasta el 31 de enero de 2013 y TESAU ofrecía el canal gratuitamente hasta el 1 de octubre de 2013.

Pero los hechos acreditan que esta situación cambió a partir del 12 de septiembre de 2012. A primera hora de ese día, 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. 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. Así lo acredita el folio 1806, *“Canal+ Liga de Campeones también formará parte de la oferta de Imagenio Familiar e Imagenio Deportes durante toda la temporada y sin coste adicional para estos abonados.”* Por tanto, no es posible aceptar el error material que alega TESAU en relación con que sólo anunció la supresión del precio para Canal+ Liga de Campeones hasta mayo de 2013 y no hasta el final de la temporada 2014 como indica la PR.

No obstante, lo verdaderamente relevante es que, independientemente 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 aporta DTS a su escrito de alegaciones puede observarse cómo tanto DTS como TESAU ofrecen gratuitamente Canal+ Liga de Campeones hasta final de 2014 (folios 5284, 5287 y 5289).

Como afirma la DC, la decisión de ambos operadores de ofrecer Canal+ Liga de Campeones gratuitamente hasta el final de la temporada 2013/2014 no es más que una muestra adicional de la existencia de una concertación entre DTS y

TELEFÓNICA. Evidencia que no se desvirtúa por el mero hecho de que la decisión conllevara la bajada de precios. Ello es así en la medida en que aunque tanto DTS como TELEFÓNICA aleguen que sus ofertas presentan diferencias además del precio, la identidad sustancial entre ambas ofertas en relación con el fútbol televisado implica la inexistencia de toda competencia en uno de los factores clave de la televisión de pago, lo que conduce a un mercado falto de competencia.

No obstante, como ya se ha comentado en respuesta a la alegación anterior, a la hora de valorar la concertación en este aspecto, el factor más importante ha sido 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.

4.7. Sobre la inexistencia de efectos en los mercados de televisión de pago y comunicaciones electrónicas

TESAU alega que ni se han demostrado ni cuantificado la existencia de potenciales efectos en el sector de las comunicaciones electrónicas.

Indica que DTS no tenía obligación de subastar o compartir los derechos de la Liga de Campeones y que el hecho de que TESAU pudiera tener acceso a dichos contenidos permitió a los usuarios acceder a una oferta más amplia de contenidos y optar entre dos operadores con paquetes diferentes. Ello supuso una intensa competencia entre ambas compañías que se tradujo en que TESAU fuera el operador que más abonados y cuota de mercado perdió a partir del segundo trimestre de 2012, mientras que DTS incrementó su número de abonados (al menos a partir del tercer y cuarto trimestre de 2012) al igual que otros operadores, como ONO, ORANGE, TELECABLE o R. GALICIA.

Añade que TESAU no obtuvo ninguna ventaja económica o beneficio ilícito derivado de las prácticas que se le reprochan en la medida en que fue el operador que registró mayores pérdidas acumuladas de abonados entre diciembre de 2011 y marzo de 2012.

Por último, señala que la PR apunta a un potencial efecto en el mercado de las comunicaciones electrónicas pero que, sin embargo, en el momento de los hechos la variable competitiva esencial en las ofertas de servicios convergentes estaba constituida por la oferta de internet, no por la de la televisión de pago,

como señaló la extinta Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones en su Informe Anual de 2012 (folios 5326 a 5328).

DTS, en la misma línea que TESAU, alega la ausencia de efectos restrictivos de la competencia en el mercado de la televisión de pago así como su falta de acreditación en la PR.

Así, además de destacar la competencia entre ambos operadores en la comercialización minorista de contenidos futbolísticos y, en particular, de los partidos de la Liga de Campeones, señala que ambos compiten entre sí sobre parámetros diferentes en la medida que DTS ofrece una oferta “pura” de televisión de pago con contenidos premium mientras que TESAU busca la venta de servicios de comunicaciones electrónicas utilizando como gancho la televisión de pago.

A lo anterior añade que la supuesta alegación que se le imputa tampoco ha reducido la presión competitiva del resto de operadores en el mercado de la televisión de pago. En este sentido, destaca que es posible competir en el mercado de la televisión de pago sin contar con los derechos de la Liga de Campeones, principalmente para el resto de operadores que basan su estrategia de negocio en ofrecer el servicio de televisión de pago como parte de un paquete de servicios de comunicaciones electrónicas y casi la totalidad de sus abonados de televisión de pago contratan este servicio con algún servicio de comunicaciones electrónicas. Asimismo, estos operadores tienen acceso a Canal+ Liga de Campeones a través de las ofertas conjuntas de Canal+ más servicios de telecomunicaciones (ADSL y telefonía), modalidad de contratación en la que el operador de telecomunicaciones comercializa la oferta conjunta aunque el cliente de la oferta televisiva sea de DTS ha sido ofrecida por ORANGE, TESAU, JAZZTEL y VODAFONE.

En relación con Canal+ Liga, indica que el propio PCH reconoció que la mayoría de los operadores de televisión de pago están comercializando dicho canal como parte de su oferta y aplicando precios más bajos que los de DTS, como TELECABLE, EUSKATEL, R CABLE y ONO.

Al igual que TESAU, explica que la existencia de una competencia efectiva en el mercado de la televisión de pago se explica por la evolución de los abonados y las cuotas de mercado de los distintos operadores, haciendo referencia al porcentaje de abonados que perdió entre 2012 y 2013, al igual que TESAU, y al incremento de cuota y/o abonados de otros operadores. El hecho de que entre finales de 2013 y principios de 2014 TESAU aumentara tanto su número de abonados como su cuota de mercado mientras que DTS lo disminuía, permite concluir, según DTS, que dicha competencia entre ambos operadores es la prueba de la inexistencia de cualquier actuación concertada (folios 5272 a 5274).

Respuesta de la Sala

Esta Sala considera que esta alegación debe ser desestimada por las siguientes razones.

En el presente expediente ha quedado acreditada tanto una infracción por objeto como por efectos de los artículos 1 LDC y 101 TFUE. 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, como muestra el siguiente cuadro elaborado por la DC:

VARIACIÓN TRIMESTRAL EN LOS ABONADOS A LA TELEVISIÓN DE PAGO EN ESPAÑA

	II/2012	III/2012	IV/2012	I/2013	II/2013	III/2013	IV/2013
DTS	0,0%	0,6%	1,1%	0,9%	0,2%	0,6%	-0,6%
Ono	0,3%	0,1%	0,1%	0,3%	0,3%	-0,4%	-0,7%
Telefónica	-0,1%	-0,4%	-0,7%	-0,6%	0,0%	-0,4%	1,4%
GoITV	-0,6%	-0,3%	-0,4%	-0,5%	-0,7%	0,4%	0,0%
TeleCable	0,1%	0,0%	0,1%	0,1%	0,1%	0,0%	-0,1%
Euskaltel	0,0%	0,1%	-0,3%	0,0%	0,0%	-0,1%	-0,3%
R	0,3%	0,0%	0,0%	0,0%	0,1%	0,0%	-0,1%
Orange	0,0%	0,1%	0,1%	0,0%	0,0%	-0,1%	0,4%
Resto	0,0%	-0,1%	-0,1%	-0,2%	0,0%	0,0%	0,0%

Fuente: CNMC

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.

QUINTO. Alegaciones presentadas a la propuesta de resolución por otros operadores

5.1. Sobre el Acuerdo DTS-MEDIAPRO

MEDIAPRO manifiesta su conformidad con la PR en relación con que el acuerdo entre DTS y MEDIAPRO no es contrario a los artículos 1 LDC y 101 TFUE, en la medida en que se encuentra amparado por la exención contenida en los artículos 1.3 LDC y 101.3 TFUE (folios 5208 a 5209).

ORANGE alega que la PR justifica las restricciones por la aversión al riesgo de MEDIAPRO, pero que MEDIAPRO ya conocía la totalidad de las circunstancias expuestas por la DC en el momento en el que envió a los operadores audiovisuales una oferta para la comercialización mayorista de su canal Gol T, 16 días antes de la firma del Acuerdo. Añade que el pacto de no competencia no es imprescindible para la obtención de las eficiencias asociadas a la puesta en común de los derechos audiovisuales (folios 5376 a5379)

Respuesta de la Sala

Esta Sala entiende que las alegaciones expuestas por MEDIAPRO y ORANGE deben ser desestimadas por las razones que se exponen a continuación.

En primer lugar, esta Sala considera que el contrato de 16 de agosto de 2012 es un acuerdo horizontal entre operadores competidores en los mercados de adquisición, reventa y explotación de los derechos concernidos, cuyas consecuencias son el mantenimiento en exclusiva de GOL T en TDT y de un partido por jornada en Canal+1 y la sustitución de la posición de GOL T en el mercado de comercialización mayorista de canales por Canal+ Liga. Esto supone que DTS y MEDIAPRO se han repartido las fuentes de aprovisionamiento de los mercados de televisión y de las tecnologías de emisión y han acordado un pacto de no competencia en el mercado de reventa. Por tanto, el Acuerdo de 16 de agosto de 2012 se sitúa dentro de la prohibición prevista en los artículos 1 LDC y 101 TFUE, como se expone en el fundamento jurídico séptimo “7.1. *En relación con el Acuerdo de 16 de agosto de 2012 entre DTS y MEDIAPRO*”.

En segundo lugar, a pesar de lo expuesto en el párrafo anterior, esta Sala estima que en este caso es aplicable la exención legal recogida en los artículos 1.3 LDC y 101.3 TFUE, tal y como se expone en el fundamento jurídico séptimo mencionado. Esto es, dado que ninguna de las partes ostentaba la titularidad de la mayoría de clubes de primera y segunda división, devino en necesario alcanzar un acuerdo de puesta en común de los derechos que garantizase su explotación y permitiera recuperar la inversión realizada. Sobre estos acuerdos de puesta en común se pronuncia El *Informe sobre la competencia en los mercados de adquisición y explotación de derechos audiovisuales de fútbol en España de la CNC* publicado en 2008 (Informe de Fútbol) resaltando sus eficiencias sobre la explotación y comercialización de los derechos audiovisuales de fútbol.

A esta ventaja concreta hay que añadir que el modelo configurado por DTS y MEDIAPRO es económicamente racional, en la medida en que DTS asume el riesgo financiero de la comercialización mayorista de los derechos adquiridos y paga una contraprestación monetaria fija a MEDIAPRO por la cesión de los

derechos de Liga y Copa de S.M. el Rey, mientras que MEDIAPRO se reserva la TDT de pago.

Esta reserva de la TDT de pago a favor de MEDIAPRO no afecta significativamente a la competencia en el mercado de televisión de pago puesto que el resto de plataformas tecnológicas tienen garantizado el acceso a todos los partidos de la Liga y Copa de S.M. el Rey que comercialice DTS y que ésta no estuvo presente en la TDT de pago en temporadas anteriores. A ello hay que añadir que en la medida en que la reventa de los derechos debía seguir criterios objetivos, transparentes y no discriminatorios, no se aprecia que el Acuerdo MEDIAPRO-DTS, por sí mismo, provoque un cierre del mercado de la televisión de pago.

En base a todo ello, esta Sala entiende que resultaba indispensable la adopción de un acuerdo que rentabilizara los derechos adquiridos, garantizara una explotación eficiente de los mismos y trasladara las eficiencias generadas a los consumidores.

En relación con las eficiencias trasladadas a los consumidores, esta Sala considera que estos acuerdos favorecen a los consumidores en la medida en que permiten una explotación ordenada, previsible y pacífica de los contenidos de Liga y Copa de S.M. el Rey, teniendo en consideración la problemática generada por el hecho de que cada club venda sus propios derechos.

5.2. Sobre el acuerdo de DTS – TESAU

AOTEC expone que más de 130 operadores asociados se han visto excluidos de la distribución de los canales, por lo que considera que el Consejo debe imponer a DTS que ofrezca a los asociados de AOTEC la comercialización de Canal+ Liga y Canal+ Liga de Campeones en las mismas condiciones que el resto de operadores y posibilitando que AOTEC actúe de interlocutor y garante de la contratación por sus asociados en cualquiera de las modalidades que elijan. Asimismo, solicita: (i) la eliminación de la obligación impuesta a AOTEC de que el dato de abonados se corresponda con el publicado por la CMT, ya que los abonados de los operadores locales no se publican por la CNMC, y su sustitución por otra fórmula de verificar dichos datos, como una declaración responsable por parte de los operadores; (ii) respecto al sistema de acceso condicional y a las medidas de seguridad, la autorización por un tercero imparcial basadas en las características que defina DTS previamente y que no podrán ser modificadas de forma sobrevenida a criterio único de DTS y (iii) respecto de las condiciones económicas de Canal+ Liga de Campeones, entiende que debería ser comercializado con un criterio similar al de Canal+ Liga, esto es, la adquisición de los derechos debería realizarse en función de los abonados reales al canal (folios 5202 a 5205).

MEDIAPRO comparte el análisis efectuado en la PR con respecto a la actuación concertada de DTS y TESAU (folios 5209 a 5211).

EUSKATEL y R CABLE y TELECABLE también manifiestan su acuerdo con la propuesta de resolución salvo en relación con la imposibilidad de cuantificar los efectos derivados de la de la concertación entre DTS y TESAU, en la medida en que entienden que su cuantificación es posible. Asimismo, R CABLE y TELECABLE añaden que dichos efectos se extienden a los de comunicaciones electrónicas.

R CABLE y TELECABLE añaden que la responsabilidad de DTS y TESAU es a título de dolo en la medida en la que ambos operadores han sido conscientes de que su conducta ha tenido como objeto y efecto limitar la diferenciación en sus ofertas comerciales de televisión de pago así como reducir la presión competitiva.

ORANGE, en relación con Canal+ Liga, insiste en que la comercialización flexible favorece a TESAU e introduce barreras de entrada a operadores de menor tamaño que TESAU en banda ancha y a operadores con menor base de clientes que contraten servicios de televisión mientras que la modalidad a la carta impide a los operadores que se acojan a ella competir con TESAU. Añade que esto unido a la negativa de acceso a Canal+ Liga de Campeones y, en su caso, la negativa de acceso a Canal+ 1 para su nueva plataforma de TV supone un impedimento para la prestación del servicio en el mercado de fútbol televisado de pago (folios 5380 a 5387).

Respuesta de la Sala

Esta Sala entiende que estas alegaciones deben ser, igualmente, desestimadas.

Así, en relación con las condiciones que AOTEC considera que esta Sala debe imponer a DTS, actualmente los criterios de comercialización de los contenidos de televisión de pago han quedado establecidos en los compromisos adoptados en el expediente de concentración económica C/0612/14 TELEFÓNICA/DTS, sin que se necesario un pronunciamiento al respecto en el presente expediente.

Con respecto a la cuantificación de los efectos señalada tanto por EUSKATEL como por R CABLE y TELECABLE, esta Sala se remite a lo ya expuesto en el fundamento jurídico “4.7. Sobre la inexistencia de efectos en los mercados de televisión de pago y comunicaciones electrónicas”, considerando que no resulta necesaria una cuantificación de los mismos con el nivel de precisión exigido por las partes para la determinación de la existencia del ilícito administrativo que se investiga.

En relación con las alegaciones de R CABLE y TELECABLE referidas a la cualificación de la responsabilidad de DTS y TESAU a título de dolo, la misma deberá evaluarse en el apartado relativo a la cuantificación de la infracción, para determinar el importe último de la sanción.

5.3. Sobre el comportamiento unilateral de DTS

ORANGE considera que DTS ha incurrido en prácticas unilaterales abusivas que suponen una infracción de los artículos 2 LDC y 102 TFUE. Indica, por un lado, que DTS impuso mínimos garantizados de carácter abusivo y, por otro, que se produjo un pinzamiento de márgenes en la comercialización mayorista del Canal+ Liga.

Respuesta de la Sala

Como se ha advertido anteriormente, en la investigación se han acreditado elementos que indican que el comportamiento DTS a la hora de comercializar Canal+ Liga ha sido discriminatorio. Sin embargo, la Sala considera que no puede acreditarse que DTS haya incurrido en una práctica abusiva derivada de un estrechamiento o pinzamiento de márgenes, como alega ORANGE, pues como señala la DC, *«el nivel de los mínimos garantizados establecidos por DTS en su oferta a la carta (hasta un 15%), y el carácter descendente de los precios mayoristas conforme se aumenta la penetración, difícilmente puede sostenerse que el posible estrechamiento de márgenes derivado de la falta de cumplimiento de los mínimos garantizados o de los precios mayoristas en los escalones de penetración más bajos, sea susceptible de producir un efecto exclusionario significativo en el mercado de televisión de pago, en la medida que en estos casos sólo una parte reducida de los abonados de televisión de pago de los denunciantes demandarían “Canal+Liga”»*.

Así, si bien esta Sala estima que el diseño del modelo de explotación recogido en el contrato de 16 de agosto de 2012 entre DTS y MEDIAPRO puede encontrarse amparado por la normativa de competencia, no se puede decir lo mismo de la actuación posterior de DTS a la hora de determinar a quién y cómo da acceso a los derechos. Esta conducta de DTS es susceptible de ser calificada de abusiva y y podría sancionarse.

No obstante lo anterior, de acuerdo con lo expuesto por la DC, dado que las prácticas de DTS a la hora de comercializar Canal+ Liga forman parte de los mismos hechos evaluados como contrarios a los artículos 1 de la LDC y 101 del TFUE, y a fin de evitar la imposición de dos sanciones por hechos idénticos, esta Sala considera que no resulta necesario pronunciarse sobre si las mismas han supuesto un abuso de posición de dominio en el mercado de reventa de derechos audiovisuales de Liga y Copa de S.M. el Rey.

SEXTO.- Contestación a otras cuestiones solicitadas en la fase de resolución

6.1. Proposición de prueba

DTS aporta pruebas documentales (folios 5280 a 5297) junto a su escrito de alegaciones a la PR.

TESAU solicita que se admita como prueba la totalidad de los documentos aportados por la misma en el expediente así como los que acompañan a su escrito de alegaciones a la PR (folio 5328).

ORANGE solicita las siguientes pruebas y actuaciones complementarias: (i) que se requiera a la DC para que analice la existencia de pinzamiento de márgenes en la comercialización mayorista de Canal+ Liga; y (ii) que se requiera a DTS y TESAU, así como al resto de operadores de televisión de pago, para que aporten la evolución en las temporadas 2011/2012, 2012/2013 y 2013/2014 de su número de abonados en el segmento de establecimientos públicos (folios 5414 a 5415).

Respuesta de la Sala

En relación con las pruebas solicitadas por las partes, cabe señalar que el artículo 51.1 de la LDC dispone que el Consejo de la CNMC podrá ordenar, de oficio o a instancia de algún interesado, la práctica de pruebas distintas de las ya practicadas ante la DC en la fase de instrucción, así como la realización de actuaciones complementarias con el fin de aclarar cuestiones precisas para la formación de su juicio en la toma de decisión.

Dicha Ley regula la práctica de pruebas ante el Consejo como un trámite de carácter excepcional. Se establece un único procedimiento sancionador, en el que se separa claramente la fase de instrucción que lleva a cabo la DC, (*“en la que se realizarán todos los actos precisos para el esclarecimiento de los hechos y se garantizará la contradicción y el derecho de defensa de los denunciados”*), y la fase de resolución que compete al Consejo, que adopta las decisiones sobre la base de las propuestas formuladas por la DC, eliminando la duplicación de actuaciones de la anterior LDC, sin merma del principio de seguridad jurídica.

Por tanto, en el esquema de la LDC, tanto la práctica de pruebas, a propuesta de las partes o de oficio del Consejo, como la celebración de vista, son actuaciones potestativas del Consejo, que las acordará en la medida en que las considere necesarias para aclarar cuestiones que no constan en la instrucción, y que son precisas para la formación de su juicio antes de resolver (artículo 51.1 y 3 de la LDC).

Además, en materia probatoria, de acuerdo con la doctrina del Tribunal Constitucional, es criterio del Consejo considerar que sólo son admisibles como prueba de descargo aquéllas que tienen potencial influencia decisiva en términos

de defensa, lo cual debe ser debidamente motivado por el interesado (SSTC 25/1991, 205/1991, 1/1996, 217/1998 y 101/1999).

Así las cosas, esta Sala ha considerado pertinente incorporar al expediente todos los documentos nuevos aportados por las partes junto con sus escritos de alegaciones a la propuesta de resolución. Se han admitido y, por tanto se han tenido en cuenta las pruebas documentales aportadas por las partes en sus escritos de alegaciones.

Por el contrario, no se han admitido las pruebas y actuaciones complementarias solicitadas por ORANGE, al entender esta Sala que la misma no hubiese aportado información concluyente para desvirtuar la valoración en relación con las conductas objeto de esta Resolución.

De este modo, en relación con el análisis sobre la existencia de pinzamiento de márgenes en la comercialización mayorista de Canal+ Liga, la DC ya ha procedido a realizar dicho análisis y se ha pronunciado sobre ello en la PR, párrafos 204 a 206, motivo por el que no se estima necesario reiterar un análisis ya practicado y por el que ha de desestimarse la práctica de dicha prueba.

En cuanto a que se requiera a DTS y TESAU, así como al resto de operadores de televisión de pago, para que aporten la evolución en las temporadas 2011/2012, 2012/2013 y 2013/2014 de su número de abonados en el segmento de establecimientos públicos (folios 5414 a 5415), esta Sala considera que dichos datos no modificarían el resultado final de esta resolución, en la medida en que la misma tiene en consideración los efectos producidos por las prácticas imputadas en los mercados afectados, acreditados en este expediente, y por ello no considera necesaria su cuantificación.

6.2. Solicitud de confidencialidad de parte de la información contenida en los escritos de alegaciones a la PR

DTS solicita la confidencialidad de su escrito de alegaciones a la PR (folio 5279). Presentó la versión censurada del mismo el 25 de julio de 2014.

TESAU aporta a su escrito de alegaciones una versión no confidencial del mismo (folios 5330 a 5359).

R CABLE y TELECABLE adjuntan a su escrito de alegaciones la versión censurada del mismo (folios 5228 a 5240).

ORANGE anexa a su escrito de alegaciones la versión censurada del mismo (folios 5498 a 5540).

Respuesta de la Sala

En la medida en que todas las empresas que han presentado escrito de alegaciones a la PR han solicitado, en función de lo previsto en el artículo 42 de la LDC, la declaración de confidencialidad de los mismos de acuerdo con las versiones censuradas que han adjuntado a ellos, esta Sala estima que procede que estas versiones no confidenciales sean aceptadas e incorporadas al expediente.

Además, TESAU y DTS han aportado datos confidenciales relativos a volúmenes de negocios propios. Dado que los mismos vienen referidos a información considerada secreto comercial y ambos operadores han solicitado su confidencialidad, se accede a declarar confidencial dicha información.

SÉPTIMO.- Valoración de la Sala de Competencia del Consejo

Esta Sala, a la vista de los indicios acreditados que obran en el presente expediente, de lo manifestado por las partes, tanto en los escritos de denuncia como en los de respuesta a los diversos requerimientos de información efectuados y en las alegaciones interpuestas, y de la valoración jurídica que el órgano instructor realiza del conjunto de todos ellos, de conformidad con la DC, considera que en el presente expediente:

- (i) el acuerdo al que llegaron DTS y MEDIAPRO el 16 de agosto de 2012 para la explotación de los derechos audiovisuales de fútbol nacional y europeo para las temporadas 2012/2013 a 2014/2015 es incompatible con los artículos 1 LDC y 101 TFUE. Si bien, la prohibición contenida en estos artículos es susceptible de no ser aplicada por tratarse de un acuerdo susceptible de beneficiarse de la exención prevista en los artículos 1.3 LDC y 101.3 TFUE;
- (ii) ha tenido lugar una infracción única y continuada de los artículos 1 LDC y 101 TFUE 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; y,
- (iii) la actividad de reventa desarrollada por DTS en la comercialización de Canal+Liga es susceptible de vulnerar los artículos 2 LDC y 102 TFUE. No obstante, tratándose de los mismos hechos que se evalúan como contrarios a los artículos 1 LDC y 101 TFUE, para evitar imponer dos sanciones por hechos idénticos, esta Sala decide no pronunciarse acerca de si los mismos implican un abuso de posición de dominio.

7.1. En relación con el Acuerdo de 16 de agosto de 2012 entre DTS y MEDIAPRO

El 16 de agosto de 2012, DTS y MEDIAPRO firmaron un acuerdo en el que pactaban una cesión recíproca de los derechos audiovisuales de la Liga y Copa de S.M. el Rey de los clubes de fútbol de los que eran titulares al tiempo de la firma. Adicionalmente, configuraban un modelo de explotación de esos derechos en los mercados verticalmente relacionados aguas abajo para las temporadas 2012/2013 a 2014/2015.

En relación con los acuerdos de puesta en común de derechos audiovisuales de Liga y Copa de S.M. el Rey de clubes de fútbol se pronunció el Consejo de la extinta CNC en su Resolución de 14 de abril de 2010, expediente S/0006/97 AVS, Mediapro, Sogecable y Clubes de Fútbol de 1ª y 2ª División, en la que concluía que los mismos son susceptibles de restringir la competencia conforme a lo dispuesto en el artículo 1.1 LDC y 101 TFUE, al limitar la capacidad de explotación independiente de estos derechos por sus tenedores. No obstante, dicha Resolución estableció también que dichos acuerdos de puesta en común eran susceptibles de beneficiarse de la exención prevista en los artículos 1.3 LDC y 101.3 TFUE, siempre que se asegurara la apertura del mercado estableciendo limitaciones a la libertad de pacto de los clubes de fútbol y de los operadores adquirentes en exclusiva de derechos audiovisuales de fútbol de la Liga y Copa de S.M. el Rey, especialmente en lo que se refiere a su duración y a la inclusión de derechos de adquisición preferente o de prórroga.

El modelo diseñado por MEDIAPRO y DTS se basaba en las siguientes premisas:

- Cesión de un partido de Liga y Copa de S.M. el Rey por jornada en abierto a MEDIAPRO, el partido de Liga no podía ser ni del FC Barcelona ni del Real Madrid y se emitiría de forma preferente los lunes.
- Cesión de un partido de Liga y Copa de S.M. el Rey por jornada en exclusiva para televisión de pago a DTS, que se emitiría en "Canal+ 1". DTS elegiría en primer lugar dicho partido.
- Cesión de ocho partidos de Liga y el resto de partidos de la Copa de S.M. el Rey a DTS para su explotación en la televisión de pago, salvo en TDT, a través de Canal+ Liga, que además sería comercializado al resto de operadores audiovisuales.
- Cesión de ocho partidos de Liga de Primera División y el resto de partidos de la Copa de S.M. el Rey, los mismos que se emitían en Canal+ Liga, a MEDIAPRO para su explotación en la TDT de pago.

Por otro lado, DTS y MEDIAPRO no sólo competían en el mercado aguas arriba de adquisición de esos derechos, sino que también eran potenciales revendedores de los mismos a través de la comercialización mayorista de sus canales de televisión de pago, así como competidores en el mercado de televisión de pago vía comercialización directa a los clientes finales de sus canales y plataformas de televisión de pago.

Por tanto, el contrato de 16 de agosto de 2012 consistió en un acuerdo horizontal entre operadores competidores en los mercados de adquisición, reventa y explotación de los derechos concernidos que implicó: (i) el mantenimiento de la exclusiva preexistente de GOL T en TDT y de un partido por jornada en Canal+1; y (ii) la sustitución de la posición de GOL T en el mercado de comercialización mayorista de canales por Canal+ Liga.

En consecuencia, esta Sala considera que dicho acuerdo conllevaba un reparto entre las partes de las fuentes de aprovisionamiento de los mercados de televisión y de las tecnologías de emisión, así como un pacto de no competencia en el mercado de reventa y que, por lo tanto, cae dentro de la prohibición prevista en los artículos 1 LDC y 101 TFUE.

No obstante, esta Sala también estima que en este caso cabe la exención legal de los artículos 1.3 LDC y 101.3 TFUE en la medida en que dicho acuerdo cumple los requisitos establecidos en los mismos.

Esto es así en la medida en que, teniendo en cuenta las particularidades de los mercados de adquisición de derechos de retransmisión de la Liga y Copa de S.M el Rey y que ninguna de las partes tenía la titularidad de la mayoría de clubes de primera y segunda división, se hacía necesario algún tipo de acuerdo de puesta en común de los derechos para garantizar la explotación de los mismos y recuperar así la inversión realizada en el mercado de adquisición.

En referencia a los acuerdos de puesta en común, tanto los antecedentes citados como el *Informe sobre la competencia en los mercados de adquisición y explotación de derechos audiovisuales de fútbol en España de la CNC* publicado en 2008 (Informe de Fútbol) coinciden en resaltar sus eficiencias en relación con la explotación y comercialización de los derechos audiovisuales de fútbol, principalmente si no superan los tres años de duración y de ellas se benefician los consumidores.

Pero los arts. 1.3 LDC y 101.3 TFUE establecen que, para que no se aplique la prohibición de los artículos 1 LDC y 101 TFUE es necesario no sólo que los acuerdos correspondientes permitan a los consumidores participar de las ventajas que los mismos puedan generar, sino también que no impongan a las empresas interesadas restricciones que no sean indispensables así como que no sean susceptibles de eliminar la competencia respecto de una parte sustancial del mercado afectado.

Por ello, cabe analizar si el modelo configurado por DTS y MEDIAPRO produce un cierre del mercado de la televisión de pago y si resulta indispensable para alcanzar un acuerdo.

En cuanto al cierre del mercado de la televisión de pago, por lo que se refiere al mercado de reventa, el acuerdo otorga a DTS todos los derechos de la Liga y Copa de S.M. el Rey para su explotación, salvo en la plataforma de TDT. A la vez,

determina la obligación de DTS de ofrecer todos los partidos que emita en Canal+ 1 y Canal+ Liga al resto de operadores de televisión de pago.

Por otro lado, el acuerdo concede en exclusiva a MEDIAPRO los derechos de la Liga y Copa de S.M. el Rey en la TDT de pago, salvo el partido de Liga de Primera División cedido en exclusiva a DTS para su emisión en Canal+ 1, a la vez que le obliga a no comercializar su canal temático de fútbol, GOL T, al resto de plataformas de televisión de pago.

En consecuencia, este acuerdo supone un pacto de no competencia mediante el cual DTS se constituye en el único oferente mayorista de canales de televisión de pago con contenido de Liga y Copa de S.M. el Rey para su distribución a través de terceras plataformas de televisión de pago.

Los precedentes y el Informe del Fútbol establecen que la reventa de los derechos debe seguir criterios objetivos, transparentes y no discriminatorios. Ello no implica que necesariamente se tenga que dar acceso a todos los operadores a los mismos contenidos, dado que los riesgos en el mercado de adquisición de derechos pueden justificar cierta diferenciación y exclusividad en el ámbito de la reventa.

DTS garantiza, para el resto de plataformas de difusión (IPTV y cable), que todos los partidos de Liga y Copa del Rey adquiridos en virtud del acuerdo serán ofertados en condiciones de objetividad, transparencia y no discriminación. Esto es, el acuerdo en sí mismo garantiza que no se produzca un cierre de mercado a operadores alternativos en el mercado de la televisión de pago.

Asimismo, el nuevo sistema mantiene la exclusiva para MEDIAPRO de estos mismo contenidos en la TDT de pago, sustituyéndose GOL T por Canal+ Liga como canal que se comercializa a nivel mayorista para permitir el acceso de terceras plataformas de televisión de pago a 8 partidos por jornada de Liga.

Por tanto, esta Sala entiende que el acuerdo garantiza que no se produzca un cierre del mercado a operadores alternativos por falta absoluta de acceso a un contenido estratégico para competir el mercado de la televisión de pago.

En relación con si el modelo configurado por DTS y MEDIAPRO resultaba indispensable para alcanzar un acuerdo entre las partes, de los hechos acreditados se deduce que: (i) durante el proceso de negociación entre MEDIAPRO y DTS se contempló la opción de que MEDIAPRO continuara comercializando GOL T a nivel mayorista; (ii) los derechos de la Liga y Copa de S.M. el Rey experimentaron un incremento significativo en sus costes; y (iii) cayó el número de abonados a la televisión de pago. Todo ello condicionó las negociaciones entre DTS y MEDIAPRO para ponerse de acuerdo en el modelo de explotación y la manera de repartirse la rentabilidad y el riesgo.

Dada la aversión al riesgo de MEDIAPRO, DTS acabó asumiendo todo el riesgo financiero de la comercialización mayorista de los derechos adquiridos y pagó una

contraprestación monetaria fija a MEDIAPRO por la cesión de los derechos de Liga y Copa de S.M el Rey. Ello justifica que la comercialización mayorista del canal se reserve a Canal+ Liga, sustituyendo la exclusiva de la que antes gozaba GOL T.

Además, DTS no estuvo presente en la TDT de pago en las temporadas anteriores, que continuaba siendo un segmento marginal con una baja penetración, limitado por el bajo número de canales ofrecidos y por incapacidad para ofertarse de forma empaquetada con servicios de comunicaciones electrónicas. Por ello, la reserva de la TDT de pago a favor de MEDIAPRO no afecta significativamente a la situación competitiva en el mercado de pago, en la medida en que la TDT de pago se enfrenta a la competencia efectiva de las demás plataformas tecnológicas, que en virtud del acuerdo entre DTS y MEDIAPRO tienen garantizado el acceso a todos los partidos de la Liga y Copa de S.M el Rey que comercialice DTS en su plataforma satelital.

Asimismo, garantizar la continuidad de MEDIAPRO en la televisión de pago, aunque sea como distribuidor de los derechos adquiridos por DTS, redujo el riesgo de exclusión de dicho operador del mercado, lo que favorece la competencia de cara al siguiente ciclo de adquisición, reventa y explotación de los derechos de fútbol.

Por tanto, de lo expuesto se desprende que el reparto formal de las plataformas de emisión y el pacto de no competencia en el mercado de reventa entre DTS y MEDIAPRO constituyeron una restricción a la competencia indispensable para alcanzar un acuerdo entre las partes y garantizar una explotación eficiente de los derechos de fútbol nacional.

Por todo ello, esta Sala considera que el modelo de explotación acordado entre MEDIAPRO y DTS trataba de rentabilizar los derechos adquiridos y resultaba indispensable para alcanzar un acuerdo que garantizara una explotación eficiente de dichos derechos, en línea con lo exigido por los artículos 1.3 de la LDC y 101.3 del TFUE, sin imponer restricciones significativas a la competencia que impidieran el traslado de las eficiencias que genera a los consumidores.

7.2. Acuerdos entre DTS y TELEFÓNICA

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.

- **En relación con la comercialización mayorista de Canal+ Liga de Campeones**

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.

- **En relación con la comercialización mayorista de Canal+ Liga**

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.

• **Conclusión**

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, 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.

7.3. Aplicabilidad de los artículos 2 de la LDC y 102 del TFUE

Los denunciantes ponen de manifiesto en sus escritos que DTS abusó de su posición de dominio al diseñar las condiciones de acceso al Canal+ Liga entre los distintos operadores de televisión de pago a la vez que discriminó entre éstos al configurar la subasta para la comercialización de Canal+ Liga de Campeones, lo cual limitó la competencia efectiva en los mercados afectados.

En 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, a raíz del acuerdo de 16 de agosto de 2012 entre DTS y MEDIAPRO de cesión recíproca de los derechos para las temporadas 2012/2013 a 2014/2015, DTS dispuso de facto de los derechos audiovisuales de todos los clubes de fútbol que militan en Liga de Primera División de fútbol en España para su comercialización en la televisión de pago.

Dicho acuerdo supuso ciertas limitaciones a la actuación de DTS en el mercado de reventa, dado que a MEDIAPRO le correspondían los partidos reservados para la emisión en abierto y la explotación de los partidos de la Liga y Copa de S.M el Rey en la TDT de pago, si bien MEDIAPRO se comprometía a no comercializar su canal de pago, GOL T, a través de plataformas de televisión de pago de terceros operadores.

A partir de estos datos se puede deducir que DTS dispuso de una posición de dominio en el mercado de reventa de derechos de retransmisión de la Liga y Copa de S.M. el Rey en las temporadas 2012/2013 a 2014/2015, dado que contaba con una independencia muy significativa frente a proveedores, competidores y consumidores a la hora de comercializar su oferta de contenidos futbolísticos nacional a los demás operadores de televisión de pago, que son la principal ventana para la explotación de estos derechos en España.

• **En relación con la comercialización mayorista de Canal+ Liga**

Los denunciantes consideran que DTS habría abusado de su posición de dominio a través del establecimiento de condiciones inequitativas y discriminatorias en la comercialización mayorista del Canal+ Liga, y en particular, a través de una práctica de estrechamiento de márgenes.

En el expediente S/0153/09, donde se estudió el sistema de reventa de derechos de competiciones futbolísticas de MEDIAPRO, se determinó que la manera en que el operador explote o revenda tales derechos debe de seguir criterios transparentes, objetivos y no discriminatorios. Por tanto, no debe generar un cierre de mercado ni un falseamiento de la competencia ni en el mercado de reventa ni en los mercados descendentes que utilizan estos derechos como input. Ello dependerá de los derechos audiovisuales que ponga en el mercado el operador así como de las condiciones en que lo haga.

En el presente expediente DTS comercializa a terceros operadores de televisión de pago todos los derechos de fútbol Liga y Copa de S.M. el Rey de los que dispone en virtud del acuerdo de 16 de agosto de 2012 con MEDIAPRO. De este modo, resulta necesario determinar las condiciones en las que los comercializó así como si su actividad de reventa tuvo efectos exclusionarios.

En relación con la oferta de adquisición no exclusiva del Canal+ Liga remitida por DTS a los operadores audiovisuales, la oferta tipo diseñada por DTS contemplaba dos modalidades de contraprestación, modelo flexible y modelo a la carta, como ya se ha expuesto, pero sólo TESAU ha podido acogerse a la modalidad flexible. Así, DTS negó a OPENCLABLE la posibilidad de contratar esta modalidad a pesar de reunir las condiciones para ello, mientras que a AOTEC le exigió unas condiciones más rigurosas que al resto de operadores para contratar en nombre de sus asociados.

La DC también constató que la mayoría de plataformas de televisión de pago en España ofrecen “Canal+ 1”.

De todo ello se deduce que existen elementos que indican que el comportamiento de DTS a la hora de comercializar Canal+ Liga ha sido discriminatorio. Sin embargo, no puede acreditarse que DTS incurra en una práctica abusiva derivada de un estrechamiento de márgenes, pues como señala la DC, *«el nivel de los mínimos garantizados establecidos por DTS en su oferta a la carta (hasta un 15%), y el carácter descendente de los precios mayoristas conforme se aumenta la penetración, difícilmente puede sostenerse que el posible estrechamiento de márgenes derivado de la falta de cumplimiento de los mínimos garantizados o de los precios mayoristas en los escalones de penetración más bajos, sea susceptible de producir un efecto exclusionario significativo en el mercado de televisión de pago, en la medida que en estos casos sólo una parte reducida de los abonados de televisión de pago de los denunciantes demandarían “Canal+Liga”»*.

Así, si bien esta Sala estima que el diseño del modelo de explotación recogido en el contrato de 16 de agosto de 2012 entre DTS y MEDIAPRO puede encontrarse amparado por la normativa de competencia, no se puede decir lo mismo de la actuación posterior de DTS a la hora de determinar a quién y cómo da acceso a los derechos. Esta conducta de DTS es susceptible de ser calificada de abusiva y podría sancionarse.

No obstante lo anterior, de acuerdo con lo expuesto por la DC, dado que las prácticas de DTS a la hora de comercializar Canal+ Liga forman parte de los mismos hechos evaluados como contrarios a los artículos 1 de la LDC y 101 del TFUE, y a fin de evitar la imposición de dos sanciones por hechos idénticos, esta Sala considera que no resulta necesario pronunciarse sobre si las mismas han supuesto un abuso de posición de dominio en el mercado de reventa de derechos audiovisuales de Liga y Copa de S.M. el Rey.

OCTAVO.- Determinación de la sanción

8.1. Responsabilidad de cada uno de los operadores

La responsabilidad de las empresas a las que hace referencia el Fundamento de Derecho Tercero de la presente Resolución resulta, a juicio de esta Sala de Competencia, incuestionable a tenor de los hechos acreditados y las pruebas y resto de elementos de juicio contenidos en el expediente, por lo que esta Sala se muestra conforme con la imputación de responsabilidad realizada por la DC en su propuesta de resolución.

El artículo 62.4.a) de la LDC establece que serán infracciones calificadas como muy graves las conductas que consistan en cárteles u otros acuerdos, decisiones o recomendaciones colectivas, prácticas concertadas o conscientemente paralelas entre empresas competidoras entre sí, reales o potenciales.

En el presente caso los hechos probados en la investigación acreditan la existencia de una actuación concertada entre DTS y TESAU, empresas directa o potencialmente competidoras en varios de los mercados afectados por la infracción, por lo que dicha infracción debe ser calificada como muy grave a los efectos de lo dispuesto en el citado artículo 62.4.a) de la LDC.

Habiendo quedado acreditadas y calificadas las conductas contrarias a la LDC, el artículo 63.1 de la misma norma condiciona el ejercicio de la potestad sancionadora en materia de multas por parte de la Autoridad de Competencia a la concurrencia en el sujeto infractor de dolo o negligencia en la realización de la conducta imputada.

En sus alegaciones DTS expone que actuó de buena fe por lo que no puede imponérsele multa alguna puesto que en su conducta no concurre ni dolo ni culpa (folio 5275).

Por el contrario R CABLE y TELECABLE exponen en sus alegaciones que la responsabilidad de DTS y TESAU debe valorarse a título de dolo en la medida en que ambos operadores han sido conscientes de que su conducta ha tenido como objeto y efecto limitar la diferenciación en sus ofertas comerciales de televisión de pago así como reducir la presión competitiva.

Esta Sala considera que ha quedado suficientemente acreditado en este expediente que DTS y TESAU han incurrido en actuación concertada global 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.

También ha quedado acreditado que ambos operadores han 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.

Se trata de una conducta desarrollada por dos operadores con vínculos estructurales directos e indirectos entre sí en el momento en el que se produjeron las prácticas analizadas (participación de TELEFÓNICA en el capital social y en el Consejo de Administración de DTS, compra de bonos obligatoriamente convertibles en capital social de PRISA, etc.) y que llevan operando en los distintos mercados afectados desde hace más de 15 años, con una pluralidad de actuaciones ante las distintas autoridades de competencia españolas y europeas, tanto en materia de expedientes sancionadores como en procedimientos de control de concentraciones.

La especialización, experiencia, conocimiento del competidor afectado y del mercado en su conjunto, así como de las consecuencias en los distintos mercados afectados de las actividades que se han considerado incluidas en la infracción, impiden a esta Sala considerar que las actuaciones desarrolladas se hayan ejecutado por simple negligencia, siendo necesaria una voluntad específica de las partes para alcanzar la concertación que ha quedado también demostrada en el expediente por los distintas actuaciones plenamente conscientes desarrolladas por DTS y TESAU. Por ello, la Sala considera que ambas empresas deben ser imputadas a título de dolo, ya que conocían la ilicitud de las conductas llevadas a cabo.

8.2. Sobre el artículo 63.1.c) de la LDC

El artículo 63.1 de la LDC atribuye a la CNMC la potestad de sancionar a las empresas y asociaciones de éstas que, deliberadamente o por negligencia, infrinjan la prohibición de acuerdos colusorios. Conforme a reiterada jurisprudencia el principio de culpabilidad es consustancial a las infracciones de cártel y, como acaba de manifestarse de los hechos probados de esta Resolución resulta acreditado que las empresas eran conscientes del carácter ilícito de su conducta anticompetitiva.

El apartado c) del mismo artículo señala que las infracciones muy graves podrán ser castigadas con multa de hasta el 10 por ciento del volumen de negocios total de la empresa infractora en el ejercicio inmediatamente anterior al de imposición

de la multa, y en caso de que no sea posible delimitar el volumen de negocios, el apartado 3.c) señala que el importe de la multa será de más de 10 millones de euros.

Sobre la naturaleza de ese 10% se ha pronunciado el Tribunal Supremo en su sentencia de 29 de enero de 2015 (Recurso 2872/2013).

A este respecto, el Tribunal Supremo señala en el FD 8º de la citada Sentencia 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. Cabe a este respecto destacar lo siguiente:

“La expresión “volumen de negocios” no es en sí misma conceptualmente diferente de la expresión “volumen de negocios total”, como se ha destacado con acierto. Sin embargo, cuando el legislador de 2007 ha añadido de modo expreso el adjetivo “total” al sustantivo “volumen” que ya figuraba, sin adjetivos, en el precepto análogo de la Ley anterior (así ha sucedido con el artículo 63.1 de la Ley 15/2007 frente a la redacción del artículo 10.1 de la Ley 16/1989), lo que ha querido subrayar es que la cifra de negocios que emplea como base del porcentaje no queda limitada a una parte sino al “todo” de aquel volumen. En otras palabras, con la noción de “volumen total” se ha optado por unificar el concepto de modo que no quepa distinguir entre ingresos brutos agregados o desagregados por ramas de actividad de la empresa autora de la infracción. Voluntad legislativa acorde con esta interpretación que, como bien recuerda el voto particular, rechazó las propuestas de modificación del texto, expuestas en los trabajos preparatorios de su elaboración, que específicamente intentaban reducir el volumen de ventas a tan sólo las realizadas en el mercado afectado por la infracción.”

Igualmente, el Alto Tribunal rechaza la concepción de los límites porcentuales previstos en el artículo 63.1 de la LDC como “umbrales de nivelación” (o “límites extrínsecos”, como los denomina el Tribunal Supremo en la sentencia) postulada hasta ahora por la Autoridad de Competencia en línea con la Comisión Europea. Según la sentencia, tales porcentajes deben concebirse como el nivel máximo de un arco sancionador en el que las sanciones, en función de la gravedad de las conductas, deben concretarse.

Por último, señala el Tribunal Supremo, en el ejercicio de graduación de las sanciones la Autoridad de Competencia deberá seguir tomando en consideración los factores enumerados en el artículo 64.1 de la LDC, antes citado, entre ellos, la

dimensión y características del mercado afectado por la infracción, su duración, o los beneficios ilícitos obtenidos como consecuencia de la misma. Sin embargo, aunque la concreción de tales criterios de graduación en una Comunicación no resulta *per se* rechazable (su propósito, incluso, es “*elogiable*” al “*dotar de mayor nivel de predictibilidad a la imposición de las sanciones pecuniarias*” [FD 9º]), el método en su conjunto conduce a una mecánica contraria a la interpretación que del artículo 63.1 hace el Alto Tribunal.

Al hilo de lo anterior, el FD 9º de la sentencia insiste en la necesaria disuasión y proporcionalidad que deben guiar el ejercicio de la potestad sancionadora, junto con la precisa atención a los criterios de graduación antes apuntados.

8.3. Determinación de la multa

Tal y como ya se ha señalado, la infracción que aquí se analiza se califica por la LDC como muy grave, a la que se asocia una multa de hasta el 10% del volumen de negocios total de los infractores en el ejercicio inmediatamente anterior al de imposición de las sanciones, esto es, 2014.

Por otro lado, tal y como señala el Tribunal Supremo, dicho 10% debe concebirse como el límite máximo de una escala o arco sancionador. Dicho porcentaje “*marca el máximo del rigor sancionador para la sanción correspondiente a la conducta infractora que, dentro de la respectiva categoría, tenga la mayor densidad antijurídica*”. Siendo ello así, el 10% debe reservarse como “*respuesta sancionadora aplicable a la infracción más reprochable de las posibles dentro de su categoría*”.

El artículo 64 de la LDC señala que el importe de las sanciones se fijará atendiendo, entre otros, a los siguientes criterios: a) La dimensión y características del mercado afectado por la infracción; b) La cuota de mercado de la empresa o empresas responsables; c) El alcance de la infracción; d) La duración de la infracción; e) El efecto de la infracción sobre los derechos y legítimos intereses de los consumidores y usuarios o sobre otros operadores económicos; f) Los beneficios ilícitos obtenidos como consecuencia de la infracción; g) Las circunstancias agravantes y atenuantes que concurran en relación con cada una de las empresas responsables.

Conviene a este respecto tomar en consideración los factores generales o globales de la conducta, dejando para un posterior análisis y concreción (individualización) los factores específicos referentes a la conducta de cada uno de los infractores, incluidas, en su caso, circunstancias agravantes y atenuantes de carácter individual.

En el presente expediente, la gravedad de la conducta imputada ha quedado patente a lo largo de la investigación, en primer lugar en consideración a los sujetos infractores, que son competidores directos o potenciales en varios de los mercados afectados, teniendo en los mismos además una posición relevante las dos empresas imputadas y, en segundo lugar por tratarse de conductas especialmente aptas para afectar a los mercados señalados.

Respecto a la dimensión y características de los mercados afectados por la infracción, la conducta evidencia una actuación concertada entre DTS y TESAU en diversos mercados relacionados con los derechos audiovisuales de competiciones regulares de fútbol: adquisición, reventa y explotación de los mismos, con potenciales efectos sobre la dinámica competitiva de los mercados de comunicaciones minoristas, en virtud de las ofertas empaquetadas que se despliegan actualmente en dichos mercados.

Tanto los referidos mercados de adquisición, reventa y explotación de derechos audiovisuales de competiciones regulares de fútbol como los de comunicaciones electrónicas han sido examinados en el apartado II de la presente resolución. En virtud de dicho análisis puede afirmarse el posicionamiento destacado de DTS en los mercados de adquisición, reventa y explotación de derechos audiovisuales de fútbol durante el periodo en el que se ejecuta la infracción y el paulatino crecimiento de TESAU en esos mismos mercados en ese mismo espacio de tiempo, mientras mantenía su liderazgo en los mercados de comunicaciones electrónicas.

En el caso de los mercados relacionados con los derechos audiovisuales de las competiciones futbolísticas los ingresos y gastos afectados por DTS durante el periodo afectado por la infracción superan ampliamente los 100 millones de euros con carácter anual en cada uno de ellos mientras que los ingresos anuales medios de TESAU en el mercado de explotación de derechos audiovisuales futbolísticos se sitúa en torno a los 80 millones de euros. Asimismo, en la determinación de la sanción, deberá tenerse en cuenta el elevado valor de los contratos de DTS con TESAU para la comercialización mayorista de Canal+ Liga y Canal+ Liga de Campeones durante el tiempo en el que se desarrolla la infracción.

En relación con los criterios de graduación, el artículo 64.1.c) de la LDC alude al “alcance de la infracción”. Según el análisis expuesto, la conducta alcanza todo el territorio nacional, produce efectos sobre el comercio de los estados miembros y afecta asimismo a una multiplicidad de mercados, tal y como se ha analizado en anteriores apartados de la presente resolución.

Por su parte, el artículo 64.1.d) de la LDC se refiere a la duración de la conducta. A este respecto 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 las diferentes decisiones y acuerdos adoptados por DTS y TESAU en relación a la comercialización de canales de televisión de pago con contenidos futbolísticos.

8.4 Individualización de las sanciones e importe final de las multas

Partiendo de lo anteriormente expuesto y teniendo en cuenta la conducta y responsabilidad de cada una de las empresas infractoras, se hace necesario individualizar la sanción correspondiente a cada una de ellas.

En sus alegaciones DTS expone que actuó de buena fe, por lo que no puede imponérsele multa alguna puesto que en su conducta no concurre ni dolo ni culpa (folio 5275). En relación con el volumen de ventas afectado, entiende que sólo debiera ser el relacionado con la comercialización mayorista de Canal+ Liga y Canal+ Liga de Campeones y la comercialización minorista de Canal+ Liga, sin que deba tenerse en consideración la facturación relacionada con la comercialización minorista de Canal+ Liga dado que la PR no imputa a DTS ninguna infracción (folio 5276).

Por otra parte, señala como atenuantes la iniciación de un procedimiento de terminación convencional y el hecho de que la conducta se realizara con negligencia (folios 5276 a 5277).

Por último, en relación con la duración de la infracción, indica que no cabe extenderla más allá del verano de 2012 y que, dado que no ha tenido efectos restrictivos de la competencia, procede reducir su importe, sin que éste pueda superar el 10% del volumen de negocios en el mercado afectado por la infracción (folios 5277 a 5278). Por el contrario MEDIAPRO solicita que se considere como circunstancia agravante el hecho de que DTS y TESAU hayan intentado dilatar al máximo el plazo de resolución del presente expediente para poder seguir explotando comercialmente los derechos audiovisuales en España de la Liga de Campeones por las tres temporadas completas.

Atendiendo a los criterios determinantes que establece el artículo 64 para fijar la cuantía de la sanción, debe tenerse en cuenta que el tipo de infracción que se sanciona es muy grave, puesto que afecta a una concertación horizontal entre competidores en los diversos mercados afectados, con excepción del mercado de comunicaciones electrónicas.

Por otro lado, para la determinación de la multa deben tenerse en cuenta los volúmenes de negocio remitidos por las empresas en respuesta a los Acuerdos

de requerimiento de información de la Sala de Competencia de 2 de junio de 2015, que tuvieron entrada en la CNMC con fecha de 25 de junio (DTS, folios 5742-5744 y TESAU, folios 5745-5752) En los volúmenes de negocio remitidos constan tanto el volumen de negocio total de cada empresas durante el último ejercicio como los volúmenes de negocio más directamente relacionados con la infracción.

La consideración de la facturación total de una empresa el año anterior a la sanción debe evaluarse atendiendo a las exigencias del principio de proporcionalidad, modulando la sanción a imponer para que sea proporcionada al beneficio ilícito derivado de la infracción, también en empresas con diversas ramas de producción ("multiproducto") o con actividades no afectadas por la infracción imputada. Este es el criterio que expone el Tribunal Supremo cuando afirma, en la sentencia de 29 de enero de 2015, lo siguiente:

"Si es válido utilizar el "volumen de negocios total" de la entidad para el cálculo del porcentaje máximo aplicable a la más grave de las conductas posibles, en el caso de las empresas "multiproducto" la evaluación pormenorizada de la concreta conducta infractora, dentro del sector específico de actividad y con arreglo a aquellos criterios, permitirá igualmente atender las exigencias del principio de proporcionalidad en el sentido al que tienden las reflexiones de la Sala de instancia en su parecer mayoritario, esto es, tomando en cuenta aquel elemento junto con el resto de los que incluye el artículo 64.1 de la Ley 15/2007."

En este sentido, resulta pertinente tomar en consideración lo señalado por la Comunicación británica relativa a multas²⁶, en cuya nota 16 puede leerse:

"In applying the steps to individual undertakings in multi-party cases, the OFT will observe the principle of equal treatment, which is articulated by the Court of First Instance (now the General Court) in the Tokai Carbon case as follows: 'The fact nonetheless remains that ... [the Commission] must comply with the principle of equal treatment, according to which it is prohibited to

²⁶ "OFT's guidance as to the appropriate amount of a penalty", de septiembre de 2012, disponible en:

https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/284393/oft423.pdf

"Cuando aplique este procedimiento a operadores individuales en casos en los que exista una pluralidad de partes, la OFT respetará el principio de igualdad, tal y como fue expuesto por el Tribunal de Primera Instancia (actual Tribunal General) en el caso de Tokai Carbon: "En cualquier caso, ... [la Comisión] debe respetar el principio de igualdad de trato según el cual está prohibido tratar situaciones comparables de manera diferente y situaciones diferentes de manera idéntica, a menos que tal trato esté justificado objetivamente (sentencia FETTCSA, apartado 406)" (Ver Asunto T-236/01 Tokai Carbon Co. Ltd y otros contra Comisión de las Comunidades Europeas. [2004] ECR II-1181, apartado 219). A este respecto, la OFT también tendrá en cuenta la sentencia del Competition Appeal Tribunal (CAT) en el caso Kier Construction: "...es completamente lógico que un operador de mayor tamaño reciba una sanción más severa que un operador de pequeño tamaño...Sin embargo esto no significa que las sanciones deban ser absolutamente proporcionales al tamaño relativo de los operadores sobre las que se imponen...no es necesariamente proporcionado o equitativo que la multa impuesta a una gran empresa refleje la misma proporción de su volumen de negocios total a escala mundial que la multa impuesta a una empresa de menor tamaño respecto del volumen de negocios de esta última". (Ver Kier Group plc and others v Office of Fair Trading [2011] CAT 3, at [177])."

treat similar situations differently and different situations in the same way, unless such treatment is objectively justified (FETTCSA, paragraph 406).’ (See Case T-236/01 Tokai Carbon Co. Ltd and Others v Commission [2004] ECR II-1181, at paragraph 219). In doing so, the OFT will take account of the judgment of the Competition Appeal Tribunal (the CAT) in the Kier Construction judgment that, ‘...it is perfectly rational for a bigger undertaking to receive a more severe penalty than a smaller company... However, this does not mean that penalties should be precisely proportionate to the relative sizes of the undertakings on which they are imposed... it will not necessarily be fair or proportionate to impose on a bigger company a penalty which reflects the same proportion of its total worldwide turnover as a penalty imposed on a smaller company represents in relation to the latter’s turnover.’ (See Kier Group plc and others v Office of Fair Trading [2011] CAT 3, at [177]).”

Bajo tales consideraciones, el tipo sancionador que se aplica sobre el volumen total de ventas en el ejercicio anterior para determinar la multa podrá ser reducido cuando actuar de otra forma conduzca a una clara vulneración del principio de proporcionalidad.

Por otra parte, la mayor facturación en los distintos mercados afectados por la conducta denota una mayor intensidad o participación en la conducta y, en particular, una mayor ganancia ilícita potencial. Siendo ello así, se considera ajustado al principio de proporcionalidad y a la necesaria individualización de las multas ajustar el importe de la multa en función de la mayor participación de cada empresa en la facturación global en los mercados afectados por la conducta.

En segundo lugar, por lo que se refiere a la duración de la conducta (art. 64.1.d de la LDC), en la medida en que esta es idéntica en ambos casos, no cabe introducir elementos de diferenciación o individualización de la sanción por este motivo.

Tomar en consideración el criterio del beneficio ilícito obtenido por las empresas infractoras (artículo 64.1.f de la LDC) tiene particular importancia con el objeto de evitar “que la comisión de las infracciones tipificadas no resulte más beneficioso para el infractor que el cumplimiento de las normas infringidas” (art. 131.2 de la Ley 30/1992), criterio al que la referida sentencia del Tribunal Supremo presta especial atención al señalar que “las sanciones administrativas previstas para el ejercicio de actividades económicas [...] han de fijarse en un nivel suficientemente disuasorio para que, al tomar sus propias decisiones, las empresas no aspiren a obtener unos beneficios económicos derivados de las infracciones que resulten ser superiores a los costes (las sanciones) inherentes a la represión de aquéllas”.

La doctrina económica más autorizada ha señalado de forma constante y fundada el enorme daño que la colusión entre empresas competidoras causa tanto en el sector económico en el que tiene lugar como en el bienestar de los consumidores.

Esos daños se derivan de la actuación anticompetitiva y están relacionados con los beneficios ilícitos que obtienen las empresas que restringen la competencia, aunque los daños producidos pueden ser superiores a los beneficios ilícitos obtenidos. Por eso, centrarse en el beneficio ilícito es una postura prudente porque implica partir de una estimación por defecto de los efectos ilegítimos de la infracción.

Si bien el 10% del volumen del mercado afectado puede considerarse un punto de partida válido y prudente para determinar en general el beneficio ilícito de una conducta anticompetitiva cuando es calificada como cártel, en el presente caso, las características concretas de la conducta anticompetitiva y de los distintos mercados afectados por la infracción sancionada impiden aplicar un porcentaje de este tipo con carácter general a los distintos mercados afectados por la infracción. En todo caso, la interrelación entre conducta infractora y la subsiguiente sanción es unívoca o lo que es lo mismo que decir que si esta es perfectamente explicativa desde dos perspectivas argumentativas, la decisión de adoptar una u otra es dispositiva de la Sala, en tanto que la conclusión a adoptar es la misma.

Varios de los denunciados e interesados en sus alegaciones (EUSKATEL, folios 5370 y ss., R CABLE Y TELECABLE, folios 5224 y ss., y ORANGE folios 5409 y ss.) consideran posible cuantificar el impacto y daño producido por la conducta en el mercado de la televisión de pago, señalando que la concertación se produjo entre los dos principales operadores de televisión de pago por ingresos cuya cuota conjunta alcanza casi el 82% del mercado. Basándose en datos extraídos de informes de la CNMC estiman que DTS experimentó un crecimiento significativo en su cuota de mercado en términos de abonados (al inicio de la temporada 2012/2013 tenía casi un 40,8% de cuota mientras que a finales de 2013 la misma alcanzaba el 43,7%) e incrementó sus ingresos en casi un 20%.

Sin pretender cuantificar los efectos de la conducta en los términos expuestos por los denunciados, el análisis de los datos del mercado de la televisión de pago, exclusivamente en el periodo 2012-2013, muestra un incremento de ingresos significativo por parte de DTS (cerca de los 100 millones de euros) y un descenso equivalente en los ingresos de los operadores de televisión de pago alternativos. Una estimación prudente del beneficio ilícito asociado a dichos beneficios y pérdidas puede utilizarse como referencia para la modulación de las sanciones, aunque no sea utilizado directamente para la determinación de la sanción, sino solo para modular la multa comparándola con ese beneficio ilícito estimado.

De acuerdo con lo todo lo anterior, esta Sala considera que atendiendo a la dimensión y características de los distintos mercados afectados por la conducta sancionada, la duración y el alcance de la misma, los beneficios obtenidos así como los efectos producidos en los referidos mercados, y especialmente la

necesidad de asegurar la proporcionalidad de la sanción en el caso de empresas multiproducto, el tipo sancionador adecuado a la conducta ilícita de cada empresa, dentro del arco sancionador indicado en el artículo 63.1 de la LDC, debe situarse en el tramo inferior de la escala que discurre del cero al 10%. Dentro de dicho tramo inferior, la Sala considera, no obstante, que debe aplicarse un porcentaje mayor sobre su volumen de negocios total a DTS que a TESAU, en virtud de los distintos elementos que se han examinado en la individualización de la sanción, si bien ambos porcentajes se sitúan claramente por debajo del 1% del volumen de negocio total de estas empresas en 2014 por motivos de proporcionalidad.

Por todo ello, la Sala de Competencia impone una multa de 10.000.000 de euros a Telefónica de España, S.A.U. (TESAU) y 5.500.000 euros a DTS Distribuidora de Televisión Digital, S.A. (DTS) por una actuación concertada 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.

En virtud de todo lo anterior, la Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia,

HA RESUELTO

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 5.5000.000 €.
2. A Telefónica de España, S.A.U. (TESAU) una multa de 10.000.000 €.

CUARTO.- Declarar que, si bien el acuerdo de MEDIAPRO y DTS de 16 de agosto de 2012 analizado en el expediente de referencia resulta contrario a los artículos 1 de la LDC y 101 del TFUE, se encuentra amparado por la exención contenida en los artículos 1.3 de la LDC y 101.3 del TFUE. Por ello, procede acordar el sobreseimiento parcial del expediente de referencia en relación con la infracción de los artículos 1 de la LDC y 101 del TFUE por parte de DTS y MEDIAPRO por la firma del acuerdo del 16 de agosto de 2012 anteriormente citado.

QUINTO.- Declarar que no procede pronunciarse sobre si DTS ha incurrido en una infracción de los artículos 2 de la LDC y 102 del TFUE a la hora de comercializar Canal+ Liga, en la medida que estas prácticas forman parte de los mismos hechos que se consideran contrarios a los artículos 1 de la LDC y 101 del TFUE en el resuelve primero.

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.

SÉPTIMO.- Resolver sobre la confidencialidad relativa a la documentación aportada por las empresas de conformidad con lo señalado en el Fundamento de Derecho Sexto.

Comuníquese esta Resolución a la Dirección de Competencia de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia y notifíquese a los interesados haciéndoles saber que contra la misma no cabe recurso alguno en vía administrativa, pudiendo interponer recurso contencioso-administrativo en la Audiencia Nacional, en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente al de su notificación.