



Roj: **STS 5675/2024 - ECLI:ES:TS:2024:5675**

Id Cendoj: **28079130032024100300**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Madrid**

Sección: **3**

Fecha: **06/11/2024**

Nº de Recurso: **5570/2022**

Nº de Resolución: **1767/2024**

Procedimiento: **Recurso de Casación Contencioso-Administrativo (L.O. 7/2015)**

Ponente: **JOSE MANUEL BANDRES SANCHEZ-CRUZAT**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAN 5643/2021,**
ATS 3237/2023,
STS 5675/2024,
AATS 317/2025

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Tercera

Sentencia núm. 1.767/2024

Fecha de sentencia: 06/11/2024

Tipo de procedimiento: R. CASACION

Número del procedimiento: **5570/2022**

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 05/11/2024

Ponente: Excmo. Sr. D. José Manuel Bandrés Sánchez-Cruzat

Procedencia: AUD.NACIONAL SALA C/A. SECCION 6

Letrada de la Administración de Justicia: Sección 003

Transcrito por:

Nota:

R. CASACION núm.: **5570/2022**

Ponente: Excmo. Sr. D. José Manuel Bandrés Sánchez-Cruzat

Letrada de la Administración de Justicia: Sección 003

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Tercera

Sentencia núm. 1767/2024

Excmos. Sres.

D. José Manuel Bandrés Sánchez-Cruzat, presidente



D. Eduardo Calvo Rojas

D. José María del Riego Valledor

D. Diego Córdoba Castroverde

D. Isaac Merino Jara

En Madrid, a 6 de noviembre de 2024.

Esta Sala ha visto el recurso de casación, registrado con el número **5570/2022**, interpuesto por la Procuradora de los Tribunales Ana Llorens Pardo, en nombre y representación de TELEFÓNICA DE ESPAÑA S.A.U., como sucesora universal de DISTRIBUIDORA DE TELEVISIÓN DIGITAL S.A.U. (DTS), bajo la dirección letrada de Helmut Brokelmann, contra la sentencia de la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 23 de diciembre de 2021, que desestimó el recurso contencioso-administrativo formulado por la representación procesal de DTS DISTRIBUIDORA DE TELEVISIÓN DIGITAL S.A.U. contra la resolución de la Sala de Competencia de la Comisión Nacional de la Competencia de 23 de julio de 2015, dictada en el expediente S/0436//12 DTS Distribuidora de Televisión Digital, mediante la que se le impone a DTS Distribuidora de Televisión Digital S.A. una multa de 5.500.000 euros, como autora responsable de la comisión de la infracción del artículo 1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio de Defensa de la Competencia y del artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

Ha sido parte recurrida el Sr. Abogado del Estado en la representación que ostenta.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. José Manuel Bandrés Sánchez-Cruzat.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.-En el recurso contencioso-administrativo número 703/2015, la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, dictó sentencia el 23 de diciembre de 2021, cuyo fallo dice literalmente:

«Desestimar el recurso contencioso-administrativo interpuesto por el Procurador D. Jacobo Borja Rayón en nombre y representación de DTS DISTRIBUIDORA DE TELEVISIÓN DIGITAL, S.A.U. contra la resolución de 23 de julio de 2015, dictada por el Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia en el expediente S/0436/12 DTS DISTRIBUIDORA DE TV DIGITAL, mediante la cual se le impuso una sanción de multa de 5.500.000 euros, al ser dicha resolución ajustada a Derecho.

Con expresa imposición de las costas a la parte actora.»

La Sala de instancia fundamenta la decisión de desestimar el recurso contencioso-administrativo, con base en la exposición de las siguientes consideraciones jurídicas:

«En cuanto a los hechos determinantes del acuerdo sancionador, la resolución recurrida, cuando aborda la cuestión relativa a las partes intervinientes, describe a DTS como una sociedad encargada de la gestión de la plataforma de televisión de pago por satélite Canal+, que 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), de la Liga de Campeones a través de Canal+ Liga de Campeones, además de series y películas de estreno. Destaca que 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.

Particular interés tiene la mención que hace la resolución a la evolución del control de esta sociedad.

Así, refiere que, al inicio del expediente, DTS se encontraba bajo el control exclusivo de Prisa Televisión, S.A.U., que disponía del 56% de su capital social (PRISA TV es una filial al 100% de Promotora de Informaciones, S.A. -PRISA-), y que 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. Y mediante contrato de compraventa de 2 de junio de 2014 firmado entre PRISA y TELEFÓNICA DE CONTENIDOS, S.A.U., esta adquirió el 56% del capital social en manos de PRISA, que se sumó al 44% ya controlado por la adquirente. Operación de concentración que fue notificada como tal a la CNMC quien, mediante resolución de 22 de abril de 2015, la autorizó en segunda fase, de tal forma que a partir de entonces TELEFÓNICA DE CONTENIDOS S.A.U. adquirió el control exclusivo de DTS.



La resolución relaciona como mercados afectados 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.

No nos detendremos en el análisis de dichos mercados al estar suficientemente descritos en la resolución recurrida, sin perjuicio de las consideraciones que resulten necesarias al examinar los concretos motivos de la demanda que puedan incidir en su caracterización.

Partiendo de esa configuración, la CNMC se refiere a continuación a las conductas investigadas y a los hechos que entiende acreditados a partir de los datos acopiados en el expediente, lo que le lleva a distinguir tres ámbitos de actuación en lo que se habrían probado comportamientos anticompetitivos: 1) La adquisición de derechos de retransmisión de competiciones futbolísticas. 2) La comercialización mayorista de contenidos futbolísticos. 3) La comercialización minorista de canales de televisión de pago con contenidos futbolísticos.

Respecto de cada uno de dichas conductas, la relación de hechos acreditados que recoge la resolución como base de la imputación realizada a DTS puede resumirse así:

1) En cuanto a la adquisición de derechos de retransmisión de competiciones futbolísticas, distingue a su vez entre las competiciones europeas de fútbol y la Liga Nacional y Copa de S.M. el Rey.

En relación a las primeras, recuerda que los derechos de retransmisión de dichas competiciones organizadas por la UEFA (UEFA Champions League y UEFA Europe League) se comercializan de forma centralizada por la entidad organizadora a través de licitaciones.

En concreto, 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 dirigido a distintos operadores de televisión de España, y al que fue invitada DTS, al igual que otros.

La decisión de DTS de participar fue comunicada, según la misma entidad, por su Consejero Delegado en la reunión del Consejo de Administración celebrada el 20 de enero de 2011, tal y como resulta del folio 3.290 del expediente administrativo. En el acta de esta reunión -citada al folio 2901 y acompañada copia de la misma como documento núm. 18-, se reflejaba que la oferta a presentar se realizaría por el Consejero Delegado en el ejercicio de sus funciones, "... sin que se informara de las condiciones ni del precio a ofertar por la compañía con la finalidad de evitar posibles conflictos, dada la posibilidad de que el Grupo TELEFÓNICA, a través de TELEFÓNICA DE CONTENIDOS, y MEDIASET, presentes en dicha reunión, pudieran pujar también por los derechos".

Conforme al acuerdo suscrito entre DTS y la UEFA el 4 de febrero de 2011, que obra a los folios 1541 y siguientes del expediente, DTS adquirió, 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, y ello con el objeto de explotarlos a través de un canal de televisión de pago Canal+ Liga de Campeones como parte de su oferta comercial.

Por lo que se refiere a Liga Nacional y Copa de S.M. el Rey, señala la resolución que DTS fue un demandante significativo en el mercado de adquisición de derechos audiovisuales para las temporadas 2012/2013 a 2014/2015. Y así, durante el primer semestre de 2012, DTS firmó contratos con 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-.

2) Respecto de la comercialización mayorista de contenidos Futbolísticos y, en cuanto ahora interesa, del Canal+ Liga de Campeones y la comercialización mayorista de Canal+ Liga y "Canal +1", por detectar en estas actividades los acuerdos anticompetitivos entre DTS y TELEFÓNICA DE CONTENIDOS que sanciona.

En cuanto a la Comercialización mayorista de Canal+ Liga de Campeones, relata la resolución que 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 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 "Los objetivos de máximos para Canal + eran los siguientes: (...) Subastar Canal+ Liga 2 y Canal+ Liga de Campeones a un único operador de telecomunicaciones (además de su emisión en Canal+)" (folio 3.116, PDF 35 del expediente confidencial).



De acuerdo con tal objetivo, 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.

Destaca la CNMC que, 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).

Y acerca de los criterios de participación en la subasta, se indicaba que "Podrán participar en la presente subasta aquellos operadores habilitados para prestar un servicio de comunicaciones electrónicas que difundan canales de televisión de ámbito nacional" así como que "no se aceptarán ofertas conjuntas por varios Operadores" (folio 1568).

Reseña también la resolución recurrida que 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, 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 ofrecían fútbol (folio 3.136, PDF 36 versión confidencial), fijando 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.), adjudicándose la subasta a TESAU (folios 2860 y ss.) 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); y el 22 de agosto de 2012, DTS y TESAU suscribieron un contrato para la distribución del Canal+ Liga de Campeones (folios 2871 y ss.) y, 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).

Por lo que se refiere a la comercialización mayorista de Canal+ Liga y Canal+ 1, en la misma reunión del Consejo de Administración de DTS antes citada de 19 de julio de 2012 se abordaron los objetivos de DTS respecto de la explotación de los derechos audiovisuales de Liga y Copa para las temporadas 2012/2013 a 2014/2015, y entre ellos la distribución mayorista del Canal+ Liga y Canal +1 (folio 3.116).

Con ese fin, el 22 de agosto de 2012 DTS envió a terceros operadores, entre ellos Telefónica de España, S.A.U., y a determinadas asociaciones de operadores de cable independientes, una oferta de comercialización no exclusiva de la oferta mayorista de Canal+ Liga que contemplaba dos modalidades de distribución y contraprestación: un modelo flexible, y un modelo a la carta. Como pone de relieve la resolución, la Dirección de Competencia había detallado los puntos más importantes de estas dos modalidades de distribución del canal de fútbol Canal+ Liga a las que podían acogerse los operadores de televisión de pago, características que reproduce, en lo esencial, la propia resolución al transcribir parcialmente la propuesta de la DC.

La resolución recurrida pone de manifiesto, por la relevancia que habría de tener a los efectos de detectar el acuerdo anticompetitivo que en este extremo le atribuye a DTS, que el único operador que se acogió a la modalidad flexible fue TESAU. Y que, 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).

Es de singular relevancia el hecho de que la Dirección de Investigación habría comprobado después que la oferta de Canal+ Liga en la plataforma de televisión de pago de TESAU apareció incluida en su página web antes de que recibiera formalmente la oferta de DTS el 22 de agosto de 2012, concretamente, el 17 de agosto de 2012.



Destaca asimismo la resolución que, según la captura de pantalla aportada por ORANGE, la aparición de la noticia se produjo el 21 de agosto de 2012 por la mañana; y, sin embargo, la DI constató que en el foro oficial de MOVISTAR dicha noticia apareció 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).

A continuación, la resolución recurrida analiza las ofertas realizadas por las distintas entidades para comercializar Canal + Liga (AOTEC, Open Cable Telecomunicaciones, BRITEL CONSULTING...) y las respuestas de DTS con las exigencias y limitaciones a las que condicionaba la posibilidad de la distribución.

3) Respecto de la comercialización minorista de canales de televisión de pago con contenidos futbolísticos.

Según la resolución, habría quedado acreditado que el 20 de agosto de 2012 DTS lanzó una campaña comercial para la comercialización minorista de Canal+ Liga de Campeones, ofreciendo el canal de manera promocionada hasta el 31 de enero de 2013, al 50% del precio tarifa que ascendía a 8,95 euros, a aquellos clientes que ya tuvieran contratado, de manera individual o en paquete, "Canal+ 1" o Canal+ Liga.

Y añade que "El 12 de septiembre de 2012, según la operadora, ante el 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. 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)".

Al propio tiempo indica que, en esa misma fecha, 12 de septiembre de 2012, TESAU 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.

Y recuerda que, 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.

TERCERO.- Sobre la base que proporcionan los hechos descritos, la resolución se plantea la comisión por parte de DTS y TESAU de una infracción única y continuada prevista en los artículos 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, tal y como en su día propuso la Dirección de Competencia.

Parte de la existencia de dos acuerdos formales entre ambas empresas, uno tras la adjudicación de la subasta de 10 de agosto de 2012, para emitir Canal+ Liga de Campeones, y otro con carácter no exclusivo, el 22 de agosto de 2012, para la comercialización de Canal+ Liga.

Ambos acuerdos los sitúa en lo que califica como concierto entre DTS y TESAU para actuar de forma coordinada en la adquisición, reventa y explotación de derechos audiovisuales de eventos futbolísticos regulares, que habría 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.

Al propio tiempo, y asumiendo el criterio de la DC, entiende 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 particular, y respecto de la comercialización mayorista de Canal+ Liga, sostiene que TESAU se benefició del diseño de la oferta tipo de DTS por cuanto incorporaba una modalidad de distribución y contraprestación ajustada a sus necesidades y que, al mismo tiempo, la hacía inaccesible al resto de operadores de televisión de pago sin ninguna causa que pudiera justificarlo.

A lo que 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".

Ello lleva a concluir a la DC, y así lo asume después la resolución, que "... 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".

Además, entiende la CNMC, de acuerdo con la propuesta de la DC, que la actuación concertada entre DTS y TESAU que describe "... 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".

La Sala de Competencia del Consejo de la CNMC rechazó, como resulta de los apartados siguientes de su resolución, la totalidad de las alegaciones formuladas contra la propuesta de resolución para concluir que "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".

CUARTO.- El primero de los motivos de la demanda se refiere a la caducidad del procedimiento sancionador que se habría producido de acuerdo con el criterio mantenido por esta misma Sala en su sentencia de 25 de enero de 2016, recurso núm. 575/13.

No obstante, para rechazarlo baste decir que la interpretación que acoge dicha sentencia, y otras también de esta Sala que la mantuvieron, ha sido expresamente desautorizada por el Tribunal Supremo en sentencia, entre otras, de 23 de noviembre de 2016, recurso 1048/16.

Por tanto, el cómputo del plazo de caducidad no puede hacerse como propone la parte actora, lo que determina que dicha caducidad no se haya producido.

QUINTO.- Denuncia además DTS que la resolución recurrida infringe el artículo 53.2 de la LRJPAC y el artículo 20.4 del Real Decreto 1398/1993, al no determinar con precisión la infracción que sanciona.

Argumenta en este sentido que el dispositivo Primero de la resolución declara la existencia de una infracción consistente en una actuación concertada de DTS y TESAU en los mercados de adquisición, reventa y explotación de derechos audiovisuales de competiciones regulares de fútbol "en los términos expuestos en el Fundamento de Derecho Séptimo", siendo así que el Fundamento de Derecho Séptimo se articula únicamente en dos secciones, relativas a la "...comercialización mayorista de Canal+ Liga de Campeones" y a la "... comercialización mayorista de Canal+ Liga".

El motivo, tal y como aparece planteado, tampoco puede prosperar.

La remisión que la parte dispositiva hace al fundamento de derecho séptimo no impide, como supone la parte actora, que la mención a las conductas sancionadas y su descripción que se contiene en dicho fundamento no pueda ser integrada con el resto de la fundamentación jurídica y fáctica de la resolución.

El pretendido compartimento estanco que habría de cerrar cualquier posible ampliación de la imputación no es tal desde el momento en que el mismo fundamento séptimo:

- Sí alude a la adquisición mayorista de contenidos pues destaca que "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".

-Además, se refiere a la comercialización minorista al señalar que "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".



- Por otra parte, aunque en dicho fundamento la resolución describe específicamente la estrategia de comercialización mayorista de Canal + Liga de Campeones, es indudable que dicha comercialización a través de la adjudicación a TESAU mediante subasta de los correspondientes derechos tenía como antecedente necesario, prolijamente plasmado en la resolución, la adquisición por parte de DTS de los derechos correspondientes con el conocimiento y la aquiescencia de TESAU. Si esa actuación concertada en cuanto a la referida adquisición ha de reputarse probada o no es cuestión que abordaremos después, pero no puede negarse que la resolución motiva y razona tal concierto y da además expresa respuesta a las cuestiones suscitadas por DTS al respecto -fundamento cuarto, apartado 5, letra a-.

SEXTO.- A juicio de DTS, se ha vulnerado su derecho fundamental a la presunción de inocencia que garantiza el artículo 24 de la Constitución "... por ignorar la resolución recurrida los requisitos de la prueba de presunciones".

Esta alegación, que cuestiona la prueba suficiente de la comisión de la infracción, enlaza en realidad con los siguientes motivos de la demanda en los que la entidad actora afirma que no ha existido concertación en la adquisición de los derechos de la Liga de Campeones, ni en la comercialización mayorista de Canal + Liga de Campeones, ni en la comercialización minorista de Canal+ Liga de Campeones, ni tampoco en la comercialización mayorista de Canal+ Liga.

El análisis de todo ello debe comenzarse recordando que la misma resolución especifica la prueba que ha llevado a la CNMC al convencimiento de la existencia de la infracción que sanciona.

Se remite así a la existencia de dos acuerdos formales entre DTS y TESAU de los que recuerda se trata de 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 por TESAU de bonos obligatoriamente convertibles en capital social de PRISA. Cuestión está la de las relaciones entre ambas entidades a la que nos referimos antes al tratar de la descripción que la resolución recurrida contiene al respecto.

El primero de los acuerdos tuvo lugar el 10 de agosto de 2012, tras su adjudicación mediante un proceso de subasta, y su objeto consistía en la comercialización en exclusiva de Canal+ Liga de Campeones por parte de TESAU.

Y el segundo, acuerdo con carácter no exclusivo, se adoptó el día 22 de agosto de 2012 y tenía como finalidad la comercialización de Canal+ Liga.

La CNMC entiende que estos dos 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".

Esta conclusión la extrae la Comisión de los hechos que entiende probados y a los que nos hemos referido ya en el fundamento de derecho segundo, donde se resumen los que relaciona la resolución recurrida.

Y la misma resolución explica que la conclusión alcanzada a partir de los citados hechos "... 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".

En este punto conviene recordar, como decíamos en sentencia de 9 de junio de 2016, recaída en el recurso 551/13, y respecto de la prueba de las infracciones en materia de competencia, que "En este tipo de actuaciones es difícil encontrarse con la existencia de pruebas directas que permitan acreditar la participación en las conductas infractoras; lo normal es que sea a través de indicios. Pues bien, la prueba de indicios está ampliamente aceptada por la jurisprudencia constitucional desde la SSTC 174y 175/1985 , y resulta práctica habitual en materia de cárteles, siempre que los indicios resulten probados de forma directa, tengan fuerza persuasiva, produzcan una convicción suficiente en el juzgador, se encuentren en directa relación con las consecuencias que se pretenden extraer de los mismos y no exista una explicación alternativa que permita desvirtuar las conclusiones a las que llega la Administración".

Consideraciones que ratificamos en la sentencia de 15 de julio de 2016, recurso número 293/2012 que, al tratar sobre la prueba de indicios, declara lo siguiente: "... es bien sabido que su utilización en el ámbito del derecho de la competencia ha sido admitida por el Tribunal Supremo en sentencias de 6 de octubre y 5 de noviembre de 1997 (RJ 1997\7421 y RJ 1997/8582), 26 de octubre de 1998 (RJ 1998 \7741) y 28 de enero de 1999 (RJ 1999\274). Para que la prueba de presunciones sea capaz de desvirtuar la presunción de inocencia, resulta necesario que los indicios se basen no en meras sospechas, rumores o conjeturas, sino en hechos



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

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

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

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

"(46)... es necesario que la Comisión presente pruebas precisas y concordantes para demostrar la existencia de la infracción (sentencia Dresdner Bank y otros/Comisión), apartado 44 supra, apartado 62), y para asentar la firme convicción de que las infracciones alegadas constituyen restricciones sensibles de la competencia a efectos del artículo 81 CE, apartado 1 (sentencia de 21 de enero de 1999, Riviera Auto Service y otros/Comisión, T-185/96, T-189/96 y T-190/96, Rec. p. II-93, apartado 47). (47) Sin embargo, debe señalarse que no todas las pruebas aportadas por la Comisión deben necesariamente responder a dichos criterios por lo que respecta a cada elemento de la infracción. Basta que la serie de indicios invocada por la institución, apreciada globalmente, responda a dicha exigencia (véase la sentencia Dresdner Bank y otros/Comisión, apartado 44 supra, apartado 63, y la jurisprudencia citada).

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

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

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



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

Entiende la CNMC, en ese proceso deductivo que parte del relato de hechos probados de la resolución, que, respecto de la adquisición y reventa de derechos audiovisuales de eventos futbolísticos, DTS y TESAU renunciaron a competir entre sí, con una estrategia que reservaba 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" excluyendo injustificadamente del acceso de dicha modalidad flexible a terceros operadores de televisión de pago.

Esta aseveración se sostiene en unas consideraciones que en modo alguno pueden suponerse ilógicas, irrazonables o carentes de base. Antes, al contrario, la resolución explicita que:

- TESAU conocía (ya que fue anunciada en el Consejo de Administración de DTS de 19 de julio de 2012 del cual formaba parte TELEFÓNICA DE CONTENIDOS como accionista de DTS) antes que el resto de operadores la intención 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.

- TESAU tuvo también conocimiento con anterioridad al vencimiento del plazo para el envío de ofertas de la estrategia de comercialización minorista que iba a llevar a cabo su principal competidor en el mercado de televisión de pago y único operador que contaba con dicho canal entre su oferta, precisamente DTS, toda vez que en la reunión del Consejo de Administración de esta entidad celebrada 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.

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

Entendemos que la relación entre DTS y TESAU está suficientemente acreditada y comparte la Sala las consideraciones que la resolución recurrida refleja en su apartado 4.1 respecto a las alegaciones formuladas en su día por esta última sobre la errónea imputación a TESAU y sobre la posición ocupada por la entidad TELEFÓNICA DE CONTENIDOS, teniendo en cuenta que tanto TELEFÓNICA DE CONTENIDOS, S.A.U. como TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U., son filiales al 100% de TELEFÓNICA, S.A., quien ostentaría el control sobre las mismas de acuerdo con su estructura accionarial.

De este modo, y como pone de manifiesto la resolución, tanto la matriz, TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A. como sus filiales, TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U. y TELEFÓNICA DE CONTENIDOS, S.A.U., "... formarían 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".



Y ello conforme a jurisprudencia europea consolidada como la que cita -así, la Sentencia del TJCE, de 24 de octubre de 1996, en el asunto C-73/95 P, Viho Europe BV c. Comisión-, que ha sido aplicada por el Tribunal Supremo en diversos pronunciamientos, y así en la sentencia de 19 de junio de 2018, recurso núm. 1480/2016.

Es también coherente, y contribuye al proceso lógico deductivo inherente a la eficacia y validez de la prueba de presunciones, la interpretación que hace la CNMC respecto del 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, al considerar que, de este modo, TELEFÓNICA DE CONTENIDOS era consciente de los problemas que ello podía ocasionar a TESAU, aun teniendo personalidad jurídica independiente.

Por lo demás, 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 suponer probado que los mismos no fueran informados de su Contenido pues, como advierte la propia resolución, entre las funciones de los consejeros se incluye la de informarse acerca de los temas tratados en las reuniones a las que no asisten, por lo que sería lícito y previsible que los consejeros de TELEFÓNICA DE CONTENIDOS se pusieran en contacto con los de DTS a tales efectos.

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

Estas consideraciones son trasladables a la comercialización mayorista de Canal+ Liga en la medida en que la resolución razona por qué advierte también en dicha comercialización la existencia de un acuerdo anticompetitivo entre DTS y TESAU.

La motivación de su decisión en este punto pone de manifiesto que TESAU resultó beneficiaria del diseño de la oferta tipo de DTS toda vez que la misma incorporaba una modalidad de distribución y contraprestación ajustada a las necesidades de TESAU, de tal modo que la entidad aquí recurrente la hizo inaccesible al resto de operadores de televisión de pago sin que ello obedeciera a una causa objetiva y justificada.

Estas razones que expone la CNMC se detienen, por ejemplo, en el hecho de que, aunque el Consejero Delegado hubiera tomado unilateralmente la decisión de sacar a subasta el Canal+ Liga de Campeones, ello no demostraría que tal decisión no hubiera sido adoptada teniendo en cuenta las opiniones del resto de Consejeros, ni tampoco que éstos no estuvieran al tanto de las condiciones de la misma. También alude, en cuanto al contenido de la reunión del Consejo de DTS de 19 de julio de 2012, a los objetivos para Canal+ que se fijaron en el tercer punto del Orden del día, destacando el hecho de que se fijaran precisamente como "objetivos" y no como posibilidades. Razona al respecto la CNMC que, en tanto que objetivos, formaban parte de la estrategia comercial de DTS. Y, en virtud de lo dispuesto en el párrafo 18 de la Comunicación de la Comisión relativo a las normas de acceso al expediente de la Comisión en los supuestos de aplicación de los artículos 81 y 82 del Tratado CE, los artículos 53, 54 y 57 del Acuerdo EEE, y el Reglamento (CE) no 139/2004 del Consejo, debe considerarse información estratégica - "Como ejemplos de información que puede considerarse secreto comercial cabe citar (...) la estrategia comercial (...)".

Asimismo, en el Acta del Consejo de Administración de DTS de 8 de agosto de 2012 el Consejero Delegado expuso los precios previsible para el Canal+ Liga de Campeones; y esos mismos precios fueron los que aparecen reflejados en el Informe que se adjunta al Acta "Canal+ Fútbol T12/13- T14/15" como parte de la oferta comercial de DTS (folio 3145). Y, de hecho, ése fue el precio que aplicó a este Canal según la campaña comercial que lanzó el 20 de agosto de 2012. Por tanto, de acuerdo con el citado párrafo 18 de la Comunicación de la Comisión, dicha información también es susceptible de ser considerada secreto comercial y como tal información privilegiada.

A la conclusión de que existió concertación en la comercialización mayorista de Canal + Liga de Campeones contribuye también la explicación que ofrece la CNMC acerca de la forma en que se adjudicó a TESAU y, en particular, acerca de la prestación de la garantía exigida, recordando que el plazo para presentar ofertas fue escaso teniendo en cuenta que la presentación de ofertas exigía el cumplimiento de una serie de garantías rigurosas y elevadas (aval a primer requerimiento del 15% del total ofertado por la temporada 2012/2013 emitido por una entidad bancaria de primer nivel y, una vez adjudicado el Canal, en el plazo de 7 días, aval del 100% de la oferta o pago de las tres ediciones por adelantado).

La presunción de que, 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, de elevada cuantía, además, no es en modo alguno arbitraria, sino del todo razonable y objetiva, evidenciando por otra parte la interposición de obstáculos para que terceros operadores pudieran

adquirir los derechos de retransmisión y, con ello, el que TELEFÓNICA hubiera conocido con anterioridad la intención de DTS de subastar el canal con carácter exclusivo.

SÉPTIMO.- Si, conforme a lo expuesto, los indicios de la concertación en cuanto a la adquisición y a la comercialización mayorista de Canal + Liga de Campeones son suficientes para presumir que dicha concertación existió en efecto, y tales indicios aparecen explicitados en la resolución al extremo de constituir una motivación clara e igualmente suficiente, otro tanto sucede, a juicio de la Sala, respecto de la comercialización minorista de Canal + Liga de Campeones.

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

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

OCTAVO.- Niega también DTS que hubiera concierto alguno con TESAU en relación a la comercialización mayorista de Canal+ Liga.

Aunque, nuevamente, la justificación de esa conducta se asienta sobre indicios, también en este caso son suficientes, a juicio de la Sala, los que relaciona la resolución al respecto teniendo en cuenta, insistimos, la necesaria apreciación conjunta de todos los que revelarían la actuación concertada de DTS y TESAU.

Se refiere así la resolución recurrida a los hechos siguientes:

- 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".
- El 22 de agosto de 2012 DTS envió una oferta de comercialización no exclusiva de la oferta mayorista de Canal+ Liga a terceros operadores (Telefónica de España, S.A.U. Cableuropa, S.A.U., France Telecom España, S.A., Euskaltel, S.A., Telecable Asturias, S.A.U., R Cable y Telecomunicaciones Galicia, S.A. así como a las asociaciones de operadores de cable independientes ACUTEL, AOTEC e ISECA). Oferta que contemplaba dos modalidades de distribución y contraprestación, modelo flexible y modelo a la carta.
- De acuerdo con la información facilitada por DTS, 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.
- 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. 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. Sin embargo, la DI habría comprobado 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.

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

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

La conclusión alcanzada es corolario lógico de los hechos expuestos, que constituyen por ello indicios claros de la concertación también en este extremo.

Las explicaciones alternativas propuestas por DTS en su demanda, dirigidas a desvirtuar extremos concretos de los reflejados en la resolución -TELEFÓNICA no habría tenido conocimiento previo de la intención de DTS de comercializar Canal + Liga a nivel mayorista, el diseño de la oferta de DTS no se habría hecho con la intención de favorecer a TESAU,...- no consiguen, a juicio de la Sala, y en el ejercicio de las facultades que le corresponden en orden a la libre valoración de la prueba, desvirtuar la conclusión alcanzada.

Por un lado, solo revelan la interpretación particular de DTS sobre los hechos relatados. Así por ejemplo, cuando argumenta que "...no sólo TESAU sino también los demás operadores tuvieron conocimiento de que DTS iba a hacer una oferta mayorista en relación con Canal+ Liga al mismo tiempo el 17 de agosto de 2012" no justifica de ninguna manera que en esa misma fecha, en la página web, se anunciara, literalmente, lo siguiente: "Después de tanta espera, por fin podemos gritar ¡Vuelve el fútbol a Movistar Imagenio!: Los clientes de Paquete Familiar podrán disfrutar desde este fin de semana de 8 partidos de liga por jornada. Ya que incluimos dentro de este paquete Canal + Liga en el dial 99".

Y, por otra parte, no tienen en cuenta la necesaria valoración conjunta de todos esos indicios que, si bien aisladamente considerados pudieran merecer una interpretación distinta, cuando son contemplados de manera global conducen inequívocamente a la convicción de que existieron los acuerdos entre DTS y TESU que están en la base de la infracción sancionada.

NOVENO.- Por último, DTS se refiere a la improcedencia e ilegalidad de la multa impuesta al no concurrir dolo o negligencia en su conducta, denunciando además la falta de motivación suficiente en la determinación de su importe.

Resueltas ya las alegaciones relacionadas con la remisión de la parte dispositiva al fundamento de derecho séptimo y a la falta de referencia en este a la concertación en la adquisición de los derechos de la Liga de Campeones y en la explotación minorista de Canal+ Liga de Campeones, que nuevamente se hacen valer por DTS, no podemos compartir la afirmación de que no concurre dolo ni negligencia en su conducta.

Es indudable que los acuerdos entre DTS y TESAU que hemos considerado acreditados en los fundamentos que preceden no pueden, por su propia naturaleza y alcance, sino ser consecuencia de una actuación intencional, que implicaba su renuncia a competir entre sí. Por la complejidad del sistema de adquisición, reventa y explotación de los contenidos audiovisuales de que se trata no cabe imaginar unas conductas no deliberadas, y la supuesta convicción de que no se infringían normas de competencia resulta inasumible cuando DTS ha hecho valer la no asistencia a determinados Consejos de Administración de la entidad de los consejeros designados por TELEFÓNICA en aras de la confidencialidad y por la posible existencia de conflicto de intereses. Sin que pueda desconocerse, como pone de relieve también la resolución, que las dos entidades "... 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", por lo que la especialización, experiencia, conocimiento del competidor afectado y del mercado en su conjunto no permiten suponer que las conductas sancionadas se hubieran llevado a cabo sin una voluntad dirigida.



En cuanto a la motivación de la sanción, ha de decirse, en contra de lo razonado por DTS, que tal motivación existe y es, en opinión de la Sala, suficiente.

Así, la resolución parte de la calificación de la infracción como muy grave, ponderando al efecto la circunstancia de que afecta a una concertación horizontal entre competidores en los diversos mercados afectados. Esa calificación determina que la sanción pueda ascender hasta a un 10% del volumen de negocios de la empresa infractora en el ejercicio inmediatamente anterior al de la imposición de la sanción, en este caso 2014; siendo así que, con arreglo a la doctrina del Tribunal Supremo reflejada en la sentencia de 29 de enero de 2015, recurso núm. 2872/2013, y en otras posteriores que han seguido su criterio, dicho 10% marca el máximo del rigor sancionador correspondiente a la conducta infractora que, dentro de la respectiva categoría, tenga la mayor densidad antijurídica.

Hace además una consideración de proporcionalidad al advertir que la facturación total de una empresa el año anterior al de imposición de la sanción debe evaluarse atendiendo a las exigencias de dicho principio, modulando la sanción a imponer para que sea proporcionada al beneficio ilícito derivado de la infracción. Y en este mismo sentido advierte que 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.

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

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

La resolución incluye una estimación del crecimiento de la cuota de mercado de DTS en términos de abonados basándose en datos extraídos de informes de la CNMC, crecimiento que cuantifica y que califica de significativo. Señala además que el análisis de los datos del mercado de la televisión de pago, exclusivamente en el periodo 2012-2013, mostraba 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, considerando que una estimación prudente del beneficio ilícito asociado a dichos beneficios y pérdidas puede servir como referencia para modular 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."

Razona la CNMC que, tomando como referencia 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, debía situarse en el tramo inferior de la escala que discurre del cero al 10%.

Y dentro de ese tramo inferior, entiende que debe aplicarse un porcentaje mayor sobre su volumen de negocios total a DTS que a TESAU, y ello en virtud de los distintos elementos examinados en la individualización de la sanción, destacando en cualquier caso que ambos porcentajes se sitúan claramente por debajo del 1% del volumen de negocio total de estas empresas en 2014.

Por último, determina el importe final de las multas que procede imponer a cada una de las dos empresas y que sitúa en 5.500.000 euros en el caso de DTS.

Entiende la Sala que las pautas interpretativas seguidas en este caso por la CNMC son, en efecto, clara consecuencia de la doctrina del Tribunal Supremo, sin que en aplicación de la misma la resolución haya incurrido en la falta de motivación o desproporción que denuncia la parte recurrente.

En cuanto a la motivación insuficiente, baste lo que hemos expuesto sobre los parámetros tenidos en cuenta por la CNMC para cuantificar la sanción, que ha fijado el porcentaje sancionador sobre la base de graduación



que proporcionan los criterios contemplados en el artículo 64.1 de la LDC, además de precisar que la infracción acreditada cometida por la entidad actora es una infracción muy grave prevista en el artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia.

Hace también un análisis de la eventual estimación del beneficio ilícito precisamente como elemento para constatar la posible desproporción de la sanción, y sitúa el porcentaje sancionador finalmente por debajo del 1% del volumen de negocios del año anterior.

Por tanto, no puede decirse que la determinación de la sanción no resulte motivada atendiendo a la doctrina que sobre esta cuestión acoge nuestra jurisprudencia, y así en sentencia del Tribunal Supremo de 25 de julio de 2006, recurso núm. 466/2003, donde afirma lo siguiente:

"La exigencia de motivación de los actos administrativos constituye una constante de nuestro ordenamiento jurídico y así lo proclama el art. 54 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (antes, art. 43 de la Ley de Procedimiento Administrativo de 17 de julio de 1958), teniendo por finalidad la de que el interesado conozca los motivos que conducen a la resolución de la Administración, con el fin, en su caso, de poder rebatirlos en la forma procedimental regulada al efecto. Motivación que, a su vez, es consecuencia de los principios de seguridad jurídica y de interdicción de la arbitrariedad enunciados por el apartado 3 del art. 9 CE de la Constitución y que también, desde otra perspectiva, puede considerarse como una exigencia constitucional impuesta no sólo por el art. 24.2 CE sino también por el art. 103 (principio de legalidad en la actuación administrativa). Por su parte, la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, proclamada por el Consejo Europeo de Niza de 8/10 de diciembre de 2000 incluye dentro de su artículo 41, dedicado al "Derecho a una buena Administración", entre otros particulares, "la obligación que incumbe a la Administración de motivar sus decisiones".

Ha de insistirse en que, en el caso que nos ocupa, las razones expuestas en la resolución dan cumplida respuesta a la exigencia a que se refiere el Tribunal Supremo, siendo así que la resolución indica, en aplicación estricta del artículo 64 de la Ley 15/2007, los criterios tenidos en cuenta para fijar el tipo sancionador aunque no cuantifique el porcentaje exacto que a cada uno corresponde sin que ello se traduzca en falta de motivación pues, como recuerda la sentencia del TJUE de 22 de octubre de 2015, asunto C-194/14 P, AC-Treuhand AG "a la hora de fijar el importe de la multa en caso de infracción de las normas en materia de competencia, la Comisión cumple su obligación de motivación cuando indica en su decisión los elementos de apreciación que le han permitido determinar la gravedad de la infracción, así como su duración, sin que esté obligada a indicar los datos numéricos relativos al método de cálculo de la multa (véase, en este sentido, en particular la sentencia Telefónica y Telefónica de España/Comisión, C-295/12 P, EU:C:2014:2062, apartado 181)."

Por tanto, ni hay falta de motivación, ni se han ignorado los artículos 63 y 64 de la LDCA al cuantificar la multa, ni se ha producido, en fin, infracción alguna de los principios de graduación y proporcionalidad a que se refiere la empresa demandante. A lo que no obsta, desde luego, el que no se considerase atenuante, como reclama DTS, el hecho de haber solicitado la terminación convencional, solicitud posterior en todo caso a la comisión de las conductas sancionadas y que no tiene por qué incidir en la valoración de su gravedad ni en la determinación de la sanción que merecen.»

SEGUNDO.-Contra la referida sentencia, la representación procesal de TELEFÓNICA DE ESPAÑA S.A.U., como sucesora universal de DISTRIBUIDORA DE TELEVISIÓN DIGITAL S.A.U. (DTS) preparó recurso de casación, que la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional tuvo preparado mediante auto de 6 de julio de 2022, que al tiempo, ordeno remitir las actuaciones al Tribunal Supremo, previo emplazamiento de los litigantes.

TERCERO.-Recibidas las actuaciones y personadas las partes, la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, dictó auto el 2 de marzo de 2023, cuya parte dispositiva dice literalmente:

«1.º) Admitir el recurso de casación n.º **5570/2022** preparado por la representación procesal de la mercantil TELEFONICA DE ESPAÑA S.A.U contra la sentencia dictada por la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional, de fecha 23 de diciembre de 2021, desestimatoria del recurso contencioso-administrativo n.º 703/2015.

2.º) Declarar que la cuestión planteada en el recurso que presenta interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia consiste en desarrollar y matizar la jurisprudencia existente en relación con los requisitos de la prueba indiciaria en los mercados de adquisición, reventa y explotación de los derechos audiovisuales de competiciones regulares de fútbol cuando se trata de tener por acreditada una práctica concertada como modalidad de restricción de la competencia, puesta en relación con la realización de conductas prohibidas en



el artículo 1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia y el artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

3.º) Identificar como normas jurídicas que, en principio, serán objeto de interpretación: el artículo 1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia y artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, sin perjuicio de que la sentencia haya de extenderse a otras cuestiones o normas si así lo exigiere el debate finalmente trabado en el recurso.

4.º) Ordenar la publicación de este auto en la página web del Tribunal Supremo, haciendo referencia al mismo, con sucinta mención de las normas que serán objeto de interpretación.

5.º) Comunicar inmediatamente a la Sala de instancia la decisión adoptada en este auto.

6.º) Para la sustanciación del recurso, remítanse las actuaciones a la Sección Tercera de esta Sala, a la que corresponde con arreglo a las normas sobre reparto de asuntos. ».

CUARTO.-Por diligencia de ordenación de 20 e abril de 2023, habiendo sido admitido a trámite el recurso de casación, y recibidas las actuaciones en esta Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, se establece que una vez transcurra el plazo de treinta días que el artículo 92.1 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa establece para la presentación del escrito de interposición del recurso de casación, se acordará. La Procuradora de los Tribunales Ana Llorens pardo en nombre y representación de TELEFÓNICA DE ESPAÑA S.A.U., como sucesora universal de DISTRIBUIDORA DE TELEVISIÓN DIGITAL S.A.U. (DTS) presentó escrito de interposición del recurso de casación el 23 de mayo de 2023, en el que, tras exponer los motivos de impugnación que consideró oportunos, lo concluyó con el siguiente SUPPLICO:

«1º) Que con estimación del presente recurso de casación se anule la Sentencia recurrida, con imposición de las costas del recurso a la parte recurrida.

2º) Que como consecuencia de la estimación del recurso de casación y la consiguiente anulación de la Sentencia recurrida, el Tribunal Supremo se sitúe en la posición procesal propia de la Sala de instancia, y entre al examen del fondo del asunto, procediendo a la resolución del litigio en los términos en que quedó planteado el debate procesal en la instancia.

3º) Que en consecuencia estime el recurso contencioso-administrativo interpuesto por esta parte contra la Resolución de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia de 23.7.2015 en el expte. S/436/12 DTS DISTRIBUIDORA DE TV DIGITAL en los términos solicitados en el escrito de demanda.»

QUINTO.-Por Providencia de 25 de mayo de 2023, se tiene por interpuesto recurso de casación, y se acuerda dar traslado del escrito de interposición a la parte recurrida y personada, para que pueda oponerse al recurso en el plazo de treinta días, lo que efectuó el Abogado del Estado en la representación que ostenta, mediante escrito de oposición de fecha 10 de julio de 2023, en el que tras efectuar las manifestaciones que consideró oportunas lo concluyo con el siguiente SUPPLICO:

« que teniendo por presentado este escrito de oposición lo admita para resolver este recurso por sentencia que **declare no haber lugar al recurso de casación** confirme la sentencia recurrida. »

SEXTO.-Por providencia de 11 de septiembre de 2023, se acuerda no ha lugar al señalamiento de vista; y por providencia 7 de junio de 2024 se designo Magistrado Ponente al Excmo. Sr. D. José Manuel Bandrés Sánchez-Cruzat y se señala este recurso para votación y fallo el 5 de noviembre de 2024, fecha en que tuvo lugar el acto.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Sobre el objeto y el planteamiento del recurso de casación: El asunto litigioso relativo a la impugnación de la sentencia dictada por la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 23 de diciembre de 2021 .

El recurso de casación que enjuiciamos, interpuesto por la representación procesal de la entidad mercantil TELEFÓNICA DE ESPAÑA S.A.U., como sucesora universal de DISTRIBUIDORA DE TELEVISIÓN DIGITAL S.A.U. (DTS), tiene por objeto la pretensión de que se revoque la sentencia de la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 23 de diciembre de 2021, que desestimó el recurso contencioso-administrativo formulado por la representación procesal de DTS DISTRIBUIDORA DE TELEVISIÓN DIGITAL S.A.U. contra la resolución de la Comisión Nacional de la Competencia de 23 de julio de 2015, dictada en el expediente S/0436//12 DTS Distribuidora de Televisión Digital, mediante la que se impone a DTS Distribuidora de Televisión Digital S.A una multa de 5.500.000 euros, al haberse acreditado la 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, 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.

La sentencia impugnada, cuya fundamentación jurídica hemos transcrito en los antecedentes de hecho de esta sentencia, sustenta el pronunciamiento desestimatorio del recurso contencioso-administrativo en la consideración de que la resolución de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia no ha vulnerado el derecho fundamental a la presunción de inocencia que garantiza el artículo 24 de la Constitución, por ignorar los requisitos de la prueba de presunción -según alegaba la defensa letrada de la parte demandante en el proceso de instancia, pues llega a la convicción, acogiendo los razonamientos expuestos en la resolución de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, de que la existencia de los acuerdos formales entre DTS y TESAU -entidad vinculada estrictamente por las relaciones directas e indirectas-, evidencia que se trata de una actuación concertada en la adquisición, reventa y explotación de derechos audiovisuales de eventos futbolísticos regulares que han llevado a que DTS privilegie a TESAU en relación con el resto de operadores de televisión de pago, y a que hayan coordinado de facto sus políticas de comercialización minorista de alguno de estos contenidos futbolísticos.

La Sala de instancia aprecia la concurrencia de indicios claros de la concertación, tanto en lo que respecta a la comercialización mayorista de Canal+ Liga, como a la comercialización minorista de Canal+ Liga de Campeones, de los derechos audiovisuales con base en la relación de hechos expuestos pormenorizadamente en la resolución de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia.

El recurso de casación se fundamenta en el argumento relativo a la incompatibilidad de la sentencia recurrida con los requisitos de prueba indiciaria para acreditar la existencia de una práctica concertada en el sentido del artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia y del artículo 101 de Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, concretamente en los mercados de adquisición y comercialización mayorista de derechos audiovisuales de las competiciones futbolísticas.

SEGUNDO.- Sobre el marco jurídico.

A) El Derecho de la Unión Europea.

El artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea dispone:

«1. Serán incompatibles con el mercado interior y quedarán prohibidos todos los acuerdos entre empresas, las decisiones de asociaciones de empresas y las prácticas concertadas que puedan afectar al comercio entre los Estados miembros y que tengan por objeto o efecto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia dentro del mercado interior y, en particular, los que consistan en:

- a) fijar directa o indirectamente los precios de compra o de venta u otras condiciones de transacción;
- b) limitar o controlar la producción, el mercado, el desarrollo técnico o las inversiones;
- c) repartirse los mercados o las fuentes de abastecimiento;
- d) aplicar a terceros contratantes condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que ocasionen a éstos una desventaja competitiva;
- e) subordinar la celebración de contratos a la aceptación, por los otros contratantes, de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o según los usos mercantiles, no guarden relación alguna con el objeto de dichos contratos.

2. Los acuerdos o decisiones prohibidos por el presente artículo serán nulos de pleno derecho.

3. No obstante, las disposiciones del apartado 1 podrán ser declaradas inaplicables a:

- cualquier acuerdo o categoría de acuerdos entre empresas,
- cualquier decisión o categoría de decisiones de asociaciones de empresas,
- cualquier práctica concertada o categoría de prácticas concertadas,

que contribuyan a mejorar la producción o la distribución de los productos o a fomentar el progreso técnico o económico, y reserven al mismo tiempo a los usuarios una participación equitativa en el beneficio resultante, y sin que:

- a) impongan a las empresas interesadas restricciones que no sean indispensables para alcanzar tales objetivos;



b) ofrezcan a dichas empresas la posibilidad de eliminar la competencia respecto de una parte sustancial de los productos de que se trate.»

B) El Derecho estatal.

El artículo 1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, bajo el epígrafe «Conductas colusorias», dispone:

1. Se prohíbe todo acuerdo, decisión o recomendación colectiva, o práctica concertada o conscientemente paralela, que tenga por objeto, produzca o pueda producir el efecto de impedir, restringir o falsear la competencia en todo o parte del mercado nacional y, en particular, los que consistan en:

a) La fijación, de forma directa o indirecta, de precios o de otras condiciones comerciales o de servicio.

b) La limitación o el control de la producción, la distribución, el desarrollo técnico o las inversiones.

c) El reparto del mercado o de las fuentes de aprovisionamiento.

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.

e) La subordinación de la celebración de contratos a la aceptación de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o con arreglo a los usos de comercio, no guarden relación con el objeto de tales contratos.

2. Son nulos de pleno derecho los acuerdos, decisiones y recomendaciones que, estando prohibidos en virtud de lo dispuesto en el apartado 1, no estén amparados por las exenciones previstas en la presente Ley.

3. La prohibición del apartado 1 no se aplicará a los acuerdos, decisiones, recomendaciones y prácticas que contribuyan a mejorar la producción o la comercialización y distribución de bienes y servicios o a promover el progreso técnico o económico, sin que sea necesaria decisión previa alguna a tal efecto, siempre que:

a) Permitan a los consumidores o usuarios participar de forma equitativa de sus ventajas.

b) No impongan a las empresas interesadas restricciones que no sean indispensables para la consecución de aquellos objetivos, y

c) No consientan a las empresas partícipes la posibilidad de eliminar la competencia respecto de una parte sustancial de los productos o servicios contemplados.

4. La prohibición del apartado 1 no se aplicará a los acuerdos, decisiones, o recomendaciones colectivas, o prácticas concertadas o conscientemente paralelas que cumplan las disposiciones establecidas en los Reglamentos Comunitarios relativos a la aplicación del apartado 3 del artículo 81 del Tratado CE a determinadas categorías de acuerdos, decisiones de asociaciones de empresa y prácticas concertadas, incluso cuando las correspondientes conductas no puedan afectar al comercio entre los Estados miembros de la UE.

5. Asimismo, el Gobierno podrá declarar mediante Real Decreto la aplicación del apartado 3 del presente artículo a determinadas categorías de conductas, previo informe del Consejo de Defensa de la Competencia y de la Comisión Nacional de la Competencia.»

TERCERO.- Sobre las infracciones del ordenamiento jurídico y de la jurisprudencia en que se fundamenta el recurso de casación.

La cuestión que reviste interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia sobre la que esta Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo debe pronunciarse, tal como se expone en el auto de la Sección Primera de esta Sala de 2 de marzo de 2023, consiste en desarrollar y matizar la jurisprudencia existente en relación con los requisitos de la prueba indiciaria en los mercados de adquisición, reventa y explotación de los derechos audiovisuales de competiciones regulares de fútbol cuando se trata de tener por acreditada una práctica concertada como modalidad de restricción de la competencia, puesta en relación con la realización de conductas prohibidas en el artículo 1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia y el artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

Delimitada, en estos estrictos términos, la controversia casacional, esta Sala, siguiendo la doctrina fijada en la sentencia de este Tribunal Supremo núm. 808/2024, de 10 de mayo de 2024 (RC 2134/2022), considera, en lo que respecta a la admisibilidad de la prueba indiciaria, que ha sido reiteradamente avalada tanto en el ámbito de la defensa de la competencia como en otros campos por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y por la de esta Sala, como reconoce la recurrente.

En efecto, conforme a la doctrina del Tribunal Constitucional (SSTC 174/1985, 175/1985, 229/1988) y a la jurisprudencia de esta Sala (SSTS de 23 de marzo de 2015, casación 4422/2012; de 16 de febrero de 2015,



recursos de casación 940/2012 y 4182/2012; de 6 de noviembre de 2013, casación 2736/2010, y las que en ésta se citan de 18 de noviembre de 1996, 28 de enero de 1999 y 6 de marzo de 2000) el derecho a la presunción de inocencia no se opone a que la convicción judicial pueda formarse sobre la base de una prueba indiciaria.

Ahora bien, para que esta prueba pueda desvirtuar dicha presunción debe satisfacer las siguientes exigencias constitucionales: los indicios han de estar plenamente probados -no puede tratarse de meras sospechas- y se debe explicitar el razonamiento en virtud del cual, partiendo de los indicios probados, se ha llegado a la conclusión de que el imputado realizó la conducta infractora; pues, de otro modo, ni la subsunción estaría fundada en Derecho ni habría manera de determinar si el producto deductivo es arbitrario, irracional o absurdo, es decir, si se ha vulnerado el derecho a la presunción de inocencia al estimar que la actividad probatoria puede entenderse de cargo.

En parecidos términos se ha pronunciado el Tribunal Europeo de Derecho Humanos, que también ha sostenido que no se opone al contenido del artículo 6.2 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales la utilización de la denominada prueba de indicios (STEDH de 25 de septiembre de 1992, caso PhanHoang c. Francia, § 33; de 20 de marzo de 2001, caso Telfner c. Austria, § 5); si bien, cuando se trata de la denominada prueba de indicios la exigencia de razonabilidad del engarce entre lo acreditado y lo que se presume cobra una especial trascendencia, pues en estos casos es imprescindible acreditar no sólo que el hecho base o indicio ha resultado probado sino que el razonamiento es coherente, lógico y racional. Es ésta, como destacábamos en la sentencia antes citada de 6 de noviembre de 2013 (casación 2736/2010), la única manera de distinguir la verdadera de indicios de las meras sospechas o conjeturas, debiendo estar asentado el engarce lógico en una «comprensión razonable de la realidad».

En el caso de autos, la sentencia impugnada ha efectuado una valoración probatoria respetuosa con la jurisprudencia citada, lo que conduce a la desestimación del recurso de casación.

La sentencia recoge los hechos en el fundamento de derecho segundo, por remisión a los declarados probados en la resolución de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, en los siguientes términos:

«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, 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 ofrecían fútbol (folio 3.136, PDF 36 versión confidencial), fijando 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.), adjudicándose la subasta a TESAU (folios 2860 y ss.) 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); y el 22 de agosto de 2012, DTS y TESAU suscribieron un contrato para la distribución del Canal+ Liga de Campeones (folios 2871 y ss.) y, 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).

Por lo que se refiere a la comercialización mayorista de Canal+ Liga y Canal+ 1, en la misma reunión del Consejo de Administración de DTS antes citada de 19 de julio de 2012 se abordaron los objetivos de DTS respecto de la explotación de los derechos audiovisuales de Liga y Copa para las temporadas 2012/2013 a 2014/2015, y entre ellos la distribución mayorista del Canal+ Liga y Canal+ 1 (folio 3.116).

Con ese fin, el 22 de agosto de 2012 DTS envió a terceros operadores, entre ellos Telefónica de España, S.A.U., y a determinadas asociaciones de operadores de cable independientes, una oferta de comercialización no exclusiva de la oferta mayorista de Canal+ Liga que contemplaba dos modalidades de distribución y contraprestación: un modelo flexible, y un modelo a la carta. Como pone de relieve la resolución, la Dirección de Competencia había detallado los puntos más importantes de estas dos modalidades de distribución del canal de fútbol Canal+ Liga a las que podían acogerse los operadores de televisión de pago, características que reproduce, en lo esencial, la propia resolución al transcribir parcialmente la propuesta de la DC.

La resolución recurrida pone de manifiesto, por la relevancia que habría de tener a los efectos de detectar el acuerdo anticompetitivo que en este extremo le atribuye a DTS, que el único operador que se acogió a la modalidad flexible fue TESAU. Y que, 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).



Es de singular relevancia el hecho de que la Dirección de Investigación habría comprobado después que la oferta de Canal+ Liga en la plataforma de televisión de pago de TESAU apareció incluida en su página web antes de que recibiera formalmente la oferta de DTS el 22 de agosto de 2012, concretamente, el 17 de agosto de 2012.

Destaca asimismo la resolución que, según la captura de pantalla aportada por ORANGE, la aparición de la noticia se produjo el 21 de agosto de 2012 por la mañana; y, sin embargo, la DI constató que en el foro oficial de MOVISTAR dicha noticia apareció 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).

A continuación, la resolución recurrida analiza las ofertas realizadas por las distintas entidades para comercializar Canal + Liga (AOTEC, Open Cable Telecomunicaciones, BRITEL CONSULTING...) y las respuestas de DTS con las exigencias y limitaciones a las que condicionaba la posibilidad de la distribución.

3) Respecto de la comercialización minorista de canales de televisión de pago con contenidos futbolísticos.

Según la resolución, habría quedado acreditado que el 20 de agosto de 2012 DTS lanzó una campaña comercial para la comercialización minorista de Canal+ Liga de Campeones, ofreciendo el canal de manera promocionada hasta el 31 de enero de 2013, al 50% del precio tarifa que ascendía a 8,95 euros, a aquellos clientes que ya tuvieran contratado, de manera individual o en paquete, "Canal+ 1" o Canal+ Liga.

Y añade que "El 12 de septiembre de 2012, según la operadora, ante el 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. 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)".

Al propio tiempo indica que, en esa misma fecha, 12 de septiembre de 2012, TESAU 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.

Y recuerda que, 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.»

Pues bien, esa amplia relación fáctica no son conjeturas sino hechos declarados probados, por lo que hay que rechazar la afirmación de la recurrente de que la Sala ha efectuado su valoración a partir de inferencias o interpretaciones de hechos. Y es a partir de los hechos citados y debido a la dificultad de basarse en pruebas directas, por lo que la Sala procede a valorar de manera global tales hechos como indicios probatorios de una actuación contraria a la competencia.

Así, se refiere a la dificultad de encontrar pruebas directas en el campo de la defensa de la competencia, con cita posterior de la jurisprudencia nacional y del Tribunal de justicia de la Unión Europea sobre prueba indiciaria, en los siguientes términos:

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



Y en consecuencia, en el fundamento de derecho sexto, la Sala juzgadora hace un análisis de los hechos y una valoración probatoria respetuosa con la doctrina ya referida de la prueba indiciaria, rechazando asimismo de forma expresa la explicación alternativa sostenida por la entidad recurrente. Así, la Sala juzgadora expone los argumentos en los que se apoya para llegar a la conclusión sobre la efectiva actuación contraria a la Ley de Defensa de la Competencia en los siguientes términos:

«A juicio de DTS, se ha vulnerado su derecho fundamental a la presunción de inocencia que garantiza el artículo 24 de la Constitución "... por ignorar la resolución recurrida los requisitos de la prueba de presunciones".

Esta alegación, que cuestiona la prueba suficiente de la comisión de la infracción, enlaza en realidad con los siguientes motivos de la demanda en los que la entidad actora afirma que no ha existido concertación en la adquisición de los derechos de la Liga de Campeones, ni en la comercialización mayorista de Canal + Liga de Campeones, ni en la comercialización minorista de Canal+ Liga de Campeones, ni tampoco en la comercialización mayorista de Canal+ Liga.

El análisis de todo ello debe comenzarse recordando que la misma resolución especifica la prueba que ha llevado a la CNMC al convencimiento de la existencia de la infracción que sanciona.

Se remite así a la existencia de dos acuerdos formales entre DTS y TESAU de los que recuerda se trata de 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 por TESAU de bonos obligatoriamente convertibles en capital social de PRISA. Cuestión está la de las relaciones entre ambas entidades a la que nos referimos antes al tratar de la descripción que la resolución recurrida contiene al respecto.

El primero de los acuerdos tuvo lugar el 10 de agosto de 2012, tras su adjudicación mediante un proceso de subasta, y su objeto consistía en la comercialización en exclusiva de Canal+ Liga de Campeones por parte de TESAU.

Y el segundo, acuerdo con carácter no exclusivo, se adoptó el día 22 de agosto de 2012 y tenía como finalidad la comercialización de Canal+ Liga.

La CNMC entiende que estos dos 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".

Esta conclusión la extrae la Comisión de los hechos que entiende probados y a los que nos hemos referido ya en el fundamento de derecho segundo, donde se resumen los que relaciona la resolución recurrida.

Y la misma resolución explica que la conclusión alcanzada a partir de los citados hechos "... 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".

En este punto conviene recordar, como decíamos en sentencia de 9 de junio de 2016, recaída en el recurso 551/13, y respecto de la prueba de las infracciones en materia de competencia, que "En este tipo de actuaciones es difícil encontrarse con la existencia de pruebas directas que permitan acreditar la participación en las conductas infractoras; lo normal es que sea a través de indicios. Pues bien, la prueba de indicios está ampliamente aceptada por la jurisprudencia constitucional desde la SSTC 174y 175/1985, y resulta práctica habitual en materia de cárteles, siempre que los indicios resulten probados de forma directa, tengan fuerza persuasiva, produzcan una convicción suficiente en el juzgador, se encuentren en directa relación con las consecuencias que se pretenden extraer de los mismos y no exista una explicación alternativa que permita desvirtuar las conclusiones a las que llega la Administración".

Consideraciones que ratificamos en la sentencia de 15 de julio de 2016, recurso número 293/2012 que, al tratar sobre la prueba de indicios, declara lo siguiente: "es bien sabido que su utilización en el ámbito del derecho de la competencia ha sido admitida por el Tribunal Supremo en sentencias de 6 de octubre y 5 de noviembre de 1997 (RJ 1997\7421 y RJ 1997/8582), 26 de octubre de 1998 (RJ 1998 \7741) y 28 de enero de 1999 (RJ 1999\274). Para que la prueba de presunciones sea capaz de desvirtuar la presunción de inocencia, resulta necesario que los indicios se basen no en meras sospechas, rumores o conjeturas, sino en hechos plenamente acreditados, y que entre los hechos base y aquel que se trata de acreditar exista un enlace preciso y directo, según las reglas del criterio humano. Pues bien, todos los elementos fácticos señalados - cita en documentos y comportamiento de la actora-, llevan a una sola conclusión posible, y es la participación de la



recurrente en los hechos que se le imputan; sin que se haya ofrecido una explicación alternativa razonable, y sin que la Sala alcance a encontrar otra explicación distinta de la dada por la CNC a los hechos que nos ocupan".

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

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

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

"(46)... es necesario que la Comisión presente pruebas precisas y concordantes para demostrar la existencia de la infracción (sentencia Dresdner Bank y otros/Comisión) , apartado 44 supra, apartado 62), y para asentar la firme convicción de que las infracciones alegadas constituyen restricciones sensibles de la competencia a efectos del artículo 81 CE , apartado 1 (sentencia de 21 de enero de 1999 , Riviera Auto Service y otros/Comisión, T-185/96 , T-189/96 y T-190/96 , Rec. p. II-93, apartado 47). (47) Sin embargo, debe señalarse que no todas las pruebas aportadas por la Comisión deben necesariamente responder a dichos criterios por lo que respecta a cada elemento de la infracción. Basta que la serie de indicios invocada por la institución, apreciada globalmente, responda a dicha exigencia (véase la sentencia Dresdner Bank y otros/Comisión, apartado 44 supra, apartado 63, y la jurisprudencia citada).

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

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

"Al respecto, cabe recordar que, conforme a la doctrina del Tribunal Constitucional, contenida en reiteradas sentencias (SSTC 174/1985, 175/1985, 229/1988), y a la jurisprudencia de esta Sala (sentencias de 18 de noviembre de 1996 , 28 de enero de 1999 , 6 de marzo de 2000) puede sentarse que el derecho a la presunción de inocencia no se opone a que la convicción judicial pueda formarse sobre la base de una prueba indiciaria; pero para que esta prueba pueda desvirtuar dicha presunción debe satisfacer las siguientes exigencias constitucionales: los indicios han de estar plenamente probados-no puede tratarse de meras sospechas-y se debe explicitar el razonamiento en virtud del cual, partiendo de los indicios probados, se ha llegado a la conclusión de que el imputado realizó la conducta infractora; pues, de otro modo, ni la subsunción estaría fundada en Derecho ni habría manera de determinar si el producto deductivo es arbitrario, irracional o absurdo, es decir, si se ha vulnerado el derecho a la presunción de inocencia al estimar que la actividad probatoria puede entenderse de cargo. En la sentencia constitucional 172/2005, se afirma que por lo que se refiere en concreto al derecho a la presunción de inocencia este Tribunal ha declarado que la presunción de inocencia



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

Entiende la CNMC, en ese proceso deductivo que parte del relato de hechos probados de la resolución, que, respecto de la adquisición y reventa de derechos audiovisuales de eventos futbolísticos, DTS y TESAU renunciaron a competir entre sí, con una estrategia que reservaba 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" excluyendo injustificadamente del acceso de dicha modalidad flexible a terceros operadores de televisión de pago.

Esta aseveración se sostiene en unas consideraciones que en modo alguno pueden suponerse ilógicas, irrazonables o carentes de base. Antes, al contrario, la resolución explicita que:

- TESAU conocía (ya que fue anunciada en el Consejo de Administración de DTS de 19 de julio de 2012 del cual formaba parte TELEFÓNICA DE CONTENIDOS como accionista de DTS) antes que el resto de operadores la intención 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.

- TESAU tuvo también conocimiento con anterioridad al vencimiento del plazo para el envío de ofertas de la estrategia de comercialización minorista que iba a llevar a cabo su principal competidor en el mercado de televisión de pago y único operador que contaba con dicho canal entre su oferta, precisamente DTS, toda vez que en la reunión del Consejo de Administración de esta entidad celebrada 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.

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

Entendemos que la relación entre DTS y TESAU está suficientemente acreditada y comparte la Sala las consideraciones que la resolución recurrida refleja en su apartado 4.1 respecto a las alegaciones formuladas en su día por esta última sobre la errónea imputación a TESAU y sobre la posición ocupada por la entidad TELEFÓNICA DE CONTENIDOS, teniendo en cuenta que tanto TELEFÓNICA DE CONTENIDOS, S.A.U. como TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U., son filiales al 100% de TELEFÓNICA, S.A., quien ostentaría el control sobre las mismas de acuerdo con su estructura accionarial.

De este modo, y como pone de manifiesto la resolución, tanto la matriz, TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A. como sus filiales, TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U. y TELEFÓNICA DE CONTENIDOS, S.A.U., "... formarían 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".

Y ello conforme a jurisprudencia europea consolidada como la que cita -así, la Sentencia del TJCE, de 24 de octubre de 1996, en el asunto C-73/95 P, Viho Europe BV c. Comisión-, que ha sido aplicada por el Tribunal Supremo en diversos pronunciamientos, y así en la sentencia de 19 de junio de 2018, recurso núm. 1480/2016.



Es también coherente, y contribuye al proceso lógico deductivo inherente a la eficacia y validez de la prueba de presunciones, la interpretación que hace la CNMC respecto del 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, al considerar que, de este modo, TELEFÓNICA DE CONTENIDOS era consciente de los problemas que ello podía ocasionar a TESAU, aun teniendo personalidad jurídica independiente.

Por lo demás, 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 suponer probado que los mismos no fueran informados de su Contenido pues, como advierte la propia resolución, entre las funciones de los consejeros se incluye la de informarse acerca de los temas tratados en las reuniones a las que no asisten, por lo que sería lícito y previsible que los consejeros de TELEFÓNICA DE CONTENIDOS se pusieran en contacto con los de DTS a tales efectos.

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

Estas consideraciones son trasladables a la comercialización mayorista de Canal+ Liga en la medida en que la resolución razona por qué advierte también en dicha comercialización la existencia de un acuerdo anticompetitivo entre DTS y TESAU.

La motivación de su decisión en este punto pone de manifiesto que TESAU resultó beneficiaria del diseño de la oferta tipo de DTS toda vez que la misma incorporaba una modalidad de distribución y contraprestación ajustada a las necesidades de TESAU, de tal modo que la entidad aquí recurrente la hizo inaccesible al resto de operadores de televisión de pago sin que ello obedeciera a una causa objetiva y justificada.

Estas razones que expone la CNMC se detienen, por ejemplo, en el hecho de que, aunque el Consejero Delegado hubiera tomado unilateralmente la decisión de sacar a subasta el Canal+ Liga de Campeones, ello no demostraría que tal decisión no hubiera sido adoptada teniendo en cuenta las opiniones del resto de Consejeros, ni tampoco que éstos no estuvieran al tanto de las condiciones de la misma. También alude, en cuanto al contenido de la reunión del Consejo de DTS de 19 de julio de 2012, a los objetivos para Canal+ que se fijaron en el tercer punto del Orden del día, destacando el hecho de que se fijaran precisamente como "objetivos" y no como posibilidades. Razona al respecto la CNMC que, en tanto que objetivos, formaban parte de la estrategia comercial de DTS. Y, en virtud de lo dispuesto en el párrafo 18 de la Comunicación de la Comisión relativo a las normas de acceso al expediente de la Comisión en los supuestos de aplicación de los artículos 81 y 82 del Tratado CE, los artículos 53, 54 y 57 del Acuerdo EEE, y el Reglamento (CE) no 139/2004 del Consejo, debe considerarse información estratégica - "Como ejemplos de información que puede considerarse secreto comercial cabe citar (...) la estrategia comercial (...)".

Asimismo, en el Acta del Consejo de Administración de DTS de 8 de agosto de 2012 el Consejero Delegado expuso los precios previsible para el Canal+ Liga de Campeones; y esos mismos precios fueron los que aparecen reflejados en el Informe que se adjunta al Acta "Canal+ Fútbol T12/13- T14/15" como parte de la oferta comercial de DTS (folio 3145). Y, de hecho, ése fue el precio que aplicó a este Canal según la campaña comercial que lanzó el 20 de agosto de 2012. Por tanto, de acuerdo con el citado párrafo 18 de la Comunicación de la Comisión, dicha información también es susceptible de ser considerada secreto comercial y como tal información privilegiada.

A la conclusión de que existió concertación en la comercialización mayorista de Canal + Liga de Campeones contribuye también la explicación que ofrece la CNMC acerca de la forma en que se adjudicó a TESAU y, en particular, acerca de la prestación de la garantía exigida, recordando que el plazo para presentar ofertas fue escaso teniendo en cuenta que la presentación de ofertas exigía el cumplimiento de una serie de garantías rigurosas y elevadas (aval a primer requerimiento del 15% del total ofertado por la temporada 2012/2013 emitido por una entidad bancaria de primer nivel y, una vez adjudicado el Canal, en el plazo de 7 días, aval del 100% de la oferta o pago de las tres ediciones por adelantado).

La presunción de que, 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, de elevada cuantía, además, no es en modo alguno arbitraria, sino del todo razonable y objetiva, evidenciando por otra parte la interposición de obstáculos para que terceros operadores pudieran adquirir los derechos de retransmisión y, con ello, el que TELEFÓNICA hubiera conocido con anterioridad la intención de DTS de subastar el canal con carácter exclusivo.»

Y, con base a esta valoración de los indicios probatorios, la Sala de instancia llega a la convicción de la existencia de concertación, en los siguientes términos, que consideramos también razonable desde la perspectiva de la aplicación de la doctrina jurisprudencial relativa a la prueba indiciaria:

«Si, conforme a lo expuesto, los indicios de la concertación en cuanto a la adquisición y a la comercialización mayorista de Canal + Liga de Campeones son suficientes para presumir que dicha concertación existió en efecto, y tales indicios aparecen explicitados en la resolución al extremo de constituir una motivación clara e igualmente suficiente, otro tanto sucede, a juicio de la Sala, respecto de la comercialización minorista de Canal + Liga de Campeones.

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

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

Y, asimismo, se rechaza que no se haya acreditado la concertación en relación con la comercialización mayorista de Canal+ Liga, partiendo de los hechos recogidos en la resolución de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia:

«- 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".

- El 22 de agosto de 2012 DTS envió una oferta de comercialización no exclusiva de la oferta mayorista de Canal+ Liga a terceros operadores (Telefónica de España, S.A.U. Cableuropa, S.A.U., France Telecom España, S.A., Euskaltel, S.A., Telecable Asturias, S.A.U., R Cable y Telecomunicaciones Galicia, S.A. así como a las asociaciones de operadores de cable independientes ACUTEL, AOTEC e ISECA). Oferta que contemplaba dos modalidades de distribución y contraprestación, modelo flexible y modelo a la carta.

- De acuerdo con la información facilitada por DTS, 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.

- 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. 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. Sin embargo, la DI habría comprobado 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.»

En suma, sostenemos que la Sala juzgadora ha partido de hechos comprobados de forma indubitada y ha efectuado una apreciación global de ellos y de lo que suponen en términos de razonabilidad que no queda desvirtuada por los argumentos expuestos en el escrito de interposición del recurso de casación.

CUARTO.- Sobre la fijación de doctrina jurisprudencial.

Conforme a los razonamientos jurídicos expuestos, esta Sala, dando respuesta a las cuestiones planteadas en este recurso de casación, que presentan interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia declara que:

Reiteramos la doctrina existente respecto a la prueba indiciaria la cual ha de basarse en hechos comprobados y ciertos de los que se deriva directamente la conducta infractora mediante una valoración razonable debidamente motivada que se presenta como más verosímil que las explicaciones alternativas y declaramos que dicha doctrina también se proyecta en el ámbito de los mercados de adquisición, reventa y explotación de los derechos audiovisuales de competiciones deportivas.

En consecuencia con lo razonado, procede declarar no haber lugar la recurso de casación interpuesto por la representación procesal de la mercantil TELEFÓNICA DE ESPAÑA S.A.U., como sucesora universal de DISTRIBUIDORA DE TELEVISIÓN DIGITAL S.A.U. (DTS), contra la sentencia de la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 23 de diciembre de 2021, dictada en el recurso contencioso-administrativo núm. 703/2015.

QUINTO.- Sobre las costas procesales.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 93.4 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, no procede efectuar expresa imposición de las costas procesales causadas en el proceso casacional.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido :

Primero.- Declarar no haber lugar al recurso de casación interpuesto por la representación procesal de la mercantil TELEFÓNICA DE ESPAÑA S.A.U., como sucesora universal de DISTRIBUIDORA DE TELEVISIÓN DIGITAL S.A.U. (DTS), contra la sentencia de la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 23 de diciembre de 2021, dictada en el recurso contencioso-administrativo núm. 703/2015.

Segundo.- No efectuar expresa imposición de las costas procesales ocasionadas en el proceso casacional.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.