



ADMINISTRACION
DE JUSTICIA



COMISION NACIONAL DE LA COMPETENCIA

ENTRADA

Reg Of:6320 / RG 6320

23/07/2012 12:07:01

510153/09
Hedaro.

AUDIENCIA NACIONAL

Sala de lo Contencioso-Administrativo

SECCIÓN SEXTA

Secretaría de D. VÍCTOR GALLARDO SÁNCHEZ

SENTENCIA Nº:

Fecha de Deliberación:	10/07/2012
Fecha Sentencia:	11/07/2012
Núm. de Recurso:	0000229/2011
Tipo de Recurso:	PROCEDIMIENTO ORDINARIO
Núm. Registro General:	02386/2011
Materia Recurso:	SANCIÓN
Recursos Acumulados:	
Fecha Casación:	
Ponente Ilma. Sra. :	D ^a . CONCEPCIÓN MÓNICA MONTERO ELENA
Demandante:	MEDIAPRODUCCION S.L. Y GOL TELEVISIÓN S.L.
Procurador:	D. FEDERICO GORDO ROMERO
Letrado:	
Demandado:	TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA
Codemandado:	DTS DISTRIBUIDORA DE TELEVISIÓN DIGITAL S.A.U. Y CABLE EUROPA S.A.U. (ONO)
Abogado Del Estado	

Resolución de la Sentencia: DESESTIMATORIA

Breve Resumen de la Sentencia:

AUDIENCIA NACIONAL

Sala de lo Contencioso-Administrativo SECCIÓN SEXTA

Núm. de Recurso: 0000229/2011
Tipo de Recurso: PROCEDIMIENTO ORDINARIO
Núm. Registro General: 02386/2011
Demandante: MEDIAPRODUCCION S.L. Y GOL TELEVISIÓN S.L.
Procurador: D. FEDERICO GORDO ROMERO
Demandado: TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA
Codemandado: DTS DISTRIBUIDORA DE TELEVISIÓN DIGITAL S.A.U.
Y CABLE EUROPA S.A.U. (ONO)

Abogado Del Estado

Ponente Ilma. Sra.: D^a. CONCEPCIÓN MÓNICA MONTERO ELENA

SENTENCIA N^o:

Ilma. Sra. Presidente:
D^a. MARÍA ASUNCIÓN SALVO TAMBO

Ilmos. Sres. Magistrados:
D^a. MERCEDES PEDRAZ CALVO
D^a. CONCEPCIÓN MÓNICA MONTERO ELENA
D^a. ANA ISABEL RESA GÓMEZ
D^a. LUCÍA ACÍN AGUADO

Madrid, a once de julio de dos mil doce.

Visto el recurso contencioso administrativo que ante la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional ha promovido **Mediaproducción S.L. y Gol Televisión S.L.**, actuando en su nombre y representación el Procurador Sr. D^o Federico Gordo Romero, frente a la **Administración del Estado**, dirigida y representada por el Sr. Abogado del Estado, sobre **Resolución de la Comisión Nacional de la Competencia de fecha 17 de marzo de 2011**, siendo **Codemandada** DTS Distribuidora de Televisión Digital SAU y Cable Europa S.A.U. ONO y la cuantía del presente recurso de 500.000 euros.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Se interpone recurso contencioso administrativo promovido por Mediaproducción S.L. y Gol Televisión S.L., actuando en su nombre y representación el Procurador Sr. Dº Federico Gordo Romero, frente a la Administración del Estado, dirigida y representada por el Sr. Abogado del Estado, sobre Resolución de la Comisión Nacional de la Competencia de fecha 17 de marzo de 2011, solicitando a la Sala, declare la nulidad de la Resolución que nos ocupa.

SEGUNDO: Reclamado y recibido el expediente administrativo por el TSJ de Valencia, se confirió traslado del mismo a la parte recurrente para que en plazo legal formulase escrito de demanda, haciéndolo en tiempo y forma, alegando los hechos y fundamentos de derecho que estimó oportunos, y suplicando lo que en el escrito de demanda consta literalmente.

Dentro de plazo legal la administración demandada formuló a su vez escrito de contestación a la demanda, oponiéndose a la pretensión de la actora y alegando lo que a tal fin estimó oportuno.

TERCERO: Habiéndose solicitado recibimiento a prueba, practicadas las declaradas pertinentes y evacuado el trámite de conclusiones, quedaron los autos conclusos y pendientes de votación y fallo, para lo que se acordó señalar el día diez de julio de dos mil doce.

CUARTO: En la tramitación de la presente causa se han observado las prescripciones legales previstas en la Ley de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, y en las demás Disposiciones concordantes y supletorias de la misma.

FUNDAMENTOS JURIDICOS

PRIMERO.- Es objeto del presente recurso la Resolución de la Comisión Nacional de la Competencia de fecha 17 de marzo de 2011, por la que se sanciona a la hoy actora por abuso de posición de dominio del artículo 2 de la Ley 15/2007, a la multa de 500.000 euros. La parte dispositiva de la citada Resolución es del siguiente tenor:

“PRIMERO. Declarar que la prohibición del artículo 1.1 de la LDC y del artículo 101.1 del TFUE no se aplica a los acuerdos de Mediaproducción S.L. con terceros operadores analizados en el expediente de referencia en virtud de los artículos 1.3 de la Ley 15/2007 y 101.3 del TFUE, tanto en lo que se refiere a los acuerdos de reventa de derechos audiovisuales de Liga y Copa de S.M. el Rey de fútbol para las temporadas 2009/2010 y siguientes, como a los de puesta en común de los mismos, en tanto en cuanto su duración no exceda las tres temporadas.

SEGUNDO. Declarar que en el presente expediente se ha acreditado la existencia de una conducta de abuso de posición dominante prohibida por el artículo 2 de la Ley 15/2007 y por el artículo 102 del TFUE, de la que son autores

Mediaproducción S.L. y su filial Gol TV S.L. al obstaculizar la competencia en el mercado de reventa de derechos audiovisuales de Liga y Copa de S.M. el Rey de fútbol y en los mercados descendentes de televisión, particularmente el de pago.

TERCERO. Imponer a Mediaproducción S.L. y Gol Televisión S.L. solidariamente una multa de 500.000 euros, como autores de la infracción declarada en esta Resolución.

CUARTO. Instar a la Dirección de Investigación de la Comisión Nacional de la Competencia para que vigile el cumplimiento de esta Resolución.”

SEGUNDO.- El artículo 2 de la Ley 15/2007 establece:

“1. Queda prohibida la explotación abusiva por una o varias empresas de su posición de dominio en todo o en parte del mercado nacional.

2. El abuso podrá consistir, en particular, en:

La imposición, de forma directa o indirecta, de precios u otras condiciones comerciales o de servicios no equitativos.

La limitación de la producción, la distribución o el desarrollo técnico en perjuicio injustificado de las empresas o de los consumidores.

La negativa injustificada a satisfacer las demandas de compra de productos o de prestación de servicios.

La aplicación, en las relaciones comerciales o de servicios, de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que coloque a unos competidores en situación desventajosa frente a otros.

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 dichos contratos.

3. La prohibición prevista en el presente artículo se aplicará en los casos en los que la posición de dominio en el mercado de una o varias empresas haya sido establecida por disposición legal.”

El tipo sancionado en el artículo 2 lo es el abuso de posición de dominio o de la situación de dependencia económica, lo que presupone dos elementos, la existencia de una posición de dominio en el mercado de referencia o una dependencia económica y el abuso de tal posición o dependencia. Las conductas que se consideran abusivas y se explicitan en el propio precepto, lo son a título enunciativo, pues el elemento esencial lo es que la conducta sea efectivamente abusiva aún no respondiendo a alguno de los supuestos señalados por la norma. El tipo infractor no requiere que se alcance la finalidad de vulneración de la libre competencia, basta que la conducta sea objetivamente apta para alcanzar tal fin, tenga éxito o no la misma.

Se afirma en la Resolución impugnada:

“...En la actualidad, los titulares originarios de los derechos audiovisuales de Liga y Copa de S.M. el Rey de cada equipo son los propios clubes de fútbol, con una única excepción: los derechos audiovisuales de la final de la Copa del Rey, que corresponden a la Real Federación Española de Fútbol (RFEF). Cada club de fútbol negocia y cede de manera individual a un único operador la titularidad de todos sus derechos audiovisuales de sus partidos de Liga y Copa de S.M. el Rey (excepto la final), para todas las modalidades de explotación audiovisual, para todos los ámbitos

geográficos y por un periodo de tiempo determinado que se mide en temporadas. A su vez esto implica que la competencia por la adquisición de derechos audiovisuales entre los distintos adquirentes se produce episódicamente, cuando éstos licitan por los contratos que otorgan la exclusiva sobre todos los derechos del club para un periodo de tiempo determinado, quedando el resto del tiempo cerrado a la competencia. Esta dinámica competitiva tiene importantes consecuencias desde el punto de vista de la reventa de los derechos.

Los derechos audiovisuales de Liga y Copa de S.M. el Rey son una importante fuente de ingresos para todos los clubes de fútbol que participan en la Primera y Segunda División.

Sin perjuicio de ello, desde el punto de vista de la demanda hay una mayor disponibilidad a pagar por los derechos de determinados clubes que son los que más audiencia generan, en particular los del Real Madrid y Barcelona.

Los primeros contratos con clubes de fútbol se firmaron a partir de 1996 por cinco temporadas (1998/1999 a 2002/2003), siendo los adquirentes Sogecable, Antena 3 (cuya posición fue asumida por Telefónica en julio de 1997), TV Cataluña y AVS.

En el marco de la operación de concentración por la que Vía Digital se integró en Sogecable, el TDC consideró en su informe C-74/02 que la operación de concentración afectaba de manera negativa a las condiciones de competencia en el mercado de adquisición y reventa de derechos televisivos de acontecimientos futbolísticos en España, creando un riesgo de cierre de mercado a nuevos entrantes, debido a: (i) La acumulación en manos de Sogecable de derechos de tanteo, retracto y opciones de compra de más de la mitad de los clubes de Primera División, y a (ii) la duración excesiva del periodo de exclusividad en la adquisición de estos derechos.

En vista de ello, el Acuerdo de Consejo de Ministros de 29 de noviembre de 2002 relacionado con los mercados futbolísticos (ACM 2002) estableció una serie de obligaciones que condicionaban la capacidad de Sogecable para negociar en el mercado de la adquisición de derechos y, hasta cierto punto, en su reventa. En particular:...

A lo largo de la temporada 2006/2007 y al inicio de la temporada 2007/2008, Mediapro, Telemadrid y Caja Madrid cierran diversos contratos con clubes de fútbol que cubren en la mayoría de los casos de la temporada 2009/2010 a la temporada 2013/2014. A estas renovaciones no pudo acudir Sogecable en condiciones simétricas, en la medida en que seguía limitado por el ACM 2002, que no expiró hasta el 29 de noviembre de 2007."

Y continúa:

"En definitiva, los derechos suelen ser mayoritariamente adquiridos por operadores audiovisuales que procuran su explotación en sus propios medios de comunicación. En el pasado, mientras Sogecable ha sido el adquirente de buen parte de los derechos audiovisuales de clubes de fútbol, la explotación en ventana de pago se ha producido en exclusiva, con la excepción del pago por visión que las autoridades de competencia obligaron a abrir a terceros. En abierto se ha producido la cesión de derechos a terceros para su explotación, en exclusiva o no. Con carácter adicional a ello, la normativa obliga a la emisión en directo y abierto, y para todo el territorio del Estado de un encuentro de fútbol por cada jornada de la Liga de primera división, así como las semifinales y la final de la Copa del Rey de Fútbol siempre que haya algún canal de televisión en abierto interesado en emitirlo

(Disposición Transitoria Sexta de la Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de la Comunicación Audiovisual y antes de ello artículo 3.1 de la Ley 21/1997, de 3 de junio, reguladora de retransmisiones y emisiones de acontecimientos deportivos)..”

Seguidamente se sostiene:

“A partir de la temporada 2009/2010, Mediapro está gestionando toda la explotación de los derechos audiovisuales de Liga y de la Copa de S.M. el Rey de fútbol. Mediapro cuenta con una filial al 100%, Gol Televisión, S.L. (Gol Televisión), que produce un canal de televisión de pago, Gol TV (operativo desde 2008), en el que se emiten, entre otros contenidos, partidos de Liga y Copa del Rey de fútbol en España. Este canal Gol TV está disponible a través de un canal de Televisión Digital Terrestre (TDT) de pago, que forma parte de los canales correspondientes a Gestora de Inversiones Audiovisuales La Sexta, S.A. También está disponible en diversas plataformas de televisión de pago en España, entre otras, Imagenio (Telefónica), Ono, R-Cable, Euskaltel, Telecable Asturias, Orange, etc.

A continuación la resolución contiene la relación de hechos probados respecto de la dinámica de reventa de los derechos que nos ocupan.

TERCERO.- De los fundamentos jurídicos contenidos en la Resolución hemos de destacar:

“De acuerdo con los precedentes (S/0006/07 y N-06094 SOGECABLE/AVS; C-102/06 del TDC) deben identificarse mercados diferenciados de adquisición y reventa de derechos de retransmisión de los diferentes acontecimientos futbolísticos. En particular, se considera que los derechos de retransmisión de la Liga y la Copa de S.M. el Rey de fútbol constituyen un mercado definido y diferenciado de las competiciones europeas. Esta segmentación se justifica sobre la base de las diferencias entre los tenedores de los derechos y en los sistemas de comercialización, así como en el hecho de que existe incertidumbre sobre qué equipos españoles van a jugar las distintas eliminatorias de las competiciones regulares europeas, todo lo cual limita la sustituibilidad por el lado de la oferta y de la demanda de los diferentes tipos de derechos... la actividad de reventa de derechos de retransmisión de la Liga y la Copa de S.M. el Rey de fútbol forma parte de un mercado diferenciado al de adquisición de estos derechos, en la medida en que en España en el mercado de adquisición los clubes son oferentes y los revendedores u operadores audiovisuales son demandantes, mientras que el de reventa son estos revendedores u operadores de audiovisuales quienes intermedian y ofrecen los derechos a una demanda que viene dada por el resto de operadores audiovisuales.”

La Sala comparte estas afirmaciones.

“Para las temporadas 2009/2010 y siguientes que se analizan en el marco del presente expediente, Mediapro actúa desde una posición de dominio en el mercado de reventa de derechos de retransmisión audiovisual de partidos de fútbol de la Liga y Copa de S.M. el Rey. En mayo de 2009, cuando lanzó su oferta y comenzó a negociar los acuerdos de reventa con diferentes operadores, Mediapro disponía de los derechos audiovisuales de 17 de los 20 clubes de Primera División, entre ellos el Real Madrid y el Barcelona, los clubes con mayor atractivo para los telespectadores.

No tenía los derechos del Atlético de Madrid y el Getafe, que estaban en manos de Telemadrid y Caja Madrid, ni los del Tenerife y el Betis (este último en Segunda División), en manos de Sogecable... En definitiva, entre mayo de 2009 y la actualidad, Mediapro ha actuado, de iure o de facto, como titular de los derechos audiovisuales de Liga y Copa de S.M. el Rey de cara a su explotación audiovisual, disfrutando de una posición en el mercado de reventa de derechos de retransmisión audiovisual de partidos de fútbol de la Liga y Copa de S.M. el Rey que debe ser calificada como de dominio.”

En cuanto al comportamiento imputado a Mediapro, se afirma:

“1. Mediapro presentó en mayo de 2009 una oferta para la reventa de derechos de retransmisión televisiva de partidos en directo y resúmenes de Liga y Copa de S.M. el Rey de fútbol para las temporadas 2009/2010 y siguientes. Esta oferta podría no ajustarse a los criterios de objetividad, transparencia y no discriminación, entre otras razones, por la configuración de los paquetes ofrecidos, la ausencia de oferta de determinados partidos de Liga de Primera División por jornada, la exclusión de modalidades de explotación, el escaso plazo otorgado para presentar propuestas de adquisición, y la no concreción de los criterios a seguir para seleccionar ofertas. Lo anterior, unido a la integración vertical de Mediapro con las actividades de televisión en abierto (a través de La Sexta) y televisión de pago (mediante Gol TV), ha podido limitar el acceso en condiciones transparentes, objetivas y no discriminatorias a los derechos de retransmisión televisiva de partidos y resúmenes de Liga y Copa de S.M. el Rey de fútbol por parte de los operadores, que son un contenido estratégico para la competencia en los mercados televisivos, especialmente el de televisión de pago.

2. Algunos de los contratos firmados por Mediapro para la reventa de derechos de retransmisión audiovisual de partidos de Liga y Copa de S.M. el Rey de fútbol, no individualizan el precio de cada uno de los paquetes o modalidades de emisión cedidos.

En la medida que no todos los operadores adquieren los mismos bloques de derechos, esto impide la comparación de los precios y los posibles descuentos ofrecidos por Mediapro a cada comprador.

3. Mediapro ha alterado unilateralmente antes y durante la temporada 2009/2010 el modelo de explotación audiovisual de los partidos de Liga de Primera División de fútbol, al incrementar en agosto de 2009 de 2 a 3 los partidos emitidos por jornada en Gol TV, y al incrementar en febrero de 2010 de 3 a 4 los partidos emitidos por jornada en Gol TV.

Estas modificaciones unilaterales del modelo de explotación han perjudicado la capacidad competitiva en el mercado de televisión de pago de Sogecable frente a la propia Mediapro y terceros competidores, que emiten el canal Gol TV. Sogecable había adquirido los derechos de retransmisión televisiva de los mismos partidos de Liga de Primera División que se iban a emitir en Gol TV, para su emisión a través de su propio canal temático, Canal+Liga. Ante la primera modificación de agosto de 2009, Sogecable emitió a través de Canal+Liga, durante las siete primeras jornadas de Liga de Primera División, un partido menos que Gol TV. Posteriormente, Sogecable se vio obligado a incrementar significativamente el precio a pagar a Mediapro por los derechos de emisión de los partidos de Primera División que se emitían en Gol TV.

En cambio, los terceros operadores de televisión de pago que adquirieron los derechos de emisión de Gol TV no vieron incrementado el precio mayorista a pagar por abonado. Al contrario, como se desprende del precontrato firmado por Ono y Mediapro el 14 de julio de 2009 y el contrato finalmente firmado por estos dos operadores, este precio se vio reducido, como consecuencia de la reducción del precio minorista de Gol TV en TDT de pago inicialmente prevista, reducción que respondía al precio minorista ofertado por Sogecable por Canal+Liga.

En lo que respecta a la segunda modificación, Sogecable sigue emitiendo en PPV el cuarto partido por jornada de Liga de Primera División que se emite en Gol TV, a fin de no aumentar el precio mayorista a pagar por Sogecable a Mediapro. En cambio, los terceros operadores que emiten Gol TV no han visto incrementado el precio mayorista a pagar por la emisión de un partido adicional por jornada de Liga de Primera División.

4. El contrato firmado por Mediapro con Sogecable el 4 de junio de 2009 para la reventa de derechos de retransmisión televisiva de partidos de Liga y Copa de S.M. el Rey de fútbol impide a Sogecable comercializar Canal+ en TDT de pago incluyendo estos partidos, e impide comercializar Canal+Liga por tecnologías distintas al satélite. Esto restringe la capacidad de Sogecable para poder competir con Mediapro en la TDT de pago, e impide a Sogecable licenciar Canal+Liga a terceros operadores de televisión de pago, convirtiendo a Gol TV en la única alternativa mayorista para la emisión de los partidos de Liga y Copa de S.M. el Rey que se emiten simultáneamente en Canal+Liga y Gol TV.

Asimismo, este contrato supone una modificación de algunos de los términos establecidos en los paquetes inicialmente ofertados por Mediapro a los distintos operadores, en particular los adquiridos por Canal+Liga, donde no se imponían tales limitaciones.

5. El contrato firmado por Mediapro con Sogecable el 11 de septiembre de 2009 para la reventa de derechos de retransmisión televisiva de partidos de Liga y Copa de S.M. el Rey de fútbol a través de PPV, contienen algunas condiciones, en particular en relación con los mínimos garantizados, diferentes a las aplicadas por Mediapro a los operadores de cable. Estas diferencias de tratamiento podrían ser discriminatorias pues no contarían con una justificación objetiva razonable.

6. Mediapro condicionó la entrega a Sogecable de la señal de partidos de Liga y Copa de S.M. el Rey de fútbol para su emisión en PPV a clientes residenciales a la firma previa de un contrato escrito el 11 de septiembre de 2009. El mismo condicionamiento se impuso para la entrega a Sogecable, a partir del contrato firmado el 21 de octubre de 2009, de la señal del tercer partido de Liga de Primera División de fútbol por jornada emitido a través de Gol TV, para la concesión de derechos de emisión a clientes no residenciales de los partidos de Liga y Copa de S.M. el Rey de fútbol que Sogecable emitía en PPV y a través de Canal+Liga, así como para la emisión de resúmenes de partidos de Liga y Copa de S.M. el Rey de fútbol en Internet. Este condicionamiento de la entrega de la señal a la firma previa de un contrato, ha llevado a que durante las primeras jornadas de Liga de Primera División de fútbol, Sogecable haya visto limitada su capacidad de captación y retención de clientes de televisión de pago, especialmente de clientes no residenciales, al no disponer Sogecable de la señal audiovisual de estos partidos para estos clientes.

En cambio, Mediapro no ha impuesto a otros operadores (R Cable, Telefónica, etc.) este condicionamiento de la entrega de la señal a la firma previa de un contrato.

Precisamente estos operadores emitían Gol TV y el servicio Gol Bar, producidos por Mediapro, que generan mayores ingresos mayoristas a favor de esta entidad conforme se incrementa su número de abonados.

7. El contrato firmado por Mediapro con Sogecable el 21 de octubre de 2009 para la reventa de derechos de retransmisión a través de Internet de resúmenes de Liga y Copa de S.M. el Rey de fútbol contienen limitaciones más estrictas en la duración de los resúmenes, el periodo que pueden estar disponibles al público, etc., respecto a los contratos firmados por Mediapro con otros operadores (Telefónica, etc.) en relación con los mismos derechos. Estas diferencias de tratamiento podrían ser discriminatorias pues no contarían con una justificación objetiva razonable.”

De todo ello se concluye:

“Tales prácticas habrían limitado el acceso de los operadores audiovisuales a los derechos audiovisuales de Liga y Copa de S.M. el Rey de fútbol en condiciones transparentes, objetivas y no discriminatorias, lo que ha tenido efectos exclusionarios significativos en los mercados aguas abajo, especialmente el de televisión de pago.

i. La configuración del modelo de explotación audiovisual de los derechos de Liga y Copa de S.M. el Rey de fútbol sin ajustarse a criterios de transparencia, objetividad y no discriminación.

Por diversos motivos, la Dirección de Investigación considera que el modelo que Mediapro lanzó el 12 de mayo de 2009 y ha implantado no cumple los criterios de transparencia, objetividad y no discriminación y su comportamiento resulta, por ello, abusivo. En primer lugar, los paquetes que configuró en su oferta lanzada el 12 de mayo de 2009 limitan ex ante la tipología de emisión, lo que condiciona los potenciales demandantes interesados en cada uno de ellos. Se imponían además restricciones dentro de la ventana de pago, obligando a que la emisión se realice en un canal premium generalista o en un canal temático de deportes. Con ello, la configuración de los paquetes excluía a la mayoría de los operadores potencialmente interesados, pues a los paquetes más atractivos sólo podían de facto aspirar Sogecable (paquetes 2, 4 y 10, que además se adjudicaban en exclusiva) y Sogecable más la propia Mediapro (paquetes 3, 6 y 11). Además, algunos paquetes vinculaban la adquisición de derechos a la emisión de resúmenes, mientras que otros sólo ofertaban resúmenes de los partidos de Liga para las televisiones en abierto. Según la Dirección de Investigación: “(451) La explicación lógica a la conducta de Mediapro más plausible es que el sistema de explotación de los derechos en las distintas ventanas estaba preadjudicado entre Mediapro (Gol TV y La Sexta), Sogecable (Canal+ y Canal+Liga) y las televisiones autonómicas que tenían acuerdos de puesta en común con Mediapro (TV Cataluña, TV Valenciana y más adelante, Telemadrid). Por ello, la solicitud de ofertas de Mediapro sólo buscaba disimular dicha realidad. A este respecto, resulta cuanto menos sorprendente que el primer acuerdo de Mediapro fuese con Sogecable, a pesar de que esta entidad se negó formalmente a presentar ofertas en el marco de la solicitud de ofertas de Mediapro de mayo de 2009 (ver folio 558)”.

En segundo lugar, las restricciones adicionales a las que se somete a Sogecable en relación con la TDT de pago y Canal+Liga, evidencian la voluntad de Mediapro de reservarse una posición privilegiada en la explotación televisiva de los derechos de Liga y Copa de S.M. el Rey, especialmente de cara a la TDT de pago y la reventa de Gol TV a terceros operadores de televisión de pago.

En tercer lugar, la Dirección de Investigación enumera diversos elementos que prueban la falta de transparencia del modelo diseñado. Los paquetes no incluían la totalidad de los partidos de Liga de primera división. Los partidos adicionales a los emitidos en un canal premium generalista o en un canal temático de deportes tradicionalmente venían explotándose en PPV. Mediapro nunca llegó a ofertar públicamente un paquete de partidos de Primera División para su emisión en PPV, pese a que al final los está explotando. La Dirección de Investigación concluye que Mediapro no los ofertó inicialmente para disponer de un margen para modificar unilateralmente el modelo de explotación, como de hecho luego hizo en la práctica.

Tampoco concretó Mediapro en ningún momento los criterios que se iban a emplear para seleccionar a los adjudicatarios de los paquetes en respuesta a su oferta de 12 de mayo de 2009 ni los mecanismos para resolver posibles conflictos de interés. Dada la falta de concreción de los criterios de selección, y la falta de transparencia en el precio correspondiente a cada categoría de derechos en los contratos de Mediapro, es imposible verificar si Mediapro ha asignado los derechos a las mejores ofertas, especialmente en un contexto donde Gol Televisión y La Sexta, que forman parte de su mismo grupo empresarial, han sido adjudicatarios. Por otro lado, ofreció un plazo extremadamente corto para que los operadores interesados respondieran a su oferta....

ii. Las modificaciones unilaterales del modelo de explotación televisiva de los derechos de Liga y Copa de S.M. el Rey de fútbol inicialmente configurado, antes y durante la temporada 2009/2010.

Mediapro ha modificado unilateralmente en dos ocasiones las características básicas del modelo de explotación y de los paquetes ofertados para la explotación de los derechos de retransmisión televisiva de Liga y Copa de S.M. el Rey de fútbol. En particular, estas modificaciones llevaron a incrementar de 2 a 3, la primera vez y de 3 a 4 la segunda, los partidos de Primera División emitidos por jornada de Liga por Gol TV...

La Dirección de Investigación afirma que estas modificaciones unilaterales han tenido un efecto restrictivo sobre la competencia, en particular, al limitar la capacidad competitiva de Sogecable frente al resto de operadores de televisión de pago.

Estas modificaciones unilaterales de los partidos por jornada de Liga de Primera División no cuentan con una justificación objetiva razonable, más allá que la de aumentar el atractivo del canal Gol TV frente a su competidor más inmediato, Canal+Liga, y extraer una mayor renta de Sogecable. Razona la Dirección de Investigación lo siguiente:

“(461) En lo que respecta a la segunda modificación, los datos de evolución de abonados de Gol TV, que han tenido un crecimiento reducido entre los meses de febrero y mayo de 2010, son un indicio de la poca efectividad comercial de esta política. En este sentido, esta segunda modificación ha llevado a Mediapro a renunciar a los ingresos mayoristas provenientes del PPV sin obtener ningún beneficio adicional de los abonados ya existentes. De todas maneras, con esta política, Mediapro ha debilitado la capacidad de los distintos operadores para alcanzar los mínimos garantizados en el PPV, con la excepción de Telefónica (que los ha visto automáticamente reducidos). El más afectado ha sido el propio Sogecable, pues conforme a los datos de pinchazos de PPV en la temporada 2009/2010 aportados por Mediapro, no ha conseguido alcanzar los mínimos garantizados establecidos para dicha temporada en su contrato de 11 de septiembre de 2009 con Mediapro. Esto a su vez agrava el efecto de la discriminación de

Sogecable frente a terceros operadores en la fijación de los mínimos garantizados, como se verá más adelante..."

iii. La discriminación contra Sogecable a la hora de tener acceso a los derechos audiovisuales de Liga y Copa de S.M. el Rey de fútbol.

A juicio de la Dirección de Investigación, Mediapro ha desarrollado otras conductas que discriminan de forma injustificada a Sogecable frente a terceros operadores de televisión de pago y a la propia Mediapro:

- Mediapro habría discriminado a Sogecable al condicionar la entrega de la señal televisiva de determinados partidos a la firma previa de un contrato escrito cuando durante la temporada 2009/2010, ha sido una práctica habitual de Mediapro permitir la explotación de sus derechos audiovisuales aún sin contar con un contrato firmado. Este ha sido el caso de R Cable o Telefónica, Telemadrid (televisión en abierto), Vodafone (telefonía móvil) o Unedisa (resúmenes en Internet). Esta discriminación ha afectado gravemente a la capacidad competitiva de Sogecable durante las primeras jornadas de la temporada 2009/2010, que son un momento clave para captar y retener abonados de televisión de pago.

Los argumentos de Mediapro sobre la existencia de contratos verbales con terceros operadores para justificar esta discriminación a Sogecable no son admisibles en opinión de la Dirección de Investigación, especialmente si se tiene en cuenta que Mediapro ya disponía de un contrato firmado con Sogecable para las temporadas 2009/2010 y siguientes, que cubría derechos de emisión de Liga y Copa de S.M. el Rey de fútbol significativos. Tampoco optó, como hizo con Telefónica, por darle autorizaciones puntuales, jornada a jornada, para emitir determinados derechos con fijación de un precio transitorio. No acepta tampoco la Dirección de Investigación como justificación de la discriminación otros argumentos que tienen que ver con los pleitos que mantienen ambas compañías.

- Mediapro habría discriminado a Sogecable, en este caso frente a sí misma, al limitar la emisión de los partidos emitidos por Canal+ y Canal+Liga a la televisión de pago por satélite. De esta manera, Mediapro ha restringido la reventa de derechos audiovisuales de Liga y Copa de S.M. el Rey de fútbol, al obligar de facto a cualquier operador de televisión de pago que estuviera interesado en emitir un número significativo de partidos de Liga y Copa de S.M. el Rey a contratar directamente con la propia Mediapro o su filial al 100% Gol Televisión e impidiendo que se desarrollase entre Gol TV y Canal+Liga a nivel mayorista la misma competencia que existía en el nivel minorista.

- Una tercera discriminación de Sogecable frente a terceros se daría en relación con la cuantificación de los mínimos garantizados por la emisión de partidos en PPV. En este caso, los contratos de Mediapro con los operadores de cable y Sogecable siguen el mismo esquema, de un precio unitario de [...] euros por pinchazo si se superan los mínimos garantizados. Sin embargo, en el caso de los operadores de cable, éstos se comprometen a pagar por temporada, por la emisión de partidos en PPV, un mínimo garantizado mensual, durante diez meses, equivalente a multiplicar el número de abonados medios del operador por [...] y por [...] euros. En el caso de Sogecable, la cuantía del mínimo garantizado a pagar por temporada es equivalente a [...] compras por abonado medio de Sogecable en la temporada, a un precio de [...] euros (sin IVA) el pinchazo. La Dirección de Investigación cuantifica el coste de esta diferencia para Sogecable en [...] millones de euros."

La Sala comparte estos planteamientos.

CUARTO.- La recurrente sostiene que el sistema de comercialización que puso en practica, abría el mercado a nuevos competidores. El reproche, sin embargo, no deriva del sistema mismo, sino de los comportamientos claramente individualizados que describe la CNC, y que encuentran soporte fáctico en el expediente.

Entendemos acertada la apreciación que realiza la CNC sobre la posición de dominio. Por más que la actora se incorporase a un mercado antes dominado por otra entidad, lo cierto es que en el periodo temporal que nos ocupa, era titular de prácticamente todos los derechos de retransmisión deportiva del futbol, Liga y Copa del Rey.

Por más que la duración de los contratos no sea larga y posteriormente la actora pueda perder la posición de dominio, lo cierto es que la conducta imputada viene referida al mercado, en la forma delimitada por la CNC, y al periodo temporal al que se refieren los derechos. Y es incuestionable que el mercado delimitado temporalmente y por producto reviste sustantividad y puede determinarse respecto de él la posición de dominio que se afirma.

La independencia de la actora en el mercado viene determinada por la titularidad de los derechos que podrá ceder, y por más que se afirme en la demanda que la posición de Sogecable aguas abajo hace imposible tal independencia, lo cierto es que la existencia en el mercado de otros operadores aguas abajo impide apreciar la dependencia que se afirma, sin olvidar que las condiciones de emisión para la cesión de derechos fueron impuestas por la actora, delimitando así el ámbito de los posibles aspirantes a la cesión.

La afirmación en la demanda de falta de concreción en el reproche sobre la forma de comercialización de los derechos, carece de fundamento si atendemos a las afirmaciones contenidas en la resolución, y, entre otras, *“ por la configuración de los paquetes ofrecidos, la ausencia de oferta de determinados partidos de Liga de Primera División por jornada, la exclusión de modalidades de explotación, el escaso plazo otorgado para presentar propuestas de adquisición, y la no concreción de los criterios a seguir para seleccionar ofertas. Lo anterior, unido a la integración vertical de Mediapro con las actividades de televisión en abierto (a través de La Sexta) y televisión de pago (mediante Gol TV), ha podido limitar el acceso en condiciones transparentes, objetivas y no discriminatorias a los derechos de retransmisión televisiva de partidos y resúmenes de Liga y Copa de S.M. el Rey de fútbol por parte de los operadores”*.

No se opone al derecho a la competencia la exigencia de que la emisión de los derechos cedidos habría de hacerse en un canal temático o premium, y ello no se ha afirmado por la CNC, pero es un hecho constatable que dado el mercado español, tal exigencia reducía muy considerablemente a los posibles aspirantes. Por tanto no se trata de examinar la conducta en abstracto sino en su relación con las circunstancias del mercado español. En cuanto al plazo, se valora en conjunto con las circunstancias descritas anteriormente.

Pues bien, lo que se afirma por la CNC, y la Sala comparte, es que, aunque formalmente se ofertaron los derechos a todos los operadores, las condiciones de la oferta, impedía en la práctica el acceso real a la mayoría de ellos.

Respecto de la modificación unilateral de las condiciones de la cesión de derechos a Sogecable, no se contiene en la demanda un razonamiento del fundamento objetivo que la justifique, cuya carencia lleva a la CNC a afirmar el carácter contrario a libre competencia, pues implica una contraprestación adicional, sin justificación. La existencia de diferencias en los contratos, no es una justificación objetiva de su alteración, sino una plasmación concreta de un acuerdo.

No existe "confianza legítima" en la suposición de que en el futuro puedan comercializarse unos derechos, cuando no ha existido una conformidad por la CNC, no solo en el modelo, sino en todos sus extremos, circunstancia que no concurre en el presente caso.

En cuanto a Gol TV S.L. es una filial participada al 100% por la actora, y su responsabilidad es solidaria, no por actos propios sino por la existencia de una unidad de decisión que ha determinado la participación directa de la filial en los hechos imputados, pero no se trata de una doble imputación, sino de una sola imputación para ambas entidades de la que responden solidariamente. Y por esta misma razón se ha tenido en cuenta, para el cálculo de la sanción, la situación económica de ambas entidades.

En cuanto a la sanción, se afirma en la Resolución:

"A juicio de la Dirección de Investigación, Mediapro y Gol Televisión han incurrido en una infracción muy grave, conforme a lo previsto en el artículo 62.4.b) de la LDC. Y añade "(522) Por este motivo, la sanción no podrá superar el 10% del volumen de negocios consolidado de Mediapro y Gol Televisión, que en 2009 fue de 565.764.665 euros, siendo el 10% 56,5 millones de euros". La Dirección de Investigación estima que no concurren circunstancias agravantes o atenuantes...Dicho esto y de acuerdo con los criterios establecidos en el citado artículo 64 de la LDC, hay una serie de elementos que se deben tener en cuenta a la hora de fijar dicha sanción.

Primero, que Mediapro no tiene una posición de liderazgo en los mercados descendentes de la televisión. En el mercado de la televisión en abierto, la cuota de La Sexta rondaría el 6,5% de la audiencia televisiva. En el mercado de la televisión de pago, según datos de los informes trimestrales de la CMT, Gol TV terminó el año 2009 con 153.151 abonados en TDT y contaba con 276.977 en el tercer trimestre de 2010, lo que equivale a un 6,6% de cuota dentro del mercado de la televisión de pago en términos de abonados, cifra que resulta inferior en términos de ingresos. Como la Dirección de Investigación pone de manifiesto, la ventaja competitiva que Gol TV ha podido obtener con la conducta de Mediapro ha podido contribuir a este aumento. Sin embargo, no puede concluirse que sea la única ni la principal causa. En el contexto que se analiza, Gol TV es un producto nuevo con un innegable atractivo a la vista de los contenidos que ofrece.

Segundo, la falta de acceso en condiciones transparentes y no discriminatorias por parte de terceros operadores a los derechos se ha visto compensada por un mayor grado de acceso a los contenidos futbolísticos con respecto al pasado, lo que ha limitado el efecto neto de la infracción sobre los consumidores y usuarios.

Tercero, el alcance de la infracción ha sido en cierto modo limitado. El efecto exclusionario generado por la conducta contra el principal competidor de Gol TV, si bien se ha producido en un momento relevante (a comienzo de la temporada), ha sido parcial (tercer partido) y ha tenido un efecto fundamentalmente temporal. La aplicación circunstancial de estos criterios conduce a que la sanción a imponer, sin renunciar a su efecto disuasorio, ascienda a un importe reducido en relación al volumen de negocios de la entidad, importe que el Consejo fija en 500.000 euros."

Se han apreciado por ello circunstancias que atenúan la responsabilidad y se ha impuesto la sanción en el grado mínimo en su tramo inferior, por lo que se cumple en principio de proporcionalidad.

De lo expuesto resulta la desestimación del recurso.

No se aprecian méritos que determinen un especial pronunciamiento sobre costas, conforme a los criterios contenidos en el artículo 139.1 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa 29/1998 en su redacción anterior a la Ley 37/2011 –disposición transitoria novena -.

VISTOS los preceptos citados y demás de general y pertinente aplicación, por el poder que nos otorga la Constitución:

FALLAMOS

Que **desestimando** el presente recurso contencioso administrativo interpuesto por **Mediaproducción S.L.y Gol Televisión S.L.**, actuando en su nombre y representación el Procurador Sr. Dº Federico Gordo Romero, frente a la **Administración del Estado**, dirigida y representada por el Sr. Abogado del Estado, sobre **Resolución de la Comisión Nacional de la Competencia de fecha 17 de marzo de 2011**, debemos declarar y declaramos ser ajustada a Derecho la Resolución impugnada, y en consecuencia **debemos confirmarla** y la **confirmamos**, sin expresa imposición de costas.

Así por ésta nuestra sentencia, que se notificará haciendo constar que contra la misma no cabe recurso de casación, siguiendo las indicaciones prescritas en el artículo 248 de la Ley Orgánica 6/1985, y testimonio de la cual será remitido en su momento a la oficina de origen a los efectos legales junto con el expediente, en su caso, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN / Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por la Ilma. Sra. Magistrada Ponente de la misma, estando celebrando audiencia pública en el mismo día de la fecha, la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional.