

Id. Cendoj: 28079230062013100137
Órgano: Audiencia Nacional. Sala de lo Contencioso
Sede: Madrid
Sección: 6
Nº de Resolución:
Fecha de Resolución: 19/03/2013
Nº de Recurso: 379/2010
Jurisdicción: Contencioso
Ponente: CONCEPCION MONICA MONTERO ELENA
Procedimiento: CONTENCIOSO
Tipo de Resolución: Sentencia

Idioma:

Español

SENTENCIA

Madrid, a diecinueve de marzo de dos mil trece.

Visto el recurso contencioso administrativo que ante la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional ha promovido **Televisión de Cataluña S.A.** , y en su nombre y representación la Procuradora Sra. D^a Consuelo Rodríguez Chacón, 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 14 de abril de 2010** , relativa sanción siendo **Codemandados** TVC Multimedia S.L, Mediaproducción S,L, y Real Madrid Club de Fútbol, y la cuantía del presente recurso indeterminada.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO : Se interpone recurso contencioso administrativo promovido por Televisión de Cataluña S.A., y en su nombre y representación la Procuradora Sra. D^a Consuelo Rodríguez Chacón, 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 14 de abril de 2010, solicitando a la Sala, declare la nulidad de la Resolución impugnada y con ella de la sanción.

SEGUNDO : Reclamado y recibido el expediente administrativo, 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 doce de marzo de dos mil trece.

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 JURÍDICOS

PRIMERO : Es objeto de impugnación en autos la Resolución de la Comisión Nacional de la Competencia de fecha 14 de abril de 2010, sobre derechos audiovisuales de la liga de fútbol en cuanto a la aplicación del artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia y del artículo 101 del TFUE .

SEGUNDO : Antes de entrar en el análisis de la cuestión de fondo, hemos de recordar el contenido de la parte dispositiva de la Resolución de la CNC que hoy enjuiciamos:

"...QUINTO.- Declarar que el pacto de no competencia indefinido contenido en el contrato de 21 de agosto de 2006 entre Mediapro y TV Cataluña, y en este sentido la cesión indefinida de Mediapro a TV Cataluña de derechos de retransmisión en directo en televisión en abierto de partidos de Liga y Copa de S.M. el Rey, en lo que afecten a las temporadas 2009/2010 y siguientes, es un acuerdo entre empresas contrario a los artículos 1 de la Ley 15/2007 y 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea ...

SÉPTIMO.- Intimar a las empresas que son parte de los acuerdos que se declaran prohibidos en esta parte dispositiva a que cesen en las conductas prohibidas, y a que se abstengan de realizarlas en el futuro."

TERCERO : De los hechos declarados probados, que la Sala admite hemos de destacar:

"Televisió de Catalunya, S.A. (TV Cataluña) es la televisión autonómica pública de Cataluña..."

El 28 de junio de 2006 Mediapro y TV Cataluña firmaron un contrato por el que Mediapro otorgaba a TV Cataluña un derecho de opción de cesión de determinados derechos audiovisuales de ciertos clubes de fútbol de Primera División para las temporadas 2006/2007 y 2007/2008. El 30 de junio de 2006 Mediapro y TV Cataluña firmaron otro contrato por el que, "a cambio de que TV Cataluña no ejerciese su derecho de retracto sobre los derechos audiovisuales del Barcelona" (traducción del catalán. Folio 2013) adquiridos por Mediapro, esta última entidad se comprometía a ceder a TV Cataluña determinados derechos audiovisuales de ciertos clubes de fútbol de Primera División para las temporadas 2008/2009 y 2012/2013.

Por otra parte, y después de haberse firmado el contrato de 24 de julio de 2006 entre Sogecable, AVS, Mediapro y TV Cataluña (HP 102 a 110), el 21 de agosto de 2006 Mediapro y TV Cataluña firmaron un nuevo contrato (folios 2012 a 2029), que hace referencia a los dos anteriores contratos y les deja sin efecto.

Asimismo, dicho contrato de 21 de agosto de 2006 prevé que Mediapro ceda a TV

Cataluña para las temporadas 2006/2007 a 2012/2013, los derechos de retransmisión en directo en televisión en abierto de un partido por jornada en Primera División (excepto dos jornadas), de un partido por jornada en Segunda División y de los resúmenes de la jornada (éstos últimos sólo retransmisibles en Cataluña).

Adicionalmente, en dicho contrato de 21 de agosto de 2006 Mediapro concede a TV Cataluña un derecho de adquisición preferente de los derechos de retransmisión en directo en televisión en abierto de la Primera División en las temporadas 2013 y sucesivas, en el caso de que Mediapro disponga de dichos derechos (folio 2028).

Respecto de la fundamentación jurídica, se afirma en la Resolución:

"El 5 de mayo de 2006 Mediapro firmó contrato con el Barcelona para adquirir en exclusiva los derechos audiovisuales de Liga de Primera División y Copa de S.M. el Rey (excepto la final) de fútbol de este club para las temporadas 2008/2009 a 2012/2013. El 8 de junio de 2006 el FC Barcelona comunicó a TV Cataluña, en cumplimiento del contrato de cesión de derechos audiovisuales de fecha 12 de junio de 1999, que había recibido una oferta en firme de Mediapro para las temporadas 2006/2007 y 2007/2008 cubiertas por aquel contrato, que mejoraba el precio pactado, por lo que les conminaba a en el plazo de 45 días pagar la diferencia o renunciar a los derechos correspondientes a las citadas dos temporadas (folios 6039 ss.). Esta oferta de Mediapro no llegó finalmente a materializarse (folio 10065; alegaciones de TV Cataluña).

Veinte días después de recibir esa notificación, el 28 de junio de 2006 Mediapro y TV Cataluña firmaron un contrato por el que Mediapro otorgaba a TV Cataluña un derecho de opción de cesión de determinados derechos audiovisuales de ciertos clubes de fútbol de Primera División para las temporadas 2006/2007 y 2007/2008. Dos días después, el 30 de junio de 2006, Mediapro y TV Cataluña firmaron un nuevo contrato, referido a las temporadas 2008/2009 a 2012/2013, en el que a cambio del no ejercicio del derecho de tanteo y retracto que TV Cataluña ostentaba sobre los derechos audiovisuales de Liga y Copa de S.M. el Rey (excepto la final) de fútbol del Barcelona, Mediapro le cedía a TV Cataluña derechos de retransmisión en directo en televisión en abierto de partidos de fútbol de Liga y Copa de S.M. el Rey para las temporadas 2006/2007 a 2013/2014, y le concedía un derecho de adquisición preferente para ulteriores temporadas en las que Mediapro disponga de derechos de retransmisión en directo en televisión en abiertos de partidos de Liga y Copa de S.M. el Rey. El 24 de julio de 2006 Sogecable, AVS, Mediapro y TV Cataluña firmaron el acuerdo que dio lugar a la concentración Sogecable/AVS y a los pactos cooperativos ya comentados. El 21 de agosto de 2006 Mediapro y TV Cataluña firmaron un nuevo contrato que deja sin efecto los de 28 y 30 de junio de 2006.

Tienen razón Mediapro y TV Cataluña al afirmar que este último contrato de 21 de agosto de 2006 no prohíbe a TV Cataluña la adquisición de derechos audiovisuales de fútbol. No es necesario.

En la medida en que tanto Mediapro como TV Cataluña han operado en los mercados de adquisición y reventa de derechos de retransmisión en directo de partidos de fútbol de Liga y Copa de S.M. el Rey, los contratos entre ambos operadores antes referenciados son acuerdos horizontales entre competidores. Atendiendo a la secuencia de las fechas y a su contenido, el Consejo concluye que son acuerdos que tienen un efecto equivalente a un pacto de no competencia entre competidores en los mercados de adquisición y reventa, por cuanto desincentivan que TV Cataluña participe en estos

mercados (en los que ha estado presente desde 1996, cuando adquirieron su configuración actual), puesto que Mediapro le asegura a TV de Cataluña de manera indefinida disponer de derechos de retransmisión en directo en televisión en abierto de partidos de Liga y Copa de S.M. el Rey. De hecho, la presencia de TV Cataluña en estos mercados no es marginal, ya que desde 1996 ha ostentado la posición de socio con derecho de veto en AVS y puesto que ha adquirido los derechos del Barcelona y el Espanyol, siendo el Barcelona uno de los dos equipos más importantes del mercado de adquisición, tanto en términos de costes de sus derechos como de incidencia audiovisual de los mismos. El carácter indefinido de este pacto de no competencia implícito resulta con claridad de la cláusula 13 del contrato de 21 de agosto de 2006, en la que Mediapro concede a TV Cataluña un derecho de adquisición preferente sobre los derechos que pueda ostentar para las temporadas 2013/2014 (HP 114).

En definitiva, pues, la cesión por Mediapro a TV Cataluña de los derechos de retransmisión en directo en televisión en abierto de partidos de fútbol de Liga y Copa de S.M. el Rey para las temporadas 2006/2007 a 2013/2014, así como la concesión de un derecho de adquisición preferente sobre estos derechos para ulteriores temporadas, recogidas en el contrato de 21 de agosto de 2006 entre Mediapro y TV Cataluña, tienen un efecto equivalente a un pacto de no competencia indefinido, y no estarían amparados por las exenciones de los artículos 1.3 LDC y 101. TFUE, en la medida en que su duración es de más de tres temporadas completas (en lo que supera la temporada 2008/2009), que como se ha justificado anteriormente en esta resolución, es el periodo temporal adecuado para garantizar una competencia periódica suficiente en los mercados de adquisición y reventa de derechos de retransmisión en directo de partidos de fútbol de Liga y Copa de S.M. el Rey..."

CUARTO : La cuestión que ha de determinarse es si sentido la cesión indefinida de Mediapro a TV Cataluña de derechos de retransmisión en directo en televisión en abierto de partidos de Liga y Copa de S.M. el Rey, en lo que afecten a las temporadas 2009/2010 y siguientes, es un acuerdo entre empresas contrario a los artículos 1 de la Ley 15/2007 y 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea .

QUINTO: Hemos de recordar los siguientes planteamientos generales:

Los artículos 1.1 de la Ley 16/1989 y 15/2007 prohíben 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..." ,

E igualmente hemos señalado que de ello resulta: a) La actividad prohibida lo es cualquier acuerdo o conducta tendente a falsear la libre competencia. b) El tipo infractor no requiere que se alcance la finalidad de vulneración de la libre competencia, basta que se tienda a ese fin en la realización de la conducta, tenga éxito o no la misma. c) La conducta ha de ser apta para impedir, restringir o falsear la competencia en todo o parte del mercado delimitado.

La conducta prohibida puede ser realizada por cualquier agente económico - término amplio que incluye no sólo a las empresas, sino también a todos aquellos cualquiera que sea su forma jurídica, que intermedien o incidan en la intermediación en el mercado -; pero también por asociaciones o agrupaciones de aquellos agentes económicos. De otra parte, la conducta puede ser realizada de forma dolosa o culposa - claramente el precepto se refiere a un elemento intencional o negligente -, siendo la

primera la que tiende directamente a provocar el efecto distorsionador de la libre competencia efectivamente querido, y la segunda, la que, aún sin pretender el efecto, la conducta es apta para causarlo, pudiendo ser previsto tal efecto, aplicando la diligencia debida.

En cuanto a la calificación de la conducta el artículo 1 de la LDC 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...".

El artículo 101 del TFUE prohíbe las mismas conductas. Y a efectos de ambos artículos, existe un acuerdo cuando las partes se asocian en un plan común con capacidad real o potencial para limitar la libertad individual de la política comercial de los pactantes y de ese modo afectar a la competencia en el mercado.

SEXTO : Argumenta la actora que el acuerdo que nos ocupa no cierra el mercado a otros competidores pues no tiene carácter exclusivo, ni desincentiva la competencia de la actora, afirmación que, a su juicio, es una mera hipótesis.

La cesión de derechos de retransmisión de los partidos de la Liga aún cuando no tenga carácter exclusivo y aún en la reventa, por largo periodo de tiempo impide o dificulta la entrada en el mercado de operadores distintos. Es incuestionable, que existe una restricción en el mercado aguas abajo.

Y lo mismo ocurre respecto de los derechos en exclusiva de opción, derechos de tanteo y retracto.

No comete error la CNC al apreciar los hechos, cuando afirma que existe una restricción del mercado al vincular, por cualquier medio jurídico, durante un largo periodo de tiempo, los derechos audiovisuales que nos ocupan, a determinado operador, aún cuando no sea en exclusiva.

Debemos realizar una breve referencia a los plazos establecidos en la Ley 7/2010. En su artículo 21.1, dicha Ley determina:

"1. El establecimiento del sistema de adquisición y explotación de los derechos audiovisuales de las competiciones futbolísticas españolas regulares se regirá por el principio de libertad de empresa dentro del marco del sistema de evaluación establecido por la normativa europea y española de la competencia.

Los contratos de adquisición de los derechos de las competiciones futbolísticas no podrán exceder de 4 años. Los contratos vigentes desde la entrada en vigor de la presente Ley, permanecerán válidos hasta su finalización."

Resulta claro que esta disposición no es retroactiva, por tanto el plazo de 4 años es de aplicación a los contratos celebrados tras la entrada en vigor de la Ley. Pero la referencia a los contratos vigentes desde la entrada en vigor de la Ley que permanecerán válidos hasta su finalización, ha de entenderse desde el presupuesto de su legalidad, esto es, permanecerán válidos mientras conforme a Derecho lo sean. En este caso se ha declarado que la vinculación de la cesión de derechos por largo tiempo es contraria a las normas que protegen la libre competencia, y por ello su validez se encuentra subordinada a la limitación de plazos establecida en la Resolución

impugnada.

Alega la recurrente que los acuerdos, aún cuando fuesen contrarios a la libre competencia, se encuentran en el supuesto tercero del artículo 1 de la Ley 15/2007 .

No podemos compartir esta apreciación. El acuerdo, lejos de mejorar la distribución, la limita, como resulta de lo razonado anteriormente, ya que petrifica el tráfico de los derechos que nos ocupan al vincularlos por un tiempo excesivo a un concreto explotador. Tampoco se aprecia beneficio para el consumidor, ya que el interés del mismo no requiere la vinculación de la explotación de los derechos a un determinado operador. Faltando estos elementos, no puede aplicarse el citado párrafo tercero.

SEPTIMO : 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.

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

FALLAMOS

Que **desestimando** el recurso contencioso administrativo interpuesto por **Televisión de Cataluña S.A.** , y en su nombre y representación la Procuradora Sra. D^a Consuelo Rodríguez Chacón, 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 14 de abril de 2010** , debemos declarar y declaramos ser ajustada a Derecho la Resolución impugnada en los aspectos examinados, 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 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.