

Roj: STS 3945/2003
Id Cendoj: 28079130032003100286
Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso
Sede: Madrid
Sección: 3
Nº de Recurso: 8463/1998
Nº de Resolución:
Procedimiento: RECURSO CASACIÓN
Ponente: FERNANDO LEDESMA BARTRET
Tipo de Resolución: Sentencia

Resumen:

- LIGA NACIONAL FUTBOL PROFESIONAL Y TELEVISIONES AUTONÓMICAS CONTRA ADMINISTRACION DEL ESTADO, ANTENA 3 Y TELECINCO.- RETRANSMISION TELEVISIVA FUTBOL- PRACTICAS RESTRICTIVAS DE LA COMPETENCIA Y ABUSO DE POSICIÓN DOMINANTE.

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a nueve de Junio de dos mil tres.

VISTOS los recursos de casación interpuestos por la Procuradora de los Tribunales Doña Isabel Fernández-Criado Bedoya, en representación de CANAL SUR DE TELEVISIÓN S.A., TELEVISIÓN DE CATALUNYA S.A., TELEVISIÓN AUTONÓMICA DE MADRID S.A., TELEVISIÓN AUTONÓMICA VALENCIANA S.A., TELEVISIÓN DE GALICIA S.A., Y EUSKAL TELEBISTA-TELEVISIÓN VASCA S.A., -en lo sucesivo, T.A.- y por la Procuradora de los Tribunales Doña Consuelo Rodríguez Chacón, en representación de la LIGA NACIONAL DE FUTBOL PROFESIONAL -en lo sucesivo, L.N.F.P.- contra la sentencia de 17 de julio de 1998 dictada en el recurso contencioso-administrativo nº 1624/1993 por la Sección Sexta de la Sala de la Audiencia Nacional. Han sido partes recurridas el Abogado del Estado, en representación de la Administración del Estado, ANTENA 3 DE TELEVISIÓN, S.A., -en adelante, Antena 3- representada por el Procurador de los Tribunales D. Juan Luis Pérez-Mulet Suarez, y GESTEVISIÓN TELECINCO, S.A. - en adelante, Telecinco- representada por el Procurador de los Tribunales D. Manuel Sánchez-Puelles y González-Carvajal

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En el expediente nº 319//1992, el Tribunal de Defensa de la Competencia -en lo sucesivo, TDC- con fecha 10 de junio de 1993 resolvió:

"1. Declarar la existencia de una conducta prohibida por los apartados 2 b) y 2 c) del artículo 6 de la Ley 16/1989 consistente en utilizar el poder en el mercado de la contratación de derechos de emisión de fútbol por televisión alterando la competencia en el mercado de la televisión ante la entrada de tres nuevos operadores, al provocar el bloqueo de acceso a las imágenes para dos de ellos. Se declara responsable a la Liga Nacional de Fútbol Profesional.

2. Declarar la existencia de una conducta prohibida por el art. 1.1 de la Ley 16/1989 y por el artículo 85.1 del Tratado CE, consistente en el acuerdo suscrito entre la LNFP y las Televisiones Autonómicas para la cesión en exclusiva mundial, por ocho temporadas, con derecho de tanteo, retracto y contratación preferente de los derechos de emisión de 42 partidos de fútbol y de confección y retransmisión de resúmenes. Se declaran responsables a la Liga Nacional de Fútbol Profesional; Televisio de Catalunya, S.A.; Televisión Autonomía de Madrid, S.A.; Televisión Autonómica de Valencia S.A.; Televisión de Galicia S.A.; Euskal Telebista-Televisión Vasca S.A. y Canal Sur de Televisión S.A.. El citado acuerdo no es susceptible de autorización en las condiciones en que ha sido solicitada .

3. Declarar la existencia de una conducta prohibida por el artículo 1.1. de la Ley 16/1989 consistente

en el acuerdo suscrito entre la LNFP y Canal Plus S.A. para la cesión en exclusiva por ocho temporadas de la retransmisión de 38 partidos de fútbol para cada temporada. Se declaran responsables a la Liga Nacional de Fútbol Profesional y a Canal Plus S.A.. El citado acuerdo no es susceptible de autorización en las condiciones en que ha sido solicitada.

4. Declarar la existencia de una conducta prohibida por el artículo 1.1 de la Ley 16/1989 consistente en el acuerdo suscrito entre las Televisiones Autonómicas y Canal Plus para la aceptación por parte de las Televisiones Autonómicas de que la Liga Nacional de Fútbol Profesional ceda la emisión de partidos en directo a Canal Plus y para la cesión de derechos de imagen sobre los resúmenes a Canal Plus durante ocho temporadas. Se declaran responsables a Televisio de Catalunya, S..A.; Televisión Autonomía de Madrid, S..A.; Televisión Autonomía de Valencia S..A.; Televisión Galicia S..A.; Euskal Telebista-Televisión Vasca S..A. y Canal Sur de Televisión S..A. y Canal Plus S..A..

5. Declarar la existencia de una conducta prohibida por el artículo 1.1. de la Ley 16/1989 consistente en el acuerdo suscrito entre las Televisiones Autonómicas y Televisión Española S..A. para la cesión en exclusiva por una temporada a TVE de la retransmisión en directo de 42 partidos de fútbol en el territorio no cubierto por las Televisiones Autonómicas y para la cesión de los resúmenes de fútbol. Se declaran responsables a Televisio de Catalunya, S..A.; Televisión Autonomía de Madrid, S..A.; Televisión Autonomía de Valencia, S..A.; Televisión Galicia S..A.; Euskal Telebista-Televisión Vasca S..A.; canal Sur de Televisión S..A y Televisión Española S..A..

6. Ordenar la cesación de las prácticas prohibidas al finalizar la temporada 1993/94.

7. Imponer la obligación a las Televisiones Autonómicas de que permitan el acceso a las imágenes de los resúmenes de las jornadas futbolísticas, mediante remuneración, a todos los operadores que lo deseen.

8. Imponer la multa de 147.500.000 pts. a la Liga Nacional de Fútbol Profesional.

9. Decidir sobre las fianzas prestadas por Gestevisión Telecinco S..A. después de oír, durante un plazo de 15 días a contar del 1 de julio próximo, a las partes interesadas.

10. Una vez notificada esta Resolución, la Liga Nacional de Fútbol Profesional deberá publicar, a su costa, en el Boletín Oficial del Estado, la parte dispositiva de la misma y, en la forma que se determine, en un diario de ámbito nacional. Por su parte cada una de las Televisiones Autonómicas deberá publicarla a su costa, en la forma que se determine, en el diario de mayor tirada de su Comunidad Autónoma".

SEGUNDO.- Contra la referida resolución del TDC interpusieron recurso contencioso- administrativo la representación procesal de las TA y de la LNFP, recurso que concluyó por sentencia de 17 de julio de 1998, dictada en el recurso nº 1624/1993 por la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, cuyo fallo dice textualmente: "FALLAMOS que desestimando el presente recurso contencioso administrativo interpuesto por las Procuradoras CONSUELO RODRÍGUEZ CHACÓN e ISABEL FERNANDEZ CRIADO, en la representación que ostentan de la LIGA NACIONAL DE FUTBOL PROFESIONAL y de CANAL SUR TELEVISIÓN, S.A., TELEVISIO DE CATALUNYA S.A., TELEVISIÓN AUTÓNOMA DE MADRID, TELEVISIÓN AUTÓNOMICA VALENCIANA, S.A., TELEVISIÓN DE GALICIA, S.A. y EUSKAL TELEBISTA TELEVISIÓN VASCA, respectivamente, contra la resolución dictada por el Tribunal de Defensa de la Competencia con fecha 10 de junio de 1993 en el expediente 319/93, debemos confirmar y confirmamos la resolución objeto de recurso, y en su consecuencia procede:

-Declarar la existencia de la conducta prohibida del art. 6.2 letras b) y c) de la Ley 16/89, siendo responsable LNFP.

-Declarar la existencia de conductas prohibidas por el artículo 1.1. de la misma Ley 16/89, siendo responsables la LNFP, las Televisiones Autonómicas ya citadas, Canal Plus, S.A. y Televisión Española, S.A.; así como que no es posible acceder a las autorizaciones singulares solicitadas.

-Ordenar la cesación de las prácticas prohibidas al momento de la firmeza de esta sentencia.

-Imponer a cada una de las Televisiones Autonómicas la obligación de que permitan el acceso a las imágenes de los resúmenes de las jornadas futbolísticas, mediante remuneración, a todos los operadores que lo deseen

-Imponer a la LNFP una multa de 147.500.000 pts.

-Imponer a la LNFP la obligación de publicar en el BOE y en un diario de ámbito nacional la parte dispositiva de la resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia que se recurre. Igual obligación tendrán las Televisiones Autonómicas pero sólo en el diario de mayor tirada de su Comunidad Autónoma.

Todo ello sin haber lugar a expresa imposición de costas a ninguna de las partes".

TERCERO.- En la pieza de medidas cautelares del recurso contencioso-administrativo, la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, mediante auto de 28 de abril de 1994, confirmado en súplica por el de 29 de noviembre de 1994, acordó "adoptar la medida cautelar relativa a que la orden de cesación de las prácticas que el acto administrativo impugnado en el recurso del que la presente pieza dimana califica de prohibidas, orden a la que se refiere el apartado 6º de la parte dispositiva, tenga efectos no al finalizar la temporada 1993-94 sino al momento de dictarse la sentencia definitiva". El recurso de casación interpuesto por el Abogado del Estado y por Telecinco contra los referidos autos fue desestimado por sentencia de 16 de junio de 1997 dictada por esta misma Sala y Sección del Tribunal Supremo.

CUARTO.- Contra la sentencia de la Sala de la Audiencia Nacional prepararon recursos de casación las representaciones procesales de la LNFP y de las TA. Mediante providencia de 8 de septiembre de 1998 el Tribunal "a quo" los tuvo por preparados.

QUINTO.- El 16 de octubre de 1998 tuvo entrada en el Registro General del Tribunal Supremo escrito de la representación procesal de las TA interponiendo recurso de casación contra la sentencia de la Audiencia Nacional. Al amparo del art. 95.1.4º de la L.J. invoca cuatro motivos. En el primero, la infracción de la jurisprudencia del TS y de la doctrina constitucional sobre la prueba de presunciones y, en consecuencia, infracción por interpretación errónea de los arts. 1249 y 1253 del C.Civil. En el segundo, infracción de los arts. 1.1 y 6.1 de la Ley 16/1989, de Defensa de la Competencia -LDC, en lo sucesivo- en relación con los arts. 85.1 y 86 del Tratado de la Unión Europea, y de la jurisprudencia del TS y del Tribunal de las CEE, en relación a la definición del "mercado relevante de producto" referida a los derechos de radiodifusión televisiva contemplados en los acuerdos entre la LNFP y las TA. En el tercero, con carácter subsidiario del anterior y partiendo de la delimitación del mercado relevante de producto propuesto por la recurrente en el motivo segundo, se imputa a la sentencia infracción del art. 6 de la LDC, en relación con el art. 86 del Tratado CEE y de la doctrina que establece los márgenes y la naturaleza del abuso de posición dominante. Y en el cuarto, infracción por interpretación y aplicación errónea del art. 1 de la LDC, al considerar práctica concertada o acuerdo colusorio restrictivo de la competencia aquellos contratos suscritos entre la LNFP y las TA para la retransmisión en exclusiva de los encuentros de fútbol del Campeonato Nacional de Liga y Copa del Rey, acuerdos que, en su opinión, encajan en las exenciones o autorizaciones singulares reguladas en el art. 3 de la LDC porque contribuyen a mejorar la producción, fomentar el progreso técnico y económico y beneficiar al deporte profesional. Concluye suplicando sentencia por la que "estimando este recurso y casando la sentencia recurrida, en definitiva y por acto de contrario imperio acuerde:

a) Estimar el recurso contencioso-administrativo interpuesto por mis representadas Canal Sur de Televisión S.A., Televisión de Catalunya S.A., Televisión Autonómica de Madrid S.A., Televisión Autonómica Valenciana S.A., Televisión de Galicia S.A., y Euskal Telebista-Televisión Vasca S.A., contra la Resolución en pleno del Tribunal de Defensa de la Competencia de fecha 10 de junio de 1993, en el expediente 319/92, dejando sin efecto todos y cada uno de los pronunciamientos contenidos en la resolución de dicho acto administrativo, confirmado por la sentencia recurrida.

b) Con imposición expresa de las costas de este recurso a aquellas partes opuestas a la anterior petición".

SEXTO.- El 16 de octubre de 1998 tuvo entrada en el Registro General del Tribunal Supremo escrito de la representación procesal de la LNFP interponiendo recurso de casación contra la sentencia de la Audiencia Nacional antes citada. El motivo segundo se ampara en el art. 95.1.3º de la L.J. e invoca vulneración de las normas reguladoras de la sentencia, resolución a la que se imputa contener una motivación errónea al estar basada en las conclusiones de un informe -el informe del Instituto de Medios y Audiencias de 5 de enero de 1993- sin valor probatorio alguno por haber sido aportado al proceso seguido en la instancia sin las garantías propias de la prueba pericial, esto es con violación del valor tasado de determinados medios probatorios. Los motivos primero, tercero y cuarto se acogen al art. 95.1.4º de la L.J.. En el primero se denuncia la infracción del art. 62.a) de la LRJAP, en relación con los arts. 40.3 de la LDC y 85.3 de la LRJAP. Alega que la sentencia debió invalidar la resolución del TDC por ser un acto administrativo nulo de pleno derecho al haber lesionado el contenido esencial del principio de contradicción,

definido por el TC en las sentencias que invoca, e inherente al derecho a una tutela judicial efectiva. Argumenta sobre la admisión extemporánea e irregular por el TDC del informe del IMA. En el tercero se mantiene que la sentencia ha vulnerado el derecho a la presunción de inocencia, infringiendo los arts. 137 de la LRJPA y 24 CE al haber confirmado la sanción de 147.500.000 pts. que el TDC impuso a la LNFP pese a no haber aportado prueba de cargo suficiente sobre su culpabilidad. Y en el motivo cuarto sostiene que la sentencia, al rechazar la solicitud de reducción de la sanción de multa incluida con carácter subsidiario en la demanda de la LNFP, ha vulnerado el principio de proporcionalidad (art. 131 LRJPA). Concluye suplicando sentencia que "declare haber lugar al recurso y anule la sentencia recurrida dictando otra en su lugar por la que deje sin efecto la resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de 10 de junio de 1993 o, subsidiariamente, anule parcialmente la sentencia dictando otra en su lugar por la que deje sin efecto la sanción económica impuesta a la Liga Nacional de Fútbol Profesional por un importe de 147.500.000 pesetas o, con segundo grado de subsidiariedad, reduzca el citado importe de la sanción."

SÉPTIMO.- Ambos recursos fueron admitidos mediante providencia de 22 de junio de 1999.

OCTAVO.- Se han opuesto al recurso de casación el Abogado del Estado y las representaciones procesales de Antena 3 y de Telecinco. El 11 de octubre de 1999 tuvo entrada en el Registro General del Tribunal Supremo el escrito de oposición de Antena 3. Impugna separadamente cada uno de los motivos de los escritos de interposición de los recurrentes, interesando su desestimación íntegra, con imposición de las costas. El 18 de octubre de 1999 tuvo entrada en el Registro General del Tribunal Supremo el escrito de oposición del Abogado del Estado. Impugna cada uno de los motivos de los escritos de interposición de las partes recurrentes e interesa su desestimación, con imposición de las costas. El 22 de octubre de 1999 fue presentado el escrito de oposición de Telecinco. Se opone a los motivos de ambos escritos de interposición del recurso de casación y suplica sentencia que los desestime confirme la recurrida e imponga las costas a las partes recurrentes.

NOVENO.- Por providencia de 23 de noviembre de 1999 se acordó no considerar necesaria la celebración de vista pública, quedando las actuaciones pendientes de señalamiento. Mediante providencia de 19 de febrero de 2003 se señaló para votación y fallo de este recurso de casación el 28 de mayo de 2003, designándose Magistrado Ponente al Excmo. Sr. D. Fernando Ledesma Bartret. En la indicada fecha han tenido lugar ambos actos.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La sentencia de la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional objeto de este recurso de casación declara probados los siguientes hechos, que transcribimos:

"1º.- La LNFP se constituyó en 1983 como asociación deportiva de naturaleza jurídico privada integrada por todos los clubes de fútbol de primera, segunda y segunda división B y, según sus normas de constitución y orgánicas, resultó encargada de la organización de las competiciones de sus asociados, correspondiéndole los derechos de explotación comercial de dichas competiciones.

En el cumplimiento de las misiones que le habían sido encomendadas, y ante la próxima promulgación de la Ley del Deporte en 1990 (que finalmente se promulgó como Ley 10/90 de 15 de octubre), se planteó la necesidad de firmar entre el Consejo Superior de Deportes y la LNFP el 2º Plan de Saneamiento del Fútbol Español.

Debe tomarse en consideración que, finalmente, la Disposición Adicional Decimoquinta de la Ley 10/90 del Deporte contempló la necesidad de dicho Plan de Saneamiento: "Con el fin de regularizar la situación económica de los Clubes de fútbol profesional, se elaborará -por el Consejo Superior de Deportes- un Plan de Saneamiento que comprenderá un convenio a suscribir entre dicho Organismo y la Liga Nacional de Fútbol Profesional". Para el cumplimiento por la LNFP de las misiones que le serían atribuidas por dicho Plan, el segundo párrafo de la Disposición Transitoria Tercera de la misma Ley preveía la siguiente atribución de medios económicos a la Liga: "Durante el período de vigencia del Convenio (Plan de Saneamiento a que se refería la D.A. 15), y hasta la total extinción de la deuda, la Liga Profesional percibirá y gestionará los siguientes derechos económicos:

a) Los que, por todos los conceptos, generen las retransmisiones por televisión de las competiciones organizadas por la propia Liga, por si misma ó en colaboración con otras asociaciones de Clubes.

b) Los correspondientes al patrocinio genérico de dichas competiciones.

c) El uno por ciento de la recaudación íntegra de las Apuestas Deportivas del Estado".

2º.- Así pues, para hacer frente a los gastos derivados de dicho Plan de Saneamiento, la LNFP convocó en junio de 1989 un concurso privado para la cesión de los derechos de retransmisión en directo y en exclusiva en todo el territorio español de un máximo de 34 partidos de liga de primera división y seis de la Copa del S.M. el Rey (excepto la final). La duración del contrato era de cuatro años.

El concurso privado fue resuelto y adjudicado, mediante un contrato celebrado el día 20 de julio de 1989, a Promoción del Deporte S.A., por un importe de 19.100 millones de pesetas.

El día 1 de agosto de 1989, la adjudicataria del concurso cedió, por 19.673 millones, la totalidad de sus derechos por dicho contrato a las Televisiones Autonómicas de Cataluña, Valencia, Galicia, Madrid y País Vasco. Posteriormente se unió la Televisión Autonómica de Andalucía.

3º.- Aún antes de promulgarse la Ley del Deporte y firmado el 2º Plan de Saneamiento del Fútbol Español (suscrito finalmente en enero de 1991), con una duración de doce años, y que buscaba regularizar la situación económica del fútbol profesional, la LNFP se ve precisada de obtener recursos suficientes y garantizados en un plazo prolongado de tiempo, ello para poder atender a las necesidades y exigencias económicas que se le avecinan; para ello, el 6 de julio de 1990 se produce una modificación de la anterior situación contractual y, ante el interés manifestado por Canal Plus de poder disponer de las imágenes de fútbol, se da entrada a este Canal en la cesión de los derechos del fútbol; eso se realiza mediante varios contratos:

- Por un lado, se produce una novación del contrato de 20 de julio de 1989 aumentando el plazo de concesión hasta la temporada 1997/98 y ampliando el número de partidos; además se fija un importe total de 42.000 millones de pesetas.

- Por otro lado, la LNFP cede a Canal Plus los derechos de retransmisión de un partido por cada jornada, mediante el sistema codificado, sin publicidad y hasta un máximo de 38 partidos por temporada; la elección del partido la realizará Canal Plus excluyendo el que retransmitan las Televisiones Autonómicas. Canal Plus pagará por este derecho 12.000 millones de pesetas.

- Las Televisiones Autonómicas acceden a que Canal Plus pueda retransmitir el partido a que se refiere el párrafo anterior y, además, le ceden las imágenes necesarias del resto de partidos para que Canal Plus pueda elaborar un programa resumen semanal. También se prevé la posibilidad de que se lleve a cabo la cesión de imágenes a TVE para que esta pueda realizar programas- resumen de cada jornada.

4º.- El día 5 de enero de 1991, y para permitir que los telespectadores residentes en zonas que carecen de canal autonómico pudieran disfrutar de fútbol televisado, las Televisiones Autonómicas ceden a Televisión Española el derecho de transmitir los partidos emitidos por dichas Televisiones Autonómicas en las CCAA sin cobertura televisiva propia, así como le cedían el derecho de retransmisión de programas resúmenes de cada jornada de liga. Este contrato, aunque en principio se concertó sólo para la temporada 1990-1991, se ha ido prorrogando para cada temporada.

5º.- Así pues, a resultas de la situación descrita hasta ahora, tanto las Televisiones Autonómicas como Televisión Española pueden transmitir 42 partidos por temporada y Canal Plus puede retransmitir 38, pudiendo todas ellas emitir programas resumen al final de cada jornada futbolística.

6º.- Las dos cadenas de Televisión que habían quedado fuera de los acuerdos a que se ha hecho referencia en los números anteriores reclamaron frente a la situación descrita y lo hicieron mediante el planteamiento de las siguientes denuncias:

1ª.- El día 11 de julio de 1990 Antena 3 formuló denuncia ante el Servicio de Defensa de la Competencia frente a la LNFP, Promoción del Deporte y las Televisiones Autonómicas por entender que los contratos mencionados más arriba vulneraban los artículos 1 y 6 de la Ley 16/1989, así como los artículos 85 y 86 del Tratado de la CEE. Se tramitó con el número 676/1990.

2ª.- Telecinco formuló otra denuncia semejante con fecha 10 de noviembre de 1990 en parecidos términos a la anterior y por considerar que estaba ante un acuerdo prohibido por el artículo 1 de la Ley 16/89. Esta denuncia se tramitó con el número 697/90 pero, posteriormente, se acumuló al expediente 676/90

3ª.- Canal Plus presentó, con fecha 13 de abril de 1992, una solicitud de autorización singular del contrato suscrito con la LNFP. Dicha petición se tramitó con el número de expediente 829/92 que, posteriormente, se acumuló al principal que tenía el número 676/90.

4ª.- La misma suerte corrió la solicitud presentada con fecha 18 de septiembre de 1992 por las Televisiones Autonómicas a fin de que se concediera autorización singular a su contrato suscrito con la LNFP; a dicha solicitud se le dio el número 37/92, que se acumuló posteriormente al 319/92 que es el número que se le dio ante el Pleno, al procedimiento principal. A este expediente 319/92, se le puso fin mediante la resolución del Pleno del Tribunal de Defensa de la Competencia de fecha 10 de junio de 1993.

SEGUNDO.- La sentencia objeto de este recurso de casación ha desestimado los recursos contencioso-administrativos interpuestos por la LNFP y la TA, declarando la conformidad con el ordenamiento jurídico de la resolución del TDC de 10 de junio de 1993. Dicha sentencia, en lo que aquí interesa, tiene la siguiente estructura:

1º) En el fº.jº.1º resume los pronunciamientos de la resolución del TDC y las pretensiones deducidas por LNFP y TA.

2º) En el fº.jº. 4º examina los requisitos que deben concurrir para entender que existe abuso de posición dominante, lo que, según el Tribunal "a quo", exige analizar sucesivamente. 1) la precisa determinación del mercado relevante; 2) la evidencia de que los operadores económicos implicados en la conducta examinada disponen de una posición de dominio en el mercado relevante previamente definido; y 3) la evidencia de que dichos operadores han abusado de su posición privilegiada en el mercado.

Respecto del mercado relevante, la sentencia considera correcto estimar como tal "el mercado de las retransmisiones por televisión de partidos de fútbol de equipos españoles, en competición nacional". Para llegar a tal conclusión, utiliza como criterio básico el de la sustituibilidad de los productos que integran ese mercado, rechazando el criterio propuesto por las demandantes, para quienes "además de los partidos de fútbol que se recogen en los contratos objeto del recurso, existen otros muchos partidos de fútbol que también pueden ser retransmitidos por las cadenas coadyuvantes". La sentencia, invocando la falta de concurrencia del criterio de sustituibilidad, no acepta que pueda considerarse como mercado relevante uno aún más amplio, el de la retransmisión por televisión de programas de entretenimiento. En relación con aquellos otros partidos de fútbol no recogidos en los contratos objeto del recurso (Liga Europea de Campeones, Copa de Europa de Campeones, Campeonato de Europa de Selecciones Nacionales, en diversas categorías, Campeonato Mundial de Fútbol, Torneos amistosos y de verano) la sentencia afirma que "dichos partidos no resisten el más mínimo análisis comparativo con los partidos de fútbol de la Liga Española en base al criterio de la sustituibilidad y del interés que despiertan en las audiencias televisivas". Y por lo que hace al mercado más amplio de las retransmisiones televisivas de programas de entretenimiento, la sentencia afirma que "es una ficción, que no exige mayor prueba, considerar que el interés que despierta el fútbol es comparable al que puedan despertar otros deportes minoritarios u otros espectáculos que también se pueden ofrecer a los espectadores, pero con un interés infinitamente menor: circo, teatro o variedades". Cierra la sentencia su razonamiento sobre este punto con la siguiente afirmación: "aunque la demanda de las TA insiste en la sustituibilidad de todo los deportes para definir el mercado relevante en atención a que todos los deportes de masas concitan una gran atención de público, no puede olvidarse que la Liga y la Copa de S.M. El Rey concitan ese interés pero de modo semanal, mientras que las Olimpiadas, los Mundiales de Fútbol o las carreras de Fórmula 1, concitan ese mismo interés pero de modo extraordinariamente más esporádico, por lo que su sustituibilidad no es comparable".

Las diversas pruebas que la sentencia dice haber valorado para entender acertada la determinación del mercado relevante propuesto han sido las siguientes: 1) dos informes de Ecotel, el primero sobre audiencia promedio de los partidos de fútbol de Liga y Copa nacionales y su comparación con la audiencia promedio nacional, y el segundo sobre el notablemente superior interés que despiertan los partidos nacionales de fútbol respecto de los partidos internacionales; 2) la certificación emitida por Canal Plus sobre relación de altas y bajas de abonados, con el contenido que la sentencia detalla, que no es necesario reproducir, acreditativo de que Canal Plus, al conseguir la retransmisión en directo de un partido de fútbol cada semana, al propio tiempo consiguió un nivel de contratación muy superior al que venía teniendo antes de poder ofrecer a sus clientes esa retransmisión semanal; y 3) el informe del IMA que ofrece datos indicadores de que la retransmisión del fútbol nacional no es sustituible a los efectos de la determinación del mercado relevante, datos sobre: a) las diferencias porcentuales entre los aficionados que ven siempre o casi siempre el fútbol y los que ven en las mismas condiciones otros deportes como ciclismo, baloncesto o atletismo; b) la opinión muy favorable de los ciudadanos sobre la suficiencia de la programación deportiva de las cadenas de televisión beneficiadas por los contratos objeto de este recurso, en comparación con las

excluidas; y c) el aumento notable de la audiencia televisiva que se produce los sábados en los horarios de retransmisión de partidos, así como la comparación de la audiencia de las TA -en esos días y horarios- que es mucho mayor que la de Antena 3 y Telecinco.

Determinado el mercado relevante a partir de los presupuestos de hecho ofrecidos por los diversos medios probatorios que la sentencia ha ponderado, aborda a continuación el examen de la posición de dominio de la LNFP, con origen en la Disposición Transitoria Tercera de la Ley 10/1990, de 15 de octubre, del Deporte, que, en lo que aquí interesa, ya ha quedado transcrito.

Partiendo de esta Disposición, la sentencia recurrida afirma: "no hay duda de que el mayor porcentaje de los derechos de imagen que integran el mercado relevante está en poder de la LNFP". Y como no podía omitir el hecho cierto de que TVE detenta los derechos televisivos correspondientes al Mundial de Fútbol, Liga Europea de Campeones, Recopa y Copa de Europa de Selecciones Nacionales, a continuación añade que estos "son de enorme trascendencia en lo que se refiere al nivel de audiencia que alcanzan, sobre todo en los que interviene la Selección Española, pero dado que la periodicidad de su celebración es muy larga en la mayoría de los casos, no impiden que la LNFP disponga de posición de dominio en el mercado relevante".

Dice también la sentencia, que lo que se sanciona en la resolución recurrida no es la posición de dominio, que, cuando está atribuida por Ley, no puede ser objeto de controversia, ni la exclusiva de los derechos televisivos, sino el abuso de aquella posición de dominio. Por ello a continuación concreta en qué radica tal abuso. En el abuso, dice, se ha incurrido "al disponer de los derechos de televisión de modo que se perjudica a los derechos de unas empresas en beneficio de otras, ocasionando una distorsión del mercado". Tal es, añade, lo acontecido en nuestro caso, en el que "se priva a algunas cadenas de televisión de la posibilidad de emitir los partidos de fútbol que más interés suscitan en la audiencia", con lo que "se les está privando de una fuente sustancial de ingresos por publicidad", completado el argumento con la constatación de un hecho (en el expediente administrativo lucen las cantidades percibidas por ingresos de publicidad por los diversos canales de televisión y, en algunos casos, llega ser la mitad de su presupuesto total) y con una inferencia basada en ese hecho: "el perjuicio producido a Antena 3 y Telecinco al privárseles, además en sus primeros años de funcionamiento, de los ingresos procedentes del fútbol". Invoca la sentencia en apoyo de esta tesis nuestras SSTs de 18 de diciembre de 1996 (caso SGAE) y de 16 de febrero de 1998 (caso Adeslas).

3º) En el fº.º 5º se refiere la sentencia a la infracción tipificada en el art. 1.1 de la LDC. Para decidir si los hechos probados constituyen las conductas prohibidas imputadas considera procedente examinar en conjunto los tres contratos celebrados (de 20 de julio de 1989, 1 de agosto de 1989 y 6 de julio de 1990). La tesis que aquí acoge la sentencia es resumida en los siguientes términos: "la situación de los derechos de retransmisión por televisión del fútbol profesional que resulta de los contratos a que nos hemos referido es claramente contraria a los principios inspiradores de la libre competencia y, además, encuentra claro encuadre en lo previsto en el art. 1.1 de la Ley 16/1989; dicha contradicción resulta de la conjunción de dos elementos fundamentales: la naturaleza del objeto que está en la base de los contratos objeto de controversia; y la forma y las condiciones en que, en este caso concreto, se produjo la adjudicación en exclusiva de los derechos relativos al fútbol televisado, ocasionando de hecho el cierre del mercado para los que quedaron fuera de los contratos celebrados".

Respecto de la naturaleza del objeto, hay en la sentencia estos tres pronunciamientos relevantes: 1º) "En atención a la importancia del fútbol para una televisión comercial... y en atención al especial interés que despiertan en los ciudadanos las retransmisiones televisivas de los partidos objeto de los contratos, no pueden concederse, en la forma en que se ha hecho, derechos exclusivos sobre las imágenes de dichos partidos. La LNFP tenía, como titular de dichos derechos televisivos, la obligación de abrir el mercado y no conceder derechos exclusivos absolutos que conllevan, como inevitable efecto, la expulsión del mercado de otros operadores interesados". 2º) "La peculiar naturaleza de los derechos televisivos sobre los partidos de fútbol que integran el mercado relevante y su innegable vinculación con el derecho a recibir información recogido en el art. 20.1.d) de la Constitución... obligaba a la LNFP a administrar con especial prudencia los derechos generados por las retransmisiones por televisión, que la Disposición Transitoria Tercera de la Ley del Deporte (Ley 10/1990) le atribuía en exclusiva". Y 3º) "En el caso que nos ocupa, la cesión conlleva la exclusiva sobre un bien de importancia vital para la economía y la estrategia comercial de las televisiones, por lo que su concesión debe estar sometida a límites con una sola exigencia básica, que no se excluya totalmente a ningún operador del mercado relevante".

Con lo anterior considera la sentencia que sería suficiente para afirmar que los contratos celebrados eran contrarios al art. 1.1 de la LDP. Mas para reafirmar tal conclusión acude a continuación al examen de

las condiciones en que la adjudicación se ha producido, ponderando de modo específico: a) la fecha en que se realizó el concurso de adjudicación (junio de 1989) "cuando la adjudicación de los tres canales de televisión privada se produce el día 25 de agosto de 1989, es decir, escasamente dos meses después del concurso y un mes después de la resolución del concurso", lo que dificultó notablemente la participación de aquellos tres canales por las razones que también la sentencia expone; b) la duración de los contratos, observando que "ocho años son muchos para un mercado con una movilidad continua como es el del mercado de las comunicaciones donde las novedades técnicas hacen antigua con prontitud cualquier oferta que se realice"; c) el amplio contenido material de los contratos (todos los derechos televisivos cuya titularidad ostenta la LNFP) que la sentencia sólo se explica por el propósito de "evitar que las televisiones que quedan fuera del contrato puedan acceder a derechos televisivos de verdadero interés comercial"; d) la inclusión en los contratos de los derechos de tanteo, retracto y contratación preferente a favor de las TA; y e) la imposibilidad derivada de aquellos acuerdos de que las televisiones excluidas pudieran emitir no sólo partidos, sino tampoco resúmenes de los partidos (por las razones que igualmente se detallan). Concluye así la sentencia: "Lo que hace que esta adjudicación en exclusiva sea contraria a la libre competencia es que se realiza en unas condiciones en que, prevaleciendo de la posición de dominio que se ostenta en el mercado relevante, se imposibilita el acceso de los posibles competidores, produciéndose, de facto, un cierre del mercado para unos operadores a los que se les debía haber permitido participar en dicho mercado".

4º) Los f.º-j.º 6º, 7º y 8º están dedicados respectivamente: 1) a justificar la conclusión alcanzada a partir de la prueba de presunciones, tomando como indicios probados los que acabamos de exponer sobre fecha del concurso, duración de los acuerdos, contenido material, reconocimiento de los derechos de tanteo y retracto e imposibilidad de las cadenas excluidas de acceso a resúmenes de jornadas futbolísticas, de los que desprende, examinados en su conjunto, esta conclusión: "lo que se pretendía era cerrar el mercado para alterar las normas de la libre competencia de los operadores que actúan en el mercado relevante"; 2) a mantener el carácter no excesivo de la sanción de multa impuesta a la LNFP y la inexistencia de desviación de poder; y 3) a razonar la improcedencia de la concesión de las autorizaciones singulares solicitadas al amparo del art. 3 de la LDC.

Resumido el contenido sustancial de la sentencia, pasamos al examen de los dos recursos de casación interpuestos contra la misma.

TERCERO.-

1.- En el primer motivo, invocado al amparo del art. 95.1.4º de la L.J., la LNFP mantiene que la sentencia ha vulnerado el art. 62.a) de la LRJPC, en relación con los arts. 40.3 de la LDC y 85.3 de la LRJPC. Alega que el TDC admitió extemporánea e irregularmente el informe del IMA, lesionando así el contenido esencial del principio de contradicción que, al igual que en el proceso penal, rige en todo procedimiento administrativo sancionador. Considera que la incorporación del informe del expediente administrativo se produjo con secretismo y que la sentencia, por imperativo del art. 62.a) de la Ley 30/1992, debió invalidar la resolución del TDC que en dicho informe se basa, informe del que no se dio traslado a los denunciados en el expediente administrativo y que ha tenido una influencia relevante en la resolución administrativa que, indebidamente, la sentencia considera conforme a Derecho.

2.- Las partes personadas como recurridas se oponen a la estimación de este motivo. Según el Abogado del Estado, el pretendido defecto procedimental y la supuesta indefensión, que rechaza, han quedado subsanados y corregidos mediante la sustanciación del recurso contencioso-administrativo, en el que los demandantes han podido alegar y probar cuanto a su derecho ha convenido. La representación procesal de Antena 3 destaca que, de acuerdo con el art. 42.1 de la LDC, el Tribunal, después incluso de la vista (o transcurrido el plazo de formalización de conclusiones) y antes de dictar resolución, puede acordar, para mejor proveer, cualquier diligencia de prueba; que dicho Tribunal dio traslado del informe a los denunciados antes de la vista, en la que aquéllos pudieron formular las alegaciones que reputaron procedentes; que en la fase de prueba del proceso contencioso-administrativo los demandantes han podido proponer y practicar pruebas que contradijeran el contenido del informe, lo que no han hecho; y que el TDC no sólo ha ponderado aquella prueba sino el conjunto de todas las practicadas. Telecinco viene a coincidir en lo sustancial con las resumidas alegaciones de oposición anteriores, poniendo especial énfasis: en la inexistencia de indefensión, en la imposibilidad de invocar el desconocimiento del informe, ya que los demandantes lo tuvieron accesible, de suerte que si no lo conocieron fue debido a su propia falta de diligencia; y en la no determinante influencia del informe en la resolución del TDC, que también ha tenido en cuenta otros elementos de prueba.

3.- El motivo debe ser desestimado. El informe del IMA estuvo a disposición de los denunciados en la

fase de vista ante el TDC. Ya entonces pudieron alegar contradictoriamente. El proceso en la instancia fue recibido a prueba, fase en la que el principio de contradicción se desarrolló en toda su plenitud, sin que los demandantes propusieran medio alguno que demostrase el error de las conclusiones de tan referido informe, el cual fue sólo una de las pruebas, no la única, que primero el TDC y después la Sala de la Audiencia Nacional ponderaron y de las que extrajeron las conclusiones fácticas sobre las que elaboraron sus respectivas calificaciones jurídicas y pronunciamientos. Carece de sentido considerar extemporánea, irregular o secreta la incorporación del informe del expediente administrativo. En definitiva, no es apreciable que los demandantes hayan sufrido indefensión alguna, ni que haya sido lesionado su derecho a una defensa contradictoria, ni que se haya vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva, que han podido ejercer y de hecho han ejercido plenamente.

CUARTO.-

1.-El segundo motivo del recurso de casación de la LNFP se ampara en el art. 95.1.3º de la L.J. y se funda en la vulneración de las normas reguladoras de la sentencia. En su desarrollo, se alega la errónea motivación de la sentencia, que, al proceder a la delimitación del mercado relevante, se basa en las conclusiones de un informe -el del IMA- sin valor probatorio. Sostiene que la sentencia ignora la falta de valor probatorio que la jurisprudencia dispensa a los informes sin las garantías propias de la prueba pericial, invocando a este propósito el ATS de 19 de enero de 1998. Rechaza las conclusiones a que el informe llega, y que la sentencia acepta, sobre el criterio de la sustituibilidad del producto. Y defiende que el TDC se ha apartado de sus propios precedentes y de los precedentes comunitarios sobre el mercado de difusión por televisión.

2.- El Abogado del Estado opone que se discute una cuestión de hecho: la determinación de lo que es mercado relevante a efectos de apreciar si ha habido abuso de posición de dominio dentro del mismo. Alega que la sentencia ha expuesto las razones por las que acepta una determinada consideración de dicho mercado en la retransmisión televisiva de partidos de fútbol, y concluye afirmando que la sentencia contiene motivación suficiente. Antena 3 argumenta que la delimitación del mercado relevante sólo es revisable en casación si se hubieran impugnado los hechos probados en que se ha fundado la apreciación, destacando que tanto el TDC como la Sala de la Audiencia Nacional han apreciado la insustituibilidad (es decir, la superioridad que despierta la retransmisión televisiva de los partidos de fútbol de equipos nacionales en competición nacional respecto de los demás programas de televisión con otros contenidos distintos) no sólo a partir de los datos ofrecidos por el informe del IMA sino también de otras pruebas (los dos informes de Ecotel y la certificación de Canal Plus), debiendo prevalecer, afirma, la valoración de la prueba en su conjunto realizada por la Sala, no siendo posible introducir como motivo fundante del recurso de casación el posible error en la apreciación de la prueba. Telecinco se refiere también a este último razonamiento, destacando que la LNFP no ha precisado las concretas normas sobre la prueba que considere infringidas por la sentencia.

3.- No ha lugar a acoger el motivo. El art. 95.1.3 de la L.J. exige que el recurrente concrete cuáles sean las normas reguladoras de la sentencia que la impugnada infrinja. Esta carga procesal no ha sido observada por la LNFP. Parece que se quiere referir no a las normas reguladoras de la sentencia sino a las que rigen los actos y garantías procesales en relación con la proposición y práctica de la prueba pericial. Pero la omisión no puede ser suplida por este Tribunal. En todo caso, la desestimación del motivo, además de por estas razones formales, procede porque la apreciación del mercado relevante no sólo ha tomado en consideración los datos de hecho ofrecidos por tal informe, sino por el conjunto de los ofrecidos por todas las pruebas a que ya nos hemos referido y porque habiendo estado dicho informe a disposición de los demandantes, no han logrado llevar al proceso prueba que desautorice sus conclusiones, frente a las cuales aquellos se limitan a oponer otros posibles contenidos del mercado relevante, contenidos alternativos que la sentencia examina y razonadamente rechaza.

QUINTO.-

1.- En el motivo tercero de la LNFP, acogido al art. 95.1.4º de la L.J., se mantiene que la sentencia ha vulnerado los arts. 24 de la CE y 137 de la LRJPC, lesionando el derecho a la presunción de inocencia. Invocando los arts. 130 y 137 de la LRJPC y la jurisprudencia sobre las exigencias del principio de culpabilidad en el procedimiento administrativo sancionador, afirma la recurrente que ha sido impuesta una sanción sin prueba de cargo suficiente sobre su culpabilidad y que la sentencia sólo se basa en una prueba indiciaria, en tanto que la jurisprudencia exige una prueba concluyente, añadiendo a continuación que el TDC no ha probado que la LNFP tuviera la iniciativa de los acuerdos con las TA y Canal Plus, y que la carga de la prueba de la culpabilidad recaía sobre el TDC. Formula asimismo varias alegaciones que tienen como denominador común la idea de que la LNFP no es responsable de haber cerrado el mercado ni tampoco de

que Telecinco no llegara a un acuerdo con las TA.

2.- Al Abogado del Estado le resulta evidente la culpabilidad de la LNFP porque dicha entidad firmó los contratos y concedió derechos, de los que disponía total y exclusivamente, que supusieron la expulsión del mercado relevante a algunos operadores, con cierre definitivo del mercado, sin que desde entonces existiera posibilidad de competencia. Subraya Antena 3 que la responsabilidad exigida no sólo es por abuso de posición dominante sino también por la comisión de las conductas tipificadas en el art. 1.1 de la LTC, que el conocimiento del efecto restrictivo respecto de los restantes competidores fue admitido inicialmente por los firmantes de los acuerdos, como lo prueban los expedientes de autorización individual de cada uno de los contratos suscritos, que la prueba irrefutable de la culpabilidad la constituyen los propios contratos, y que, conforme al art. 10 de la LDC, la responsabilidad por infringir lo dispuesto en los arts. 1 y 6 de la LDC puede ser por actuar deliberadamente o por negligencia. Telecinco opone que, acreditada una posición dominante y la explotación abusiva de la misma, no es preciso ahondar en los motivos, que es bastante que la conducta sea considerada negligente, y que queda acreditada la culpabilidad sobre la base de los elementos de hecho probados (fecha del concurso, el hecho de que se hiciese a pesar de no ser necesario, el hecho de que se permitiese la novación a ocho años sin que fuese obligatorio y sin nuevo concurso para esas temporadas, el hecho de que se cediesen de forma exclusiva y excluyente todos los derechos, el hecho de que se cediese la exclusiva de los resúmenes y de cualquier imagen despojando al resto de las televisiones de su derecho a la información).

3.- No ha lugar a acoger el motivo. Habiendo quedado probados los hechos recogidos en el fº.º.1º de esta sentencia la responsabilidad de la LNFP se ofrece manifiesta y basada en un conjunto de pruebas que ahora no pueden ser puestas en cuestión. Sin la intervención protagonista de la LNFP -en su condición de titular "ex lege" de los derechos cedidos en exclusiva, con exclusión de los operadores denunciante- los acuerdos no habrían podido formalizarse ni consumarse el abuso de su posición dominante. La previsión de que tales acuerdos iba a producir el cierre de ese mercado relevante y, con ello, la exclusión de los competidores, se muestra por completo exigible. Tiene razón Antena 3 cuando afirma que la prueba irrefutable de la culpabilidad está cabalmente en los contratos que se firmaron, no siendo necesario además añadir quien tuvo de hecho la iniciativa de su firma, toda vez que, cualquiera que la tuviera, lo cierto es que la participación libre y voluntaria de la LNFP no puede dudarse. Afirmada la culpabilidad, no resulta preciso proceder a una valoración moral de las conductas. Como hemos dicho recientemente (STS de 8 de mayo de 2003, RC 4495/1998) "la conducta a calificar debe valorarse de forma objetiva, de suerte que su carácter abusivo deberá desprenderse de sus rasgos económicos, sin depender, por tanto, de cuál sea su valoración moral o la intención de su autor, aunque esto no permita, sin embargo, prescindir del necesario elemento de la culpabilidad si a la conducta pretende anudarse un efecto sancionador en sentido estricto". En esta misma sentencia hemos dicho que "sobre las empresas en posición de dominio pesa una especial responsabilidad y un deber de mayor diligencia que los que son predicables del empresario sujeto al control natural de una competencia suficiente, debido al especial perjuicio que pueden causar sus actividades a la competencia en general y al interés de sus competidores, en particular". La exigencia de este "deber de mayor diligencia" a la LNFP se muestra incuestionable.

SEXTO.-

1.- El motivo cuarto del recurso de la LNFP, que ha de entenderse referido al pronunciamiento de la sentencia en que se declara conforme con el ordenamiento jurídico el apartado nº 8 de la resolución del TDC (en el que se impone a dicha entidad la multa de 147.500.000 pts.) se ampara en el art. 95.1.4º de la L.J. y en él se denuncia la infracción del art. 131 de la LRJPC, esto es, la vulneración de los principios de proporcionalidad y equidad en que aquella resolución habría incurrido al rechazar la anulación de la sanción así como la reducción de su importe, pretensión esta última incluida con carácter subsidiario en su escrito de demanda. En defensa de esta tesis central, expone la recurrente: a) que la sentencia no ha tenido en cuenta la actitud de la LNFP antes y durante la tramitación del expediente administrativo, destacando en tal sentido la invitación dirigida a Antena 3 a participar en el concurso, el reconocimiento que el propio TDC hace respecto de la no intención de la LNFP de cerrar el mercado a las nuevas cadenas privadas de emisión libre y el también reconocimiento por la sentencia de que la finalidad última de la LNFP era la de favorecer la competición deportiva mediante el saneamiento de los clubes de fútbol garantizando su supervivencia, circunstancias todas ellas que la sentencia debió tener en cuenta, toda vez que el art. 131 de la LRJPC ordena que "en la imposición de sanciones por las Administraciones Públicas se deberá guardar la debida adecuación entre la gravedad del hecho constitutivo de la infracción y la sanción aplicada, considerándose especialmente, para la graduación de la sanción a aplicar (entre otros criterios), la existencia de "intencionalidad"; b) la complejidad y novedad del expediente, la nula evidencia de las infracciones reprochadas por el TDC y la relatividad de los perjuicios expresados en la resolución, siendo un hecho que la LNFP, en 1990, vendió los derechos de los que era titular de la manera que siempre se habían

vendido; y c) las actitudes más ponderadas de la Comisión Europea en este tipo de supuestos y del propio TDC en éste y otros expedientes.

2.- La sentencia ha examinado todas estas cuestiones, que ahora se reiteran de nuevo. Ha dicho el Tribunal "a quo": que la actitud de la LNFP es la exigible a cualquier administrado; que no se ha acreditado la igualdad del término de comparación con otros expedientes tramitados en la Comisión Europea y por el propio TDC; y que la resolución del TDC justifica extensamente la necesidad de la imposición de la multa basándose, sobre todo, en el efecto impeditivo de la competencia de los contratos celebrados sin que exista justificación para ello, motivando también cumplidamente la cuantía de la multa en atención al efecto producido de restricción del mercado, sin olvidar, a efectos moderadores, la finalidad última de la actuación de la LNFP, que no era otra que la de favorecer la competencia deportiva mediante el saneamiento de los clubes de fútbol garantizando su supervivencia. Además la sentencia razona (en los párrafos penúltimo y último de su fº.jº.8º) por qué no cabe invocar como razón exculpatoria de la responsabilidad que el TDC establece y la sentencia confirma que la finalidad última que movía a la LNFP era la salvación económica del fútbol profesional. La sentencia en este punto dice así: "la existencia del Plan de Saneamiento no puede justificar que organice un entramado contractual tendente a obtener sustanciosos beneficios de la explotación de la imagen televisada del fútbol profesional aún a costa de alterar la libre competencia con el perjuicio que ello supone tanto para la economía nacional como para los intereses de alguno de los intervinientes en dicho mercado"; y añade: "la necesidad de conseguir fondos para atender las obligaciones económicas que dicho Plan de Saneamiento imponía a la LNFP no puede justificar que se obre de cualquier modo en la adjudicación de los derechos de televisión; por ello, la prueba practicada en el ramo de las Televisiones Autonómicas, tendente a acreditar el importe de las deudas de seguridad social y tributarias asumidas por la LNFP en el seno del Plan de Saneamiento, no se considera relevante para justificar las conductas que sanciona la resolución recurrida. La salvación económica de los clubes de fútbol y su adecuación a las normas recogidas en la Ley del Deporte de 1990 no es motivo suficiente para infringir la Ley de Defensa de la Competencia".

3.- El Abogado del Estado rechaza que la sentencia haya vulnerado el art. 131 de la LRJPC y destaca que la actitud de colaboración que la recurrente alega se refiere a la observada una vez iniciado el procedimiento administrativo en su contra. Antena 3 expone que, de acuerdo con el art. 10.2 de la LDC, la cuantía de la sanción se fijará atendiendo a la importancia de la infracción y teniendo en cuenta la modalidad y alcance de la restricción de la competencia, la dimensión del mercado afectado, la cuota de mercado de la empresa correspondiente, el efecto de la restricción de la competencia sobre los competidores efectivos o potenciales, sobre otras partes en el proceso económico y sobre los consumidores y usuarios, la duración de la restricción de la competencia y la reiteración en la realización de las conductas prohibidas. Según Antena 3, la sanción ha sido impuesta teniendo en cuenta estos parámetros legales. Telecinco destaca que las razones de nuevo invocadas por la LNFP ya fueron examinadas y rechazadas por la sentencia y recuerda el contenido del art. 6 del C.C.

4.- No ha lugar al motivo. Dice el art. 10.1 de la LDC que el Tribunal podrá imponer a los agentes económicos, empresas, asociaciones, uniones o agrupaciones de aquéllas, que, deliberadamente o por negligencia, infrinjan lo dispuesto en los arts. 1 y 6 (aquí aplicables), multas de hasta 150.000.000 pts., cuantía que podrá ser incrementada hasta el 10% del volumen de ventas correspondiente al ejercicio económico inmediato anterior a la resolución del Tribunal. En los apartados a) a f) del art. 10.2 se determinan los criterios a tener en cuenta para establecer la cuantía de las sanciones. La sanción impuesta por el TDC está por debajo del límite superior que la Ley permite. En su cuantificación se ha tenido en consideración, a efectos moderadores, cuál era la finalidad última de la actuación de la LNFP: favorecer la competición deportiva mediante el saneamiento de los clubes de fútbol garantizando su supervivencia. Así lo reconoce la propia sentencia en párrafo que ya hemos transcrito. Si con arreglo al art. 131 de la LRJPC uno de los principales criterios para graduar la sanción es la existencia de intencionalidad, también hemos dicho que sin la participación activa y protagonista de la LNFP los acuerdos no podrían haber sido formalizados. La recurrente no ha ofrecido en este recurso de casación razón alguna que ponga de manifiesto que la sentencia haya infringido el principio de proporcionalidad. En realidad se ha limitado a reiterar lo que ya expuso ante el Tribunal "a quo" y éste desestimó razonadamente. La Sala de la Audiencia Nacional -y antes el TDC- ha tenido en cuenta, además de aquella circunstancia moderadora (la finalidad última), las circunstancias a que se refiere el art. 10.2, todas ellas relacionadas con hechos sobre cuya realidad no hay duda alguna, como son las siguientes: a) la duración de la restricción de la competencia prevista en los contratos (ocho años) con la posibilidad de prolongarse en el tiempo por los tanteos establecidos; b) el carácter absoluto de la cuota de mercado de la LNFP respecto a los derechos de emisión en el mercado relevante (incluía a todos los equipos de primera y segunda división); c) el efecto de total restricción de la competencia sobre los competidores efectivos o potenciales, pues se les impedía, en principio, la emisión incluso de resúmenes de partidos; d) el mercado afectado está demostrado que es uno

de los más importantes dentro de las emisiones de cualquier tipo de televisión. Por tanto, reducida nuestra intervención casacional al control de la legalidad de la sanción impuesta, no encontramos razones para dejar sin efecto ni para reducir el importe que ha considerado procedente la sentencia impugnada, que se ofrece ajustada a normas con rango de Ley reguladoras de la materia y a nuestra jurisprudencia, debiendo recordarse la STS de 6 de marzo de 2003 (R.C. 9710/1997) en la que hemos declarado que resulta inherente a toda decisión sancionadora en el ámbito de la defensa de la competencia "además de la finalidad estrictamente represiva, la de defender los intereses públicos concretados en el funcionamiento concurrencial del mercado, su transparencia y la defensa de los consumidores, incorporando a los instrumentos represivos elementos disuasorios de conductas futuras" y que "ha de tenerse en cuenta, además, como criterio rector para este tipo de valoraciones sobre la adecuación de las sanciones a la gravedad de los hechos, que la comisión de las infracciones anticoncurrenciales no debe resultar para el infractor más beneficiosa que el cumplimiento de las normas infringidas. Criterio que, aun no expresado literalmente en el artículo 10 de la Ley 16/1989, puede entenderse implícito en las letras a), c) y d) de su apartado 2, así como en la facultad de sobrepasar el límite sancionador de los 150 millones de pesetas hasta el diez por ciento del volumen de ventas de la empresa infractora (artículo 10 apartado uno)".

SÉPTIMO.-

1.- El motivo primero del recurso interpuesto por las TA se ampara en el art. 95.1.4º de la L.J y en él se denuncia que la sentencia ha infringido la doctrina y la jurisprudencia sobre valoración de la prueba de presunciones, inaplicando -dice- los arts. 1249 y 1253 C.C., pues estos preceptos establecen que "las presunciones no son admisibles sino cuando el hecho de que han de deducirse esté completamente acreditado" y que "entre el hecho demostrado y aquél que se trate de deducir hay un enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano", en tanto que la sentencia se basa en indicios que no lo son (niveles de audiencia, estacionalidad del Campeonato, fecha del concurso de adjudicación en relación con las condiciones de las nuevas cadenas privadas de televisión, duración de los contratos, reconocimiento de derechos de tanteo, imposibilidad de que las cadenas de televisión restantes puedan gozar de resúmenes de los partidos), más aún, en conjeturas, vulnerando así la jurisprudencia que rechaza la simple sospecha (entre otras, las SSTS de 5 y 30 de diciembre de 1975, 20 de marzo de 1979, 2 de julio de 1980, 18 de febrero de 1987), especialmente en el ámbito del derecho administrativo sancionador, en el que rige el principio de la presunción de inocencia (SSTS de 16 de febrero de 1982 y 23 de octubre de 1997, y las SSTC 197/1995, 55/1996, 156/196, 34/1997, entre otras). Reprocha pues a la resolución impugnada que se acoja -dice- "casi con carácter exclusivo a la prueba indiciaria tanto para definir el mercado relevante de producto como para apreciar las conductas teóricamente colusorias que inciden en supuestas prácticas prohibidas o en abuso de posición dominante. Partiendo de estas alegaciones introductorias, prosigue el motivo reiterando la equivocación en que han incurrido el TDC y la sentencia al fundar la definición del mercado relevante en los indicios a que antes nos hemos referido, cada uno de los cuales va examinando, para concluir afirmando que, en los cinco juicios de presunciones o indicios, o bien el hecho base de la presunción es erróneo, o bien de la presunción mayor no se deduce con un enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano la conclusión probatoria que la sentencia establece.

2.- Como anticipamos al resumir la estructura de la sentencia recurrida, el Tribunal de instancia se refiere a la prueba de presunciones en los siguientes términos: "[...] en una cuestión como la de la competencia, no cabe pensar en pruebas plenas, por lo que debemos actuar en base a presunciones; es decir, en base a los indicios mencionados en el párrafo anterior entendemos acreditada la finalidad de restringir el mercado que orientaba la actuación de las entidades que aparecen como recurrentes, y del resto de partes en los contratos. Muy retirada jurisprudencia del Tribunal Supremo, dictada precisamente en asuntos relativos a la defensa de la competencia, se pronuncia sobre la validez de la prueba de presunciones, recogiendo la doctrina del TC; así cabe citar la sentencias de 16 de febrero de 1995, 18 de diciembre de 1996 o la de 25 de febrero de 1998, esta última dictada en el recurso 6753/1992 que dice al respecto que <De la doctrina del TC contenida en reiteradas sentencias (174/85, 129/88) puede sentarse que el derecho a la presunción de inocencia no se opone a que la convicción judicial en un proceso pueda formarse sobre la base de una prueba indiciaria; pero para que esta prueba pueda desvirtuar dicha presunción debe satisfacer la siguientes exigencias constitucionales: los indicios han de estar planamente probados, no puede tratarse de meras sospechas, y se debe explicitar el razonamiento en virtud del cual, partiendo de los indicios probados, ha llegado a la conclusión de que el imputado realizó la conducta infractora>. En nuestro caso, del dato de la fecha del concurso, de la duración, del contenido material, del reconocimiento de los derechos de tanteo y retracto así como de la imposibilidad de que las Cadenas excluidas puedan gozar siquiera de resúmenes de las jornadas, obtenemos la conclusión de que lo que se pretendía era cerrar el mercado para alterar las normas de la libre competencia de los operadores que actúan en el mercado relevante. Quizá, cada uno de estos datos, por separado, no nos permitiría llegar a esta conclusión, pero, examinados en su conjunto, nos permiten llegar a la conclusión de la procedencia de

confirmar la resolución recurrida".

3.- El Abogado del Estado opone que la discrepancia sobre la valoración de los hechos queda fuera del recurso de casación, que no se explica en este motivo por qué la normas sobre la prueba de presunciones han sido infringidas y que, en el fondo, se quiere prescindir de hechos probados. Antena 3 recuerda que los ilícitos concurrenciales que se imputan se basan principalmente en criterios de resultado (que se produzca o pueda producir el impedir o falsear la competencia) y que, en este caso, no hay necesidad de concretar mayor prueba de cargo que vaya más allá de la demostración de la existencia de los acuerdos, de los firmantes de los mismos, de los efectos anticoncurrenciales que causaron y de la previsibilidad de dichos efectos. Destaca que los elementos que han tenido en consideración tanto el TDC como la sentencia de la A.N. para establecer el mercado relevante son el contenido y las conclusiones de los documentos a que varias veces nos hemos referido ya, los que, más que presunciones, ofrecen irrefutables pruebas acreditativas de ese mercado relevante, por diferenciado y de productos insustituibles. Telecinco mantiene que el motivo a que se opone intenta reinterpretar los hechos que fueron tenidos por indicios de las prácticas prohibidas sancionadas y sólo expresa la discrepancia de la recurrente con la apreciación de los hechos realizada por la Sala de instancia.

4.- El motivo no puede ser acogido. Además de las SSTS que la sentencia impugnada invoca, debemos recordar la STS de 5 de noviembre de 1997, en la que se reitera la doctrina que la sentencia recurrida acoge respecto de las exigencias constitucionales que ha de satisfacer la prueba de presunciones, añadiendo que si no concurren tales exigencias, ni la subsunción estaría fundada en Derecho, ni habría manera de determinar si el proceso deductivo es arbitrario, irracional o absurdo, es decir, si ha vulnerado el derecho a la presunción de inocencia al estimar que la actividad probatoria pueda entenderse de cargo. A ello debemos añadir que tal prueba carecería de virtualidad si no existe un enlace preciso y directo entre el hecho base y la consecuencia, si a aquel se ha podido llegar por otros cauces diferentes a ésta".

Dice cautelosamente el motivo al que damos respuesta que la resolución impugnada se acoge "casi con carácter exclusivo a la prueba indiciaria". Reconoce por tanto implícitamente que algunas de las pruebas no tienen ese carácter. Efectivamente, respecto de las conductas sancionadas por estar prohibidas por el art. 1.1 del LDC hay pruebas documentales irrefutables acreditativas de los pactos colusorios. La existencia de esta práctica prohibida está por tanto demostrada sin necesidad de acudir a presunción alguna. Cuando el Tribunal de instancia se refiere, en los términos que hemos transcrito, a la prueba de presunciones, se está refiriendo, principalmente, a las pruebas por medio de las cuales ha llegado a la definición del mercado relevante y, una vez delimitado éste, a la apreciación del abuso de posición de dominio, posición de dominio no necesitada de prueba alguna en este caso, pues está directamente atribuida por la LD. Así acotado el alcance de este motivo, nuestro control de legalidad debe reducirse a examinar no la prueba de los hechos base de las presunciones sino el razonamiento seguido hasta llegar a la conclusión alcanzada, comprobando si hay en ese razonamiento extremos contrarios al ordenamiento jurídico. Empecemos por justificar la primera parte de esta afirmación, esto es que no nos corresponde examinar la valoración de la prueba de los hechos. Esta Sala del T.S. ha declarado retiradamente (así, en las SSTS de 3 de febrero y 12 de marzo de 1999, 26 de enero, 4 y 14 de marzo de 2000, 26 de febrero de 2001 y 24 de junio y 1 de julio de 2002) que el recurso de casación es un recurso extraordinario cuya finalidad no es otra que la de depurar la aplicación del Derecho, tanto en el aspecto sustantivo como procesal, que haya realizado la sentencia de instancia contribuyendo con ello a la satisfacción de los principios de seguridad jurídica y de igualdad de la aplicación del ordenamiento jurídico mediante la doctrina que, de modo reiterado, establezca este Tribunal al interpretar la Ley, la costumbre y los principios generales del Derecho, conforme al art. 1.6 del C.C.. No es, pues, como tantas veces se ha dicho, un recurso ordinario, como el de apelación, que permite un nuevo y total examen del tema controvertido desde los puntos de vista fáctico y jurídico, sino un recurso que sólo indirectamente, a través del control de la aplicación del derecho que haya realizado el Tribunal "a quo", resuelve el caso controvertido". En parecidos términos se pronuncia el Tribunal de Justicia de las CE, cuya sentencia de 28 de mayo de 1998, recaída en el caso John Deere Ltd., declara que el control casacional es sólo respecto de los errores "in procedendo" o "in iudicando" pues el Tribunal de instancia es el único competente para determinar los hechos y para apreciarlos. Por tanto, procede afirmar, como hace el propio Tribunal de Justicia en la sentencia antes citada, que si a través de los motivos de casación se pretende obtener la revisión de la apreciación de los hechos realizada por el Tribunal de instancia, ha de señalarse que tal función excede de la competencia del Tribunal Supremo al que les corresponde el control sobre las calificaciones jurídicas y las consecuencias jurídicas deducidas por el Tribunal de instancia, debiendo rechazarse cualquier intento de convertir lo que es propio del control de legalidad en una revisión de la valoración de la prueba.

Partiendo de esta doctrina jurisprudencial abordamos la segunda parte del razonamiento. Pues bien, no apreciamos que la sentencia impugnada haya incurrido en las infracciones (de los preceptos del C.C.

antes citados y de la jurisprudencia invocada) que se denuncian. Inatacables en casación los hechos probados, el proceso deductivo a través del cual se delimita el mercado relevante, no se ofrece arbitrario, irracional o absurdo. A partir de tales hechos, era conforme con las reglas de la lógica deducir el carácter no sustituible del "mercado de las retransmisiones por televisión de partidos de fútbol de equipos nacionales, en competición nacional" y por tanto, a partir de ese criterio de no sustituibilidad, delimitar el mercado relevante. La posibilidad de inferir de aquellos hechos una concepción del mercado relevante como la que propone la recurrente (integrado por otros muchos partidos de fútbol o por la retransmisión por televisión de programas de entretenimiento) no sería una conclusión que tuviera un enlace preciso y directo con los hechos base que las pruebas acreditan. Concluyendo, el motivo no puede ser acogido porque la sentencia en la limitada parte en que acude a la prueba de previsiones, no ha vulnerado las normas ni la jurisprudencia citadas, antes al contrario contiene unos razonamientos conformes con unas y otra.

OCTAVO.-

1.- Denuncian las T.A. en el segundo motivo de casación, acogido al art. 95.1.4º de la L.J., la infracción de los arts. 1.1 y 6.1 de la LDC, en relación con los arts. 85.1 y 86 del Tratado de la Unión Europea, y de la jurisprudencia, tanto del T.S. como del Tribunal de Justicia de las CE, en relación a la definición del mercado relevante de producto respecto de los derechos de radiodifusión televisiva contemplados en los acuerdos entre la LNFP y las T.A.. En este motivo se sostiene que la definición de mercado relevante de producto constituye un concepto jurídico indeterminado, esencial en la tipificación de la infracción legal perseguida, que en virtud de los indicios erróneos denunciados en el motivo de casación precedente, la sentencia recurrida ha configurado de modo tan estrecho que en si misma la definición predetermina el fallo condenatorio. Sostienen las T.A. que "la mejor doctrina lleva a concluir que el mercado relevante de producto es aquel constituido por todas las retransmisiones de encuentros de fútbol por televisión, que incluyen todas las competiciones nacionales o internacionales susceptibles de ser objeto de retransmisión audiovisual". Reconoce la recurrente que el concepto mercado relevante de producto ha sido objeto de múltiples definiciones genéricas y propone "por puros efectos prácticos" que "quizás sea lo más procedente acogerse a la definición contenida en la sentencia Hoffmann-La Roche nº 102/77 de 1979, dictada por el T.J., en la que se considera que "el mercado de producto comprende la totalidad de los servicios que los consumidores consideran intercambiables o sustituibles en razón de su características, su precio o el uso que se prevea hacer de ellos". Sostiene que una definición incorrecta del mercado puede ser considerada como una falta de motivación del acto y por ello ser causa de anulación del mismo. Rechaza que la limitación del mercado relevante sea una cuestión de hecho cuya revisión escape a la naturaleza y fines del recurso de casación, y afirma que la definición de ese concepto es el resultado de un análisis jurídico realizado en base a datos de la experiencia y de la realidad sobre la que la norma jurídica despliega sus efectos, para completar aquello que la propia norma ha querido dejar a la determinación precisa en el momento de su aplicación, es decir que se trata del resultado de un proceso de integración jurídica de una norma completa y vigente, en nuestro caso los arts. 1 y 6 LDC y 85 y 86 del Tratado CEE. Acepta que la definición del mercado es un paso previo para estudiar la existencia o no de una posición dominante o para el análisis del poder en el mercado de los agentes económicos involucrados en un acuerdo restrictivo en el sentido de los arts. 1 de la LDC y 8 del Tratado CEE. Reprocha que la sentencia parta de una consideración excesivamente simplista y única de la determinación del mercado relevante, cual es el criterio de la sustituibilidad, manteniendo que si la sustituibilidad de la oferta consiste en la posibilidad que tienen los ofertantes de un producto o servicio de cambiar la estructura de esa oferta, ofreciendo productos y servicios que sean fácilmente admitidos por la demanda, como substitutivos de los anteriores, la respuesta en nuestro caso es totalmente positiva, por cuanto los sujetos activos de la competición futbolística, que pueden ser la LNFP, pero también los clubes de fútbol, la Real Federación Española de Fútbol, la misma UEFA o la FIFA, están en condiciones de ofrecer al espectador una pluralidad de encuentros de fútbol y de competiciones deportivas, como la experiencia ha demostrado.

2.- Según el Abogado del Estado, los argumentos del motivo sobre el desacierto de la sentencia al enjuiciar la sustituibilidad del producto, se refieren a cuestiones de hecho excluidas de la casación. Antena 3 alega que el motivo debe ser inadmitido porque no cabe la revisión de hechos probados. Recuerda que la resolución del TDC establece que la elección del mercado relevante de producto "debe basarse en la necesidad y el reparto del producto, la estrategia de las empresas implicadas y sus competidores, la naturaleza duradera o perecedera del producto y su disponibilidad en el tiempo, realizando un análisis dinámico SSTJCE 13-7-1966, (Consten Grundig); 25 de noviembre de 1971 (Begueling) y 21 de febrero de 1972 (Continental Can). Es preciso analizar su sustituibilidad sin gran dificultad, su diferenciación, su calidad, su precio. Debe definirse un mercado de producto en el que todos sus componentes sean en cierta medida sustituibles entre si. Teniendo en cuenta estos criterios, la decisión del Tribunal en cuanto a la delimitación del mercado de producto ha de basarse en el objeto y posibles efectos sobre la competencia de las prácticas combatidas, en el análisis de los comportamientos de los actores y su competidores y en las

pruebas aportadas a lo largo de todo el procedimiento por la instrucción, por las partes, y los obtenidos de oficio por el Tribunal". De acuerdo con tales criterios, sostiene también Antena 3 que el concepto jurídico mercado relevante de producto debe entenderse como aquel que comprende la totalidad de los servicios que los consumidores consideren intercambiables o sustituibles en razón de sus características, o el uso que se prevea hacer de ellos. Implica de hecho que pueda haber una competencia efectiva entre los productos que forman parte del mismo, y ello presupone que hay un grado suficiente de intercambiabilidad entre todos los productos que forman parte de un mismo mercado en la medida en que ello se refiera a un uso específico de tales productos. Concluye afirmando que la resolución del TDC y la sentencia a la hora de considerar si es posible la sustituibilidad sin gran dificultad, razonan acertadamente. Telecinco opone que no puede admitirse una nueva discusión sobre el mercado relevante de producto, cuestión de hecho no susceptible de casación. Resalta que cuando la recurrente explica su propia definición del mercado relevante no emplea interpretaciones jurídicas sino que vuelve a discutir los hechos tomado en cuenta, para determinar ese mercado relevante, lo cual es una cuestión de hecho.

3.- El motivo no puede ser acogido. Por de pronto, no podemos compartir que una motivación incorrecta -incorrecta sólo en el sentir de la recurrente- sea equivalente a una falta de motivación. La resolución del TDC que la sentencia declara conforme a Derecho se encuentra fundada en una sólida argumentación, que, ciertamente, las T.A. rechazan. Tienen razón las recurrentes cuando afirman que la definición del mercado relevante de producto no es sólo una cuestión de puro hecho, excluida de la casación, sino que, al constituir un concepto jurídico indeterminado, es posible el control judicial del proceso intelectual que ha llevado a cabo la Administración para concluir efectuando tal delimitación. Tienen razón porque, siendo la aplicación de conceptos jurídicos indeterminados un caso de aplicación e interpretación de la Ley que ha creado el concepto (en este caso, el art. 6 de la LDC) el Juez puede fiscalizar la aplicación siempre que se le facilite procesalmente el conjunto de hechos relevantes y las pruebas que puedan ser oportunas para realizar tal valoración, revisando la inicial aplicación del concepto jurídico indeterminado llevada a cabo por la Administración. En nuestro caso, es el conjunto probatorio que ha sido facilitado al Juez de instancia, quien, tras su valoración, ha concluido aceptando la delimitación del mercado relevante de producto realizada por el TDC. Con otras palabras, la Sala de la Audiencia Nacional (también esta Sala del Tribunal Supremo al efectuar el control de legalidad propio de la casación) ha estimado que la determinación de la zona de incertidumbre identificable en todo concepto jurídico indeterminado se ha producido, en este caso, en términos válidos, conformes con el ordenamiento jurídico, porque es la que se considera más legalmente adecuada para el cumplimiento de los fines que trata de satisfacer el art. 6 de la LDC (también el art. 86 del Tratado CE) cuando prohíbe el abuso de la posición dominante, lo que hace preciso (preciso para verificar si la prohibición ha sido o no respetada) delimitar previamente cuál sea el mercado relevante donde el abuso tiene lugar. Al ponderar el conjunto probatorio que la Administración ha reunido, más el llevado al proceso, la sentencia ha estimado razonable apreciar que los consumidores en España consideran insustituible la retransmisión televisiva de los partidos de fútbol de la Liga y Copa de Su Majestad El Rey y que no los consideran intercambiables por las retransmisiones de otros partidos de fútbol nacionales o internacionales susceptibles de ser retransmitidos por televisión. La recurrente, después de admitir que el concepto jurídico indeterminado ha sido objeto de múltiples definiciones genéricas, propone otra definición, distinta de la aceptada por la sentencia impugnada, "a los puros efectos prácticos". Pues bien, esa otra delimitación está carente del necesario fundamento, toda vez que los resistentes datos de la realidad, adecuadamente acreditados por un conjunto de pruebas heterogéneas, rechazan el criterio de sustituibilidad que la recurrente defiende. Y son esos datos de la realidad los que conducen a una respuesta negativa cuando se pretende sustituir la oferta de productos que la sentencia integra en el mercado relevante que en este caso se toma en cuenta por la de otros productos o servicios que las T.A. proponen como sustitutivos de aquellos.

NOVENO.-

1.- El tercer motivo de casación de las T.A. se ampara en el art. 95.1.4º de la L.J. y se funda en la infracción del art. 6 de la LDC, en relación con el art. 86 del Tratado CEE, y de la doctrina que establece los márgenes y naturaleza del abuso de posición dominante. Antes de continuar hay que destacar la precaria autonomía de este motivo, que la propia recurrente califica como "subsidiario del anterior o, por mejor decir, tributario del mismo, por cuanto su consideración y estimación debe partir de la delimitación antes referida del mercado relevante de producto". Sin embargo, no excusamos recoger los principales argumentos que la recurrente invoca. Partiendo de la delimitación del mercado relevante de producto que la recurrente propone en el anterior motivo (es decir, tomando como tal el mercado constituido por la totalidad potencial de las retransmisiones de fútbol por televisión de todos los campeonatos nacionales e internacionales) sostiene que no es posible considerar posición dominante conjunta ni la de la LNFP ni la de las cadenas de televisión autonómicas, dada la cuota de mercado cubierta por las retransmisiones objeto de controversia, la cual no es sino del 34'60% frente a la cuota del 39'56% de Televisión Española (TVE1 más TVE 2), y que tampoco

"es posible considerar que, aún admitiendo en abstracto la posición dominante de la LNFP, ésta haya podido abusar de la misma, por cuanto tanto su posición como titular de todos los derechos de retransmisión, cuanto la necesidad de su ejercicio y rentabilidad le vienen impuestas por las disposiciones legales establecidas en la Disposición Transitoria Tercera de la Ley 10/1990, como por las previsiones impuestas por el 2º Plan de Saneamiento del Fútbol Profesional. Procede a continuación la recurrente a criticar la sentencia en una doble dirección: en cuanto afirma una posición dominante conjunta de la LNFP y las TV, lo que rechaza que así sea, y en cuanto a la afirmación de la existencia de un abuso de posición dominante, lo que es, dice, resultado de una interpretación errónea de la Disposición Transitoria Tercera de la L.D.

2.- Según el Abogado del Estado, partiendo del concepto de mercado relevante que la sentencia acepta, no puede negarse que en ese mercado la LNFP tenía una posición de dominio absoluto. Antena 3 opone que este motivo debe ser inadmitido porque la declaración de abuso de posición dominante, conducta prohibida por los apartados 2 b) y 2c) del art. 6 de la LDC, sólo es imputada por la resolución del TDC y por la sentencia de la Audiencia Nacional a la LNFP, no a las T.A., y porque se basa en un mercado relevante ajeno al establecido por el TDC. Sin perjuicio de ello, expone a continuación razones para su desestimación, afirmando que, en la fecha de los hechos objeto de este proceso, la LNFP ostentaba una posición dominante dentro del mercado audiovisual de los derechos de retransmisión de fútbol, puesto que era la única y exclusiva titular de todos los derechos referentes a los partidos de la Liga y a los encuentros de la Copa del Rey, máximos acontecimientos nacionales del fútbol profesional. No considera aceptable la justificación expuesta por los recurrentes, acerca de que la cesión de derechos fuera la única solución para salvaguardar al telespectador de una avalancha de fútbol televisado. Y concluye exponiendo que "no está en juego otra cosa que la libre y efectiva competencia, valor preservado por el ordenamiento comunitario y nuestra Carta Magna que, como ya hemos manifestado, se ha conculcado en cuanto al procedimiento y fin de los acuerdos declarados ilícitos por la resolución recurrida que, aplicando impecablemente la Ley 16/1989 y el tratado de la CEE, es el resultado del debido ejercicio por el TDC de su función de garante del correcto funcionamiento del mercado". Telecinco reitera que el abuso de posición dominante se imputa sólo a la LNFP y afirma que ni la LNFP ni las T.A. se vieron forzadas a concluir los contratos como lo hicieron, configurándolos con un contenido revelador de una actuación consensuada encaminada a cerrar el mercado a los nuevos operadores privados en abierto.

3.- Varias razones hay para de entrada no dar lugar al motivo: 1) su configuración como tributario del anterior, de suerte que el decaimiento de aquél conlleva inexorablemente el que ahora examinamos, que sólo podría prosperar si hubiéramos aceptado la determinación del mercado relevante que las T.A. proponen. Habiéndolo rechazado, se viene abajo toda la construcción apoyada en ese presupuesto; 2) tanto la resolución del TDC como la sentencia impugnada imputan la conducta prohibida de los apartados 2.b) y 2.c) del art. 6 de la LDC exclusivamente a la LNFP, no a las T.A. y 3) en los fundamentos jurídicos tercero a sexto de esta sentencia hemos rechazado todos los motivos deducidos por la LNFP, lo que, congruentemente, implica que también proceda la desestimación del motivo ahora enjuiciado. Sin embargo, no está fuera de lugar recordar lo que esta Sala ha declarado recientemente (en la sentencia de 8 de mayo de 2003, R.C 4495/1998) sobre el abuso de posición dominante:

En el fº.jº 7º dijimos:

"A) Como es obvio, lo prohibido no es la posición de dominio, sino la explotación abusiva de esa posición.

B) Se contiene en él (se refiere al art. 6 LDC) una lista de comportamientos calificables como abusivos, pero tal lista no es exhaustiva, sino meramente ejemplificativa, que ilustra sobre el concepto de explotación abusiva pero no lo agota.

C) La explotación abusiva pasa, así, a ser la noción fundamental del precepto, el cual, sin embargo, no contiene, más allá de lo que aporta la citada lista, una definición de lo que debe entenderse por tal.

D) La explotación abusiva no es sólo una conducta prohibida, sino también una conducta "típica", que la Ley considera constitutiva de infracción administrativa, ligando a ella, por tanto, la posibilidad de la imposición de una sanción en sentido estricto (artículo 10 de la Ley 16/1989).

E) Por ello, al enjuiciar si una conducta es constitutiva de explotación abusiva, han de tenerse presentes los principios propios del derecho sancionador, en el sentido de exigencia de que tal calificación de la conducta pudiera ser predecible por su agente, de prohibición del uso de la analogía y de resolución a favor del imputado de las dudas razonables que no hayan podido ser despejadas.

F) Por fin, dada la similitud existente entre el artículo 82 (antiguo artículo 86) del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea y aquel artículo 6, que transcribe casi literalmente la norma de antiabuso comunitaria al Derecho de Defensa de la Competencia español, cabe tomar en consideración la doctrina comunitaria sobre el abuso de posición de dominio como instrumento auxiliar para la interpretación de nuestro Derecho interno (así lo entendió, también, el Tribunal de Defensa de la Competencia en su resolución de 2 de febrero de 1992, asunto A 36/92, Talleres Muñoz).

En el f.º.9º añadimos: "El estudio de los dos preceptos citados, así como de la jurisprudencia comunitaria [singularmente, la que resulta de las sentencias del TJCE de 21 de febrero de 1973 (Continental Can), 6 de marzo de 1974 (Comercial Solvens), 14 de febrero de 1978 (United Brands), 13 de febrero de 1979 (Hoffmann La Roche), 3 de julio de 1991 (AKZO) y 15 de diciembre de 1994 (DLG)], permite afirmar, como conclusión alcanzada en el debate de posturas discrepantes, que en aquéllos (y también en el de nuestro Derecho interno, pese a la existencia en éste de una singular normativa de defensa de los consumidores) se protege, tanto los intereses económicos -concurrentiales o extraconcurrentiales- de los clientes, proveedores y consumidores en general, como los intereses de los competidores. Velan por la salvaguarda de la competencia residual o potencial, y actúan, también, en defensa directa de consumidores, clientes y proveedores ante conductas que, aunque no afecten a la estructura competitiva, producen resultados lesivos con amparo en la falta o en la insuficiencia de una competencia efectiva".

En el f.º.10º se precisa: "Ahora bien, no toda restricción en la estructura competitiva del mercado hecha desde una posición de dominio merecerá ser calificada como explotación abusiva. Lo exige así la lógica de aquellos preceptos y del sistema económico en que se insertan, que ni prohíben la posición de dominio, ni pretenden obstaculizar, tampoco a las empresas dominantes, la consecución de una posible mayor eficiencia. Serán abusivas, pues, las restricciones de la competencia hechas desde una posición de dominio que no sean razonables por carecer de una justificación capaz de ser aceptada como tal por el ordenamiento jurídico-económico".

Del mismo modo, la lesión de los intereses económicos de clientes, proveedores y consumidores producida desde una posición de dominio requerirá, para ser calificada como explotación abusiva de dicha posición, un elemento de carencia de justificación, que cabrá ver allí donde el ejercicio por la empresa dominante de su especial libertad económica deje de acomodarse, sin razón reconocible como tal, al que llevaría a cabo en una situación de competencia efectiva".

Y en el f.º.12 concluíamos: "La explotación abusiva es, en fin, una modalidad singular del abuso de derecho; un tipo cualificado de éste, que con sustento en la privilegiada libertad económica de que goza la empresa dominante, sobrepasa los límites normales del ejercicio del derecho para obtener ventajas de las transacciones, carentes de justificación, que no habría podido obtener en caso de una competencia practicable y suficientemente eficaz, lesionando directamente los intereses de terceros o el interés general al que atiende el sistema de defensa de la competencia. Es, en suma, un ejercicio antisocial de la excepcional libertad económica que otorga una posición de dominio en el mercado".

Pues bien, cuantos requisitos vienen exigidos en esta sentencia para apreciar la existencia de un abuso de posición dominante están inequívocamente presentes en el caso enjuiciado, en el que, además, cabe destacar la especial responsabilidad y el deber de mayor diligencia que pesaba sobre la LNFP.

DÉCIMO.-

1.- En el cuarto motivo del recurso de las T.A., también acogido al art. 95.1.4º de la L.J., se imputa a la sentencia interpretación y aplicación errónea del art. 1 de la LDC, al considerar práctica concertada o acuerdo colusorio restrictivo de la competencia los contratos suscritos entre la LNFP y las T.A., acuerdos que, a juicio de la recurrente, encajan dentro de las exenciones o autorizaciones singulares reguladas en el art. 3 LDC, que en consecuencia ha quedado inaplicado, por cuanto los acuerdos: contribuyen a mejorar la producción y a fomentar el progreso técnico y económico; reservan a los consumidores una participación significativa del beneficio resultante, a través de los beneficios a la audiencia de televisión, y singularmente al aficionado al fútbol, por no hablar del beneficio general que para los consumidores españoles, aficionados o no al fútbol, reporta la cancelación de una deuda tributaria y social de 24.000.000 pts. que gravitaba sobre el erario público; tampoco imponen una restricción que no sean indispensables para la obtención de los resultados legítimos pretendidos; y finalmente tampoco eliminan la competencia totalmente en el mercado relevante, dado que de una parte se permite la apertura y sublicencia a otras cadenas de televisión, singularmente para la emisión de resúmenes de los partidos, quedando en poder de dicha competencia (especialmente RTVE, pero también Antena 3 Televisión S.A.) los derechos de retransmisión de los demás campeonatos de fútbol nacional e internacional.

2.- El Abogado del Estado opone que los consumidores y usuarios no participan de las ventajas derivadas de los acuerdos colusorios, que dichos contratos recogen condiciones incompatibles con la libre competencia en el mercado relevante de que se trata y que todos los acuerdos provocan la efectiva exclusión de las empresas ajenas a los acuerdos prohibidos. Antena 3 resalta que el argumento fundante de este motivo constituye una implícita aceptación de que los acuerdos están incluidos en el art. 1.1 de la LDC. Alega también que no se cumplen los requisitos que el art. 3 LDC exige para el otorgamiento de tales autorizaciones singulares, toda vez que los acuerdos incluyen plazos y contenidos incompatibles con la libre competencia, y que, al imponer limitaciones a la difusión transfronteriza de las imágenes de fútbol, la competencia para conceder aquellas autorizaciones correspondería a la Comisión Europea. Telecinco expone que los acuerdos han sido considerados contrarios al art. 1 de la LDC y también al art. 85.3 del Tratado CE, que el TDC no tiene competencia para otorgar una exención del art. 85.3, lo que corresponde a la Comisión a la que los interesados no se han dirigido, y que los acuerdos no reúnen las condiciones exigidas por el art. 3 de la LDC.

3.- No ha lugar al motivo. Llegados a este extremo, bastará con reproducir los argumentos de la sentencia impugnada (f.ºJº. 8º) que la Sala comparte y hace suyos: 1) respecto al contrato entre LNFP y las T.A., no era posible acceder a la autorización por aplicación de lo dispuesto en el art. 9 del Reglamento 17/62 del Consejo y ello porque dicho contrato impone limitaciones a la difusión transfronteriza de imágenes de fútbol por lo que la competente para conceder la autorización sería la propia Comisión, sin que los recurrentes viertan ningún argumento que contradiga dicha circunstancia; 2) no puede olvidarse que las autorizaciones previstas en el art. 3 de la LDC exigen que se cumplan los requisitos previstos en el primer párrafo de dicho artículo: a) que permita a los consumidores y usuarios participar de forma adecuada en su ventajas, circunstancia no acreditada por los solicitantes de las autorizaciones, sin que quepa tener por tales ventajas la mejora en el confort y seguridad de los estadios de fútbol que pudiera lograrse por el aumento de ingresos de los clubes derivados de la celebración de estos contratos; b) que no impongan a las empresas interesadas restricciones que no sean indispensables para la consecución de aquellos objetivos, habiéndose acreditado que los contratos celebrados recogen condiciones de plazo, contenido y condiciones que no son compatibles con la libre competencia, por lo que se han calificado como conductas prohibidas, cuya calificación impide la autorización singular; y c) que no consientan a las empresas la posibilidad de eliminar la competencia respecto de una parte sustancial de los productos o servicios, estando demostrado que la conducta concertada de todos los firmantes de los contratos tuvo como finalidad producir un cierre en el mercado televisivo para dos televisiones, por lo que no puede accederse a la autorización singular pues se estaría dando validez por la Administración a una conducta claramente lesiva para los intereses de la libre competencia.

UNDECIMO.- De acuerdo con el art. 102.3 de la L.J., al no estimarse procedente ningún motivo, declaramos no haber lugar al recurso con imposición de las costas a los recurrentes.

En atención a todo lo impuesto, en nombre de Su Majestad El Rey,

FALLAMOS

No ha lugar a los recursos de casación interpuestos por las representaciones procesales de la LIGA NACIONAL DE FÚTBOL PROFESIONAL y de CANAL SUR DE TELEVISIÓN S.A., TELEVISIÓN DE CATALUNYA, S.A., TELEVISIÓN AUTONÓMICA DE MADRID, S.A., TELEVISIÓN AUTONÓMICA VALENCIANA, S.A., TELEVISIÓN DE GALICIA, S.A. Y EUSKAL TELEBISTA-TELEVISIÓN VASCA, S.A., contra la sentencia de 17 de julio de 1998 dictada en el recurso contencioso-administrativo nº 1624/1993 por la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional. Con imposición de las costas a los recurrentes.

Así por esta nuestra sentencia, que deberá insertarse por el Consejo General del Poder Judicial en la publicación oficial de jurisprudencia de este Tribunal Supremo, definitivamente juzgando, , lo pronunciamos, mandamos y firmamos .- Fernando Ledesma Bartret.- Óscar González González.- Manuel Campos Sánchez-Bordona.- Francisco Trujillo Mamely.- Eduardo Espín Templado.- Fernando Cid Fontán.- Rubricado.- PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia en el mismo día de su fecha por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. FERNANDO LEDESMA BARTRET, estando constituida la Sala en audiencia pública de lo que, como Secretario, certifico.- Secretario de la Sección Tercera-Sala Tercera del Tribunal Supremo.- Rubricado.-