

Id. Cendoj: 28079130032012100318
Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso
Sede: Madrid
Sección: 3
Nº de Resolución:
Fecha de Resolución: 12/06/2012
Nº de Recurso: 2069/2009
Jurisdicción: Contencioso
Ponente: EDUARDO ESPIN TEMPLADO
Procedimiento: CONTENCIOSO
Tipo de Resolución: Sentencia

Idioma:

Español

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo

Contencioso-Administrativo

Sección: TERCERA

SENTENCIA

Fecha de Sentencia: 12/06/2012

RECURSO CASACION

Recurso Núm.: 2069 / 2009

Fallo/Acuerdo: Sentencia Desestimatoria

Votación: 29/05/2012

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

Ponente: Excmo. Sr. D. Eduardo Espín Templado

Secretaría de Sala : Sección 003

María Josefa Oliver Sánchez

Escrito por: PJM

Nota:

DEFENSA DE LA COMPETENCIA: ARCHIVO DE DENUNCIA DE TELECINCO CONTRA SOGECABLE Y LA SEXTA POR ACUERDOS PARA ADQUIRIR Y EXPLOTAR LOS DERECHOS DE EMISIÓN TELEVISIVA EN ESPAÑA DEL MUNDIAL DE ALEMANIA 2006 (expte. r 709/06 del TDC; 2717/06 del SDC).

RECURSO CASACION Num.: 2069/2009

Votación: 29/05/2012

Ponente Excmo. Sr. D.: Eduardo Espín Templado

Secretaría Sr./Sra.: Sección 003

María Josefa Oliver Sánchez

S E N T E N C I A

TRIBUNAL SUPREMO.

SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

SECCIÓN: TERCERA

Excmos. Sres.:

Presidente:

D. Pedro José Yagüe Gil

Magistrados:

D. Manuel Campos Sánchez Bordona

D. Eduardo Espín Templado

D. José Manuel Bandrés Sánchez Cruzat

D^a. María Isabel Perelló Doménech

En la Villa de Madrid, a doce de Junio de dos mil doce.

VISTO por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, constituida en su Sección Tercera por los Magistrados indicados al margen, el recurso contencioso-administrativo ordinario número 2.069/2.009, interpuesto por GESTEVISIÓN TELECINCO, S.A., representada por el Procurador D. Manuel Sánchez-Puelles y González-Carvajal contra la sentencia dictada por la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional en fecha 20 de febrero de 2.009 en el recurso contencioso-administrativo número 393/2.007 , sobre archivo de denuncia relativa a acuerdos para adquirir y explotar los derechos de emisión televisiva de los eventos del Mundial de fútbol del año 2.006.

Son partes recurridas la ADMINISTRACIÓN GENERAL DEL ESTADO, representada por el Sr. Abogado del Estado, y GESTORA DE INVERSIONES AUDIOVISUALES LA SEXTA,

S.A., representada por el Procurador D. Javier Zabala Falcó.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO .- En el proceso contencioso-administrativo antes referido, la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección Sexta) de la Audiencia Nacional dictó sentencia de fecha 20 de febrero de 2.009 , desestimatoria del recurso promovido por Gestevisión Telecinco, S.A. contra la resolución dictada por el Director General de Defensa de la Competencia de fecha 26 de julio de 2.006 en el expediente 2717/06 del Servicio de Defensa de la Competencia, así como contra la del Pleno del Tribunal de Defensa de la Competencia de 30 de julio de 2.007 que desestimaba el recurso interpuesto contra la anterior (expte. r 709/06). La primera de las resoluciones había acordado el archivo de la denuncia presentada por Gestevisión Telecinco, S.A. contra Sogecable, S.A. y Gestora de Inversiones Audiovisuales La Sexta, S.A. por un supuesto acuerdo contrario al artículo 1.1. de la Ley de Defensa de la Competencia relacionado con los derechos de emisión por televisión de los eventos del Mundial de Fútbol de 2.006 y por un supuesto abuso de posición de dominio de los tipificados en el artículo 6 de la Ley de Defensa de la Competencia por las prácticas llevadas a cabo por la última de las mercantiles citadas en la sublicencia de los referidos derechos de emisión.

SEGUNDO .- Notificada dicha sentencia a las partes, la demandante presentó escrito preparando recurso de casación, el cual fue tenido por preparado en providencia de la Sala de instancia de fecha 25 de marzo de 2.009, al tiempo que ordenaba remitir las actuaciones al Tribunal Supremo, previo emplazamiento de los litigantes.

TERCERO .- Emplazadas las partes, la representación procesal de Gestevisión Telecinco, S.A. ha comparecido en forma en fecha 22 de mayo de 2.009, mediante escrito interponiendo recurso de casación al amparo del apartado 1.d) del artículo 88 de la Ley 29/1998, de 13 de julio , reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, que articula en los siguientes motivos:

- 1º, por infracción del artículo 36 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia , y

- 2º, por infracción de los artículos 1 y 6 de la misma Ley de Defensa de la Competencia .

Termina su escrito suplicando que se dicte sentencia por la que se case y anule la recurrida, y se pronuncie de conformidad con los motivos del recurso de casación y los pedimentos contenidos en el escrito de demanda.

El recurso de casación ha sido admitido por providencia de la Sala de fecha 18 de enero de 2.010.

CUARTO .- Personado el Abogado del Estado, ha formulado escrito de oposición al recurso de casación, suplicando que se dicte sentencia por la que se desestime el mismo e imponga las costas a la parte recurrente.

Asimismo se ha opuesto al recurso de casación la también comparecida Gestora de Inversiones Audiovisuales La Sexta, S.A., cuya representación procesal suplica en su escrito que se dicte sentencia declarando no haber lugar al recurso de casación.

QUINTO .- Por providencia de fecha 17 de febrero de 2.012 se ha señalado para la

deliberación y fallo del presente recurso el día 21 de mayo de 2.012, en que han tenido lugar dichos actos.

Siendo Ponente el Excmo. Sr. D. **Eduardo Espín Templado** , Magistrado de la Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- Objeto y planteamiento del recurso.

Gestevisión Telecinco, S.A. interpone recurso de casación frente a la Sentencia dictada el 20 de febrero de 2.009 por la Sala, que desestimó su previo recurso contencioso administrativo entablado contra la resolución de 30 de julio de 2.007 del Tribunal de Defensa de la Competencia que confirmó el archivo de la denuncia por parte del Servicio de Defensa de la Competencia formulada contra Sogecable en materia de derechos de la emisión televisiva del campeonato mundial de fútbol de 2.006.

La Sentencia recurrida fundamenta la desestimación del recurso en las siguientes razones:

" **PRIMERO** : Es objeto de impugnación en autos la Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de fecha 30 de julio de 2007, por la que se acuerda declarar que no ha resultado acreditada la comisión de las infracciones tipificadas en los artículos 1 y 6 de la Ley 16/1989 por la hoy codemandada.

Los hechos que se encuentran en el origen del presente recurso son los que siguen: Por Telefónica SAU, en concurso, se adjudicó a la codemandada los derechos de retransmisión de los partidos de fútbol correspondientes al Mundial de 2006, celebrado en Alemania. Si bien se habían realizado distintos paquetes, todos ellos fueron adjudicados a la codemandada. Posteriormente, la adjudicataria y Sogecable S.A., acordaron que Vía Digital, como canal de pago, y la Cuatro en abierto, retransmitieran determinados partidos, ya en directo, ya en diferido.

La recurrente afirma, de una parte que existe acuerdos entre la adjudicataria y Sogecable S.A. contrarios a la libre competencia y abuso de posición de dominio respecto de la adjudicataria por la forma en que se sublicenció el derecho de retransmisión.

Hemos de señalar que el artículo 36 de la Ley 16/1989 permite al Servicio no iniciar el expediente cuando, tras la correspondiente información, llegue a la conclusión de que no existen indicios racionales de infracción.

En el presente caso el Servicio archiva por Resolución de 30 de noviembre de 2006, la denuncia por los hechos que examinamos, siendo la confirmación de este archivo por el TDC el objeto de impugnación en autos.

SEGUNDO : El examen del alcance jurídico de los hechos establecidos, pasa por el análisis de los preceptos aplicables, esenciales en la resolución del presente supuesto:

El artículo 1 de la Ley 16/1989 en su redacción dada por Ley 52/1999, establece: " 1. *Se prohíbe todo acuerdo, decisión o recomendación colectiva, o práctica concertada o conscientemente paralela, que tenga por objeto, produzca o pueda producir el efecto de impedir, restringir, o falsear la competencia en todo o en parte del mercado*

nacional y, en particular, los que consistan en:

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

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

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

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

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

El artículo 6 de la Ley 16/1989 en su redacción igualmente por Ley 52/1999 establece: " 1. a.- *Queda prohibida la explotación abusiva por una o varias empresas de su posición de dominio en todo o en parte del mercado nacional. b.- De la situación de dependencia económica en la que puedan encontrarse sus empresas clientes o proveedores que no dispongan de alternativa equivalente para el ejercicio de su actividad. Esta situación se presumirá cuando un proveedor además de los descuentos habituales, debe conceder a su cliente de forma regular otras ventajas adicionales que no se conceden a compradores similares. 2. El abuso podrá consistir, en particular, en:* a) *La imposición, de forma directa o indirecta, de precios y otras condiciones comerciales o de servicio no equitativos. b) La limitación de la producción, la distribución o el desarrollo técnico en perjuicio injustificado de las empresas o de los consumidores. c) La negativa injustificada a satisfacer las demandas de compra de productos o de prestación de servicios. d) La aplicación, en las relaciones comerciales o de servicio, de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que coloquen a unos competidores en situación desventajosa frente a otros. e) La subordinación de la celebración de contratos a la aceptación de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o con arreglo a los usos de comercio, no guarden relación con el objeto de tales contratos. f) La ruptura, aunque sea de forma parcial, de una relación comercial establecida sin que haya existido preaviso escrito y preciso con una antelación mínima de 6 meses, salvo que se deba a incumplimientos graves de las condiciones pactadas por el proveedor o en caso de fuerza mayor. g) Obtener o intentar obtener, bajo la amenaza de ruptura de las relaciones comerciales, precios, condiciones de pago, modalidades de venta, pago de cargos adicionales y otras condiciones de cooperación comercial no recogidas en las condiciones generales de venta que se tengan pactadas.* "

B) El artículo 10.1 del propio Texto Legal, establece: "El Tribunal podrá imponer a los agentes económicos, empresas, asociaciones, uniones o agrupaciones de aquéllos, que, deliberadamente o por negligencia, infrinjan lo dispuesto en los artículos 1, 6 y 7... Multas de hasta 150.000.000 pesetas, cuantía que podrá ser incrementada hasta el 10% del volumen de ventas..." - hoy la suma ha de entenderse de 901.518,16 euros -.

De los preceptos citados resulta: 1) La actividad tipificada en el tipo sancionador del artículo 1 lo es cualquier acuerdo o conducta concertada o conscientemente paralela

tendente a falsear la libre competencia, lo que exige la concurrencia de voluntades de dos o mas sujetos a tal fin. 2) El tipo infractor no requiere que se alcance la finalidad de vulneración de la libre competencia, basta que se tienda a ese fin en la realización de la conducta, tenga éxito o no la misma. 3) La conducta ha de ser apta para lograr el fin de falseamiento de la libre competencia.

El tipo sancionado en el artículo 6 lo es el abuso de posición de domino o de la situación de dependencia económica, lo que presupone dos elementos, la existencia de una posición de dominio en el mercado de referencia o una dependencia económica y el abuso de tal posición o dependencia. Las conductas que se consideran abusivas y se explicitan en el propio precepto, lo son a titulo enunciativo, pues el elemento esencial lo es que la conducta sea efectivamente abusiva aún no respondiendo a alguno de los supuestos señalados por la norma. El tipo infractor no requiere que se alcance la finalidad de vulneración de la libre competencia, basta que la conducta sea objetivamente apta para alcanzar tal fin, tenga éxito o no la misma.

En relación al segundo de los preceptos citados, conviene destacar, de un lado, que la conducta prohibida puede ser realizada por cualquier agente económico - término amplio que incluye no sólo a las empresas, sino también a todos aquellos cualquiera que sea su forma jurídica, que intermedien o incidan en la intermediación en el mercado -; pero también por asociaciones o agrupaciones de aquellos agentes económicos. De otra parte, la conducta puede ser realizada de forma dolosa o culposa - claramente el precepto se refiere a un elemento intencional o negligente -, siendo la primera la que tiende directamente a provocar el efecto distorsionador de la libre competencia efectivamente querido, y la segunda, la que, aún sin pretender el efecto, la conducta es apta para causarlo, pudiendo ser previsto tal efecto, aplicando la diligencia debida.

TERCERO : En primer lugar hemos de resaltar que en el procedimiento para la adquisición de los derechos para la retransmisión del Mundial de Fútbol de 2006, existieron dos fases, la primera, el procedimiento concurrencial delimitado por Telefónica Contenidos SAU, la segunda, los acuerdos entre la adjudicataria y Sogecable S.A.

La denuncia se dirige frente a hechos ocurridos en la segunda fase, si bien, tanto el TDC como la recurrente hacen referencia a esa fase anterior. Examinaremos en primer lugar la adjudicación por Telefónica.

Como requisito para la adjudicación se estableció que el operado habría de tener cobertura en todo el territorio nacional - requisito que cumple la adjudicataria atendiendo a la cobertura en analógico y digital -, así mismo se le permitió sublicenciar. En este punto la recurrente afirma que tal posibilidad no se le reconoció a ella en el concurso.

Ahora bien, aún admitiendo que sólo a la codemandada se le permitiese sublicenciar, ello no priva al proceso de transparencia, no discriminación y equidad - en los términos exigidos por la Comisión Europea -, y ello porque la adjudicataria era un operador entrante en el mercado, que tenía una cota del 2% - durante el Mundial de Fútbol llegó al 5,8% y después descendió -, que, aún teniendo cobertura en todo el territorio, existía un problema de antenización, pues era el usuario el que habría de adaptar la antena para recibir la señal del operador.

Estas circunstancias no concurrían en la recurrente, cuya cuota de mercado era muy

superior y cubría todo el territorio nacional, que, además pudo formular y formuló su oferta. No existe pues elemento objetivo del que concluir que la concurrencia para la adquisición de los derechos no respetó los principios antes señalados, ni tampoco que la adjudicación se basase en elementos distintos a razones económicas.

En cuanto a los acuerdos entre la adjudicataria y Sogecable, entiende el TDC, y comparte la Sala, que respondieron a razones exclusivamente económicas, pues la actora no presentó propuesta concreta para la adquisición de los derechos, mientras que Sogecable realizó una propuesta económica concreta.

Por otra parte estos acuerdos lejos de limitar la competencia, producían beneficio a los consumidores. Veamos:

1.- En primer lugar, no podemos afirmar que se limita la competencia cuando ésta, respecto del producto, no existía, al haber sido adjudicado los derechos a la Sexta. Los acuerdos, por el contrario, introducían operadores - cuatro y Vía Digital -.

En realidad la recurrente lo que afirma es que la forma en que se celebró el contrato entre La Sexta y Sogecable, excluyó a otros operadores - Telecinco y Antena 3 -, pero no existe elemento del que deducir que los acuerdos se basaron en razones distintas de las puramente económicas, teniendo en cuenta que la recurrente no formuló una concreta oferta.

2.- Los acuerdos permitieron retransmitir los partidos calificados como de interés general - el inaugural, los que jugaba España y la final -, por dos cadenas en abierto - Cuatro y Sogecable -, y los restantes partidos en directo y diferido por un canal de pago. Ello provocó que los consumidores tuviesen mayor posibilidad de elección para ver las retransmisiones.

No se aprecian elementos de los que deducir que existió un acuerdo colusorio tipificado en el artículo 1 de la Ley 16/1989 .

En cuanto al abuso de posición de dominio, hemos de recordar los planteamientos que sostiene la Comisión Europea sobre la delimitación del mercado de televisión, Decisión 2004/311/CE.

La idea central de la que parte la Comisión, en lo que ahora interesa, es la delimitación del mercado ascendente: fija los mercados ascendentes de referencia afectados por la concentración en: a) la adquisición de derechos de películas en exclusividad; b) la adquisición de derechos exclusivos sobre partidos de fútbol que se celebran anualmente en los que participan la selecciones nacionales; c) la adquisición de derechos exclusivos sobre otros acontecimientos deportivos; d) la adquisición de canales de televisión; y en que el mercado geográfico pertinente de cada uno de ellos se limita a Italia.

Aplicando estos planteamientos al presente caso, existe un mercado ascendente en cuanto a la adquisición de los derechos para la retransmisión del Mundial. Ahora bien, aún admitiendo con la recurrente que la codemandada tiene posición de dominio del mercado ascendente en cuanto a los derechos adquiridos - partiendo de que la delimitación del mercado lo es sólo el Mundial, aunque nos parece más correcta la posición del TDC en la que se fija el mercado en los servicios de televisión en abierto y de pago, según el paquete de referencia -, lo cierto es que no existen indicios de abuso de posición de dominio, ya que, como señalábamos anteriormente, los acuerdos entre

La Sexta y Sogecable se basaron en razones estrictamente económicas, sin que exista indicios de que respondan a otras razones anticompetitivas.

Efectivamente, el tipo del artículo 6 exige:

- 1.- Posición de dominio o de dependencia económica,
- 2.- Abuso de tal posición.

Aunque pudiera discutirse si concurre el primer requisito, resulta claro que no existen indicios fundados de que concurra el segundo.

Por último hemos de resaltar que las facultades de archivo han sido ejercidas correctamente por el Servicio, en cuanto no apreció indicios de infracción, y sin que ante la Sala se hayan aportado datos de los que resulte la necesidad de continuar investigando los hechos denunciados.

De lo expuesto resulta la desestimación del recurso.

No se aprecian méritos que determinen un especial pronunciamiento sobre costas, conforme a los criterios contenidos en el artículo 139.1 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa." (fundamentos jurídicos primero a tercero)

El recurso se articula mediante dos motivos, ambos amparados en el apartado 1.d) del artículo 88 de la Ley de la Jurisdicción . En el primero de ellos se alega la infracción del artículo 36 de la Ley de Defensa de la Competencia (Ley 16/1989, de 17 de julio), al admitirse el archivo de unas actuaciones con base en la información no sometida a contradicción obtenida en el período de información reservada. El segundo motivo se basa en la vulneración de los artículos 1 y 6 de la citada Ley de Defensa de la Competencia al no haber apreciado la existencia de conductas que justificasen la incoación de un expediente sancionador.

SEGUNDO .- Sobre la alegación relativa al artículo 36 de la Ley de Defensa de la Competencia .

Aduce la recurrente Gestevisión Telecinco que en el período de información reservada regulado en el artículo 36 de la Ley de Defensa de la Competencia sólo se obtiene la información no contrastada de forma contradictoria, por lo que la confirmación del archivo de la denuncia a partir de dicha información es contraria a las previsiones del citado precepto. Así, dicho archivo sólo podría producirse con la debida contradicción en la fijación de los hechos tras la incoación del correspondiente expediente.

El motivo no puede prosperar. El artículo invocado dice así:

"Artículo 36. Iniciación del procedimiento. [...]

3. Ante la noticia de la posible existencia de una infracción, el Servicio podrá proceder a la instrucción de una información reservada antes de resolver la iniciación de expediente sancionador, incluso con investigación domiciliaria de las empresas implicadas. Cuando el Servicio considere que no hay indicios de infracción de la Ley de Defensa de la Competencia, podrá no iniciar el procedimiento y acordar el archivo de las actuaciones. [...]"

Del propio tenor del precepto transcrito se deduce, sin ninguna dificultad, que la instrucción de una información reservada tiene por objeto precisamente efectuar una comprobación liminar de la existencia de indicios de infracción de la Ley de Defensa de la Competencia; y que cuando el Servicio, tras las indagaciones efectuadas en dicha instrucción reservada, considere que "no hay indicios", esto es, que no se confirma la sospecha de posibles infracciones, puede sin más no abrir expediente y acordar el archivo de las actuaciones.

Ni ello supone fijación de hechos ni semejante decisión requiere contradicción entre los posibles denunciados y el supuesto infractor. Ni evidentemente, excluye que más adelante se pueda apreciar la existencia de indicios suficientes como para incoar un procedimiento de infracción en relación con los mismos hechos. Supone exclusivamente que con los datos aportados por los posibles denunciados o que de cualquier forma obren ante el Servicio, no parece deducirse la existencia de infracciones de la Ley de Defensa de la Competencia. Y no otra cosa se afirma en la resolución del propio Tribunal de Defensa de la Competencia que cita en su apoyo la recurrente, como se comprueba en la mismas frases subrayadas por ella: la información reservada tiene como objeto completar el principio de prueba que el denunciante acompaña a su denuncia para valorar motivadamente si existen indicios racionales de que las conductas denunciadas son ciertas, así como que la información reservada termina con una declaración de verosimilitud, no de veracidad.

En definitiva, si el Servicio acordó la apertura de una información reservada y tras sustanciarse la misma no apreció que hubiera indicios de infracción que justificasen la incoación de un expediente, se han cumplido de forma precisa las previsiones del precepto invocado que en modo alguno requieren que exista contradicción en dicha fase.

TERCERO .- Sobre la infracción de los artículos 1 y 6 de la Ley de Defensa de la Competencia .

En el segundo motivo la parte aduce que la Sentencia recurrida no valora debidamente los comportamientos de la denunciada en el mercado relevante (el mayorista); que establece erróneamente que hubo competencia real *ex ante* y que hubo concurrencia efectiva por la adquisición de derechos; que la Sentencia considera, también erróneamente, que se dio lugar a un supuesto beneficio para los espectadores; y, por último, que aun ostentando una posición de dominio en el mercado de reventa de los derechos del mundial de fútbol, la Sexta no abusó de dicha posición porque los acuerdos con Sogecable se basaron en razones estrictamente económicas.

El motivo no puede prosperar. En primer lugar es necesario subrayar que la resolución administrativa recurrida en el recurso *a quo* no es de carácter sancionador. Se trata, por el contrario, de una decisión de archivo adoptada por el Servicio y confirmada por el Tribunal de Defensa de la Competencia al no encontrar indicios de infracción que justificasen la incoación de un procedimiento sancionador. Por fuerza, en una decisión en la que no se ha ejercido la potestad sancionadora tienen mayor peso las valoraciones del órgano regulador, en la medida en que no se ha apreciado una concreta infracción jurídica y, por tanto, no se ha adoptado una decisión restrictiva de derechos; no quiere decir esto, como es obvio, que goce el órgano regulador de discrecionalidad para iniciar o no un expediente sancionador, sino simplemente que el rigor del control sobre sus decisiones es siempre más estricto cuando se proyecta sobre una resolución sancionadora en la que se aprecia una concreta vulneración de un

precepto jurídico que sobre una de tipo exculpatorio, en la que el juicio jurídico sobre una hipotética infracción es de carácter negativo y se traduce en una afirmación de inexistencia de indicios de irregularidad.

En el caso concreto que ahora examinamos, las apreciaciones efectuadas por la Sentencia recurrida, que avalan las efectuadas por la resolución de archivo adoptada por el Servicio y el Tribunal de Defensa de la Competencia son en todo caso valoraciones motivadas, razonables y que no resultan manifiestamente erróneas. Por su parte, las razones aducidas por la recurrente responden en realidad más a discrepancias con las de la Sala de instancia -y con las de la resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia que es avalada por aquélla- que a evidencias de las infracciones que denuncia.

Así, la primera alegación consiste en la afirmación de que la Sentencia no ha valorado debidamente los comportamientos de la denunciada en el mercado mayorista, al adquirir la totalidad de los derechos de retransmisión de los partidos del mundial de fútbol de 2.006, celebrado en Alemania. En torno a esta fase de adjudicación de los derechos, la Sala de instancia (primer parte del fundamento tercero) justifica las circunstancias de la adjudicación.

Sin embargo, para fundamentar su afirmación la recurrente, por su parte, no da en el apartado 1º del motivo una sola razón que acredite que la adquisición mayorista de derechos y su reventa fuesen irregulares, limitándose a sostener que las afirmaciones de la Sentencia de instancia son erróneas. Y en el apartado 2º del motivo discute que hubiera en esa fase de adjudicación una competencia real y efectiva por la adquisición de derechos; consideran, por el contrario, que al haber accedido la Sexta a la totalidad de los derechos se impidió el acceso de los competidores a esos mismos derechos, así como que se aplican unas condiciones de subasta discriminatorias para el resto de competidores. Telecinco señala que ella tenía prohibida la posibilidad de sublicenciar los derechos de emisión, así como que la cobertura se aplicó de forma desigual para las diversas concursantes. Entiende, en suma, que no es admisible la afirmación de la Sala de instancia de que hubo equidad, transparencia y no discriminación en el proceso de subasta de Telefónica por el hecho de que la Sexta era un operador entrante en el mercado; afirma que no puede valorarse la legitimidad de las conductas de las empresas denunciadas en el mercado mayorista de adquisición y reventa de los derechos del mundial de fútbol sobre la base exclusivamente de las cuotas de dichas empresas en un mercado distinto, el mercado descendente de la televisión en abierto.

Pues bien, todas estas afirmaciones y valoraciones de la parte no son suficientes para desvirtuar las consideraciones de la resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de 30 de julio de 2.007 y de la Sentencia recurrida sobre la justificación de las distintas condiciones establecidas para los operadores que compitieran por los derechos de retransmisión del mundial; así, la Sexta efectivamente era un operador entrante en el mercado de la televisión en abierto y su adquisición de todos los derechos de retransmisión del mundial es precisamente la consecuencia del proceso de concurrencia en ese mercado ascendente, en el que la citada Sexta no ostentaba tampoco posición alguna de dominio con anterioridad al concurso realizado por Telefónica. Se trata, en suma, de valoraciones discrepantes con las apreciaciones de la Sala de instancia que no acreditan que éstas sean erróneas o equivocadas.

Como se ha resumido antes, Telecinco también discute en el apartado 3º del motivo la apreciación de la Sentencia recurrida de que los comportamientos denunciados supusieron un beneficio para los espectadores (los consumidores en el mercado de la

televisión en abierto, pero sin entrar a valorar los efectos positivos para la competencia en el mercado donde se produjeron los comportamientos, el de adquisición y reventa de los derechos del mundial). Y finalmente, en el 4º y último apartado del motivo, critica la valoración de la Sala de instancia de que la Sexta no habría abusado de su posición en el mercado de reventa de los derechos del mundial porque los acuerdos entre la Sexta y Sogecable se basaron en razones estrictamente económicas y no existen indicios de que respondieran a otros criterios anticompetitivos.

De nuevo en ambos casos nos encontramos con valoraciones opuestas a las de la Sala de instancia y que supondrían, en definitiva, que la recurrente entiende que había indicios suficientes de infracción que hubieran debido conducir a la incoación de un procedimiento sancionador. Pero ninguna de sus afirmaciones ofrece argumentos ni datos de hecho suficientes como para entender que las apreciaciones de la Sala y del Tribunal de Defensa de la Competencia sean manifiestamente erróneas, por mucho que pueda legítimamente discreparse de ellas, y que de forma inexcusable hubiera debido iniciarse un procedimiento sancionador.

CUARTO .- Conclusión y costas.

Las razones expuestas en los anteriores fundamentos de derecho conducen a la desestimación de los dos motivos en que se funda el recurso y, en consecuencia, del propio recurso. En aplicación de lo dispuesto en el artículo 139.2 de la Ley de la Jurisdicción , se imponen las costas a la parte que lo ha sostenido.

En atención a lo expuesto, en nombre del Rey, y en ejercicio de la potestad jurisdiccional que emana del Pueblo español y nos confiere la Constitución,

FALLAMOS

Que NO HA LUGAR y por lo tanto DESESTIMAMOS el recurso de casación interpuesto por Gestevisión Telecinco, S.A. contra la sentencia de 20 de febrero de 2.009 dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección Sexta) de la Audiencia Nacional en el recurso contencioso-administrativo 393/2.007 . Se imponen las costas de la casación a la parte recurrente.

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.-Pedro José Yagüe Gil.-Manuel Campos Sánchez Bordona.-Eduardo Espín Templado.-José Manuel Bandrés Sánchez Cruzat.-María Isabel Perelló Doménech.-Firmado.-

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia en el mismo día de su fecha por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Eduardo Espín Templado, estando constituida la Sala en audiencia pública de lo que, como Secretario, certifico.-Firmado.-