

RESOLUCIÓN (Expte. r 731/07, Publicidad fútbol)

Consejo:

D. Luis Berenguer Fuster, Presidente
D. Fernando Torremocha y García-Sáenz, Vicepresidente
D. Emilio Conde Fernández-Oliva, Consejero
D. Miguel Cuerdo Mir, Consejero
D^a. Pilar Sánchez Núñez, Consejera
D. Julio Costas Comesaña, Consejero
D^a María Jesús González López, Consejera
D^a Inmaculada Gutiérrez Carrizo, Consejera

Madrid, 27 de mayo de 2008

El Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia, con la composición expresada y siendo ponente la Consejera Dña. Inmaculada Gutiérrez Carrizo, ha dictado la presente Resolución en el expediente de recurso r 731/07 Publicidad fútbol, (2756/07 del antiguo Servicio de Defensa de la Competencia; en adelante, el Servicio), interpuesto por D. O.V.P., Administrador Solidario de International Sports Organization, S.A. contra el Acuerdo de 31 de agosto de 2007, por el que se archivaron las actuaciones derivadas de la denuncia presentada por la citada sociedad contra la Real Federación Española de Fútbol y diversas sociedades del Grupo Santa Mónica Sports, por supuestas prácticas restrictivas de la competencia prohibidas por los artículos 1 y 6 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia (en adelante, LDC), consistentes en la celebración de determinados acuerdos que otorgan al Grupo Santa Mónica Sports la explotación de los derechos de imagen y audiovisuales de los que es titular la Real Federación Española de Fútbol correspondientes a las Selecciones Nacionales de Fútbol.

ANTECEDENTES DE HECHO

1. El 24 de enero de 2007, D. O.V.P., Administrador Solidario de International Sports Organization, S.A. interpone denuncia por infracción de las normas de competencia:

a) Por vulneración del artículo 1.1.b) de la LDC contra la REAL FEDERACIÓN ESPAÑOLA DE FÚTBOL (en adelante, RFEF) y el grupo SANTA MONICA SPORTS (en adelante, SMS) por haber alcanzado acuerdos que cierran el mercado de la explotación de derechos publicitarios y audiovisuales de las Selecciones Nacionales de Fútbol españolas.

b) Por abuso de posición dominante contra la RFEF.

La denunciante entiende que hay dos mercados afectados, el de la comercialización de derechos publicitarios y de marketing de los partidos de la Selección Nacional de Fútbol organizados por la RFEF y el mercado de los derechos de explotación audiovisual de los partidos de fútbol organizados por la RFEF. En ambos mercados la normativa confiere a la RFEF una posición de dominio. En opinión de la denunciante RFEF y SMS están incurriendo en prácticas restrictivas de la competencia contrarias a los artículos 1.1 de la Ley 16/1989 y 85.1 del TCE por haber alcanzado unos acuerdos que considerados en su conjunto cierran los mercados de la explotación de los derechos publicitarios y audiovisuales de las selecciones nacionales de fútbol españolas. Se trata de una relación de exclusiva, los derechos se ceden en bloque (publicidad estática, patrocinio, derechos de explotación de la retransmisión televisiva) y la duración de los contratos es contraria a las normas de competencia, puesto que las partes han firmado contratos sucesivos que han ido prolongando la duración de la exclusiva y ampliando su ámbito cada vez a más negocios.

También entiende la denunciante que dado que la RFEF goza de posición de dominio en los mercados definidos, la cesión de la explotación de sus derechos en los términos en que se ha realizado constituye un abuso que infringe el artículo 6.2.b) de la Ley 16/1989. La RFEF incurre en un comportamiento arbitrario, carente de toda justificación que no sea una finalidad económica anticompetitiva, que impide la entrada de otros operadores.

2. El Servicio asignó a la denuncia el número 2756/07 y, según consta en el acuerdo de archivo, no se realizó *“información reservada alguna a las partes, dado que existe una denuncia anterior por parte del sindicato Manos Limpias (2657/05) de idéntico contenido donde se llevó a cabo la información reservada pertinente antes de acordar el archivo de la denuncia”*. El Servicio procedió a deducir testimonio del *“actual”* contrato

suscrito entre la RFEF y SMS, firmado el 1 de junio de 2004, que fue aportado por la RFEF al expediente 2657/05, dando plazo de alegaciones a los interesados.

3. Tanto la RFEF como SMS presentaron alegaciones el 28 y el 29 de mayo respectivamente en las que manifiestan que los motivos de la denuncia ya fueron analizados por el Servicio en la información reservada 2657/05 que fue objeto de archivo y reiteran que los contratos no vulneran la legislación vigente.

4. El 31 de agosto del 2007 el Servicio dictó acuerdo de archivo de las actuaciones derivadas de la denuncia. El Servicio considera que el contrato vigente es un acuerdo de suministro en exclusiva y no un contrato de agencia y que ha de contemplarse como tal a la luz del Reglamento (CE) nº 2790/1999. El acuerdo de archivo se centra en los temas de patrocinio y publicidad. Respecto a tales negocios, el Servicio sostiene que caben diferentes definiciones de mercado, desde la más amplia en la que se podría definir como el mercado nacional de comercialización de derechos de patrocinio y publicidad de acontecimientos deportivos hasta una más estrecha en la que se considerarían sólo aquellos relativos al fútbol en España. No obstante, el Servicio deja la cuestión abierta por considerar que, incluso si la cuota de mercado de SMS excediera el 30%, no se puede considerar que exista infracción de la LDC. Los contratos analizados no contienen cláusulas de las denominadas especialmente graves y su duración inferior a cinco años no puede considerarse excesiva. Asimismo, manifiesta que en línea con lo establecido en el párrafo 208 de la Comunicación de la Comisión sobre restricciones verticales, es pertinente tomar en consideración en este caso el poder del proveedor (la RFEF), puesto que la tesis de la exclusión supone un riesgo en presencia de proveedores débiles y compradores fuertes. En vista de ello el SDC procedió a archivar las actuaciones.

5. El 18 de septiembre de 2007 la denunciante interpone recurso en el que solicita la revocación del acuerdo de archivo sobre la base de los siguientes argumentos:
 - Se archivan las actuaciones sin haber concretado la definición de mercado ni haber examinado si existe abuso de posición de dominio, lo cual en su opinión es motivo suficiente para revocar el acuerdo del Servicio.

- Los Hechos Acreditados del SDC citan distintos acuerdos firmados entre la RFEF y SMS: un contrato firmado el 16 de noviembre de 1995 por el que la RFEF cede a SMS en exclusiva los derechos de explotación de la publicidad estática; un contrato de 13 de mayo de 1997 por el que la RFEF designa a SMS agente exclusivo para la captación y explotación comercial de contratos de patrocinio de la propia RFEF y de sus selecciones nacionales; un contrato de 3 de diciembre de 1998 por el que las partes deciden ampliar el plazo de los contratos firmados anteriormente hasta el 31 de diciembre de 2004 y un contrato firmado en 2004, que la denunciante al parecer desconocía, cuyo objeto es la gestión y explotación del Programa de Patrocinio y de la publicidad perimetral. No se analiza, sin embargo, el contrato al que hace mención la denunciante, firmado en 2005, mediante el cual se prorrogan los anteriores contratos hasta el 2010 añadiéndose además la gestión en exclusiva de los derechos de explotación audiovisual de los partidos de las Selecciones de Fútbol organizados por la RFEF.

- Los contratos entre la RFEF y SMS firmados sin solución de continuidad, deben considerarse en su conjunto. De ese conjunto resulta que:
 - Desde el año 1995 ha existido acuerdo entre RFEF y SMS para la explotación de la publicidad estática y lo mismo sucede con los derechos de patrocinio desde 1997.

 - Que todos los contratos se han ido renovando sistemáticamente antes de su vencimiento.

 - Que todos los contratos contienen derechos de negociación preferente o tanteo para su renovación con ventaja respecto de terceros. Además, desde el contrato de 2004 se otorga a favor de SMS un nuevo derecho de contratación preferente de los derechos susceptibles de explotación comercial que no sean objeto del contrato.

En opinión de ISO, todo ello conduce a un cierre de mercado total.

- En opinión del recurrente, el argumento de que la RFEF tiene un poder compensatorio frente a SMS para evitar el cierre del mercado no resulta válido. De hecho, es este poder el que permite a RFEF cerrar el

mercado a favor de SMS mediante la prórroga continuada de los contratos y la extensión de los derechos comprendidos en los mismos.

6. El 1 de septiembre de 2007 entró en vigor la *Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de Defensa de la Competencia*, por la que se crea la Comisión Nacional de la Competencia (CNC) y declara extinguidos el Organismo Autónomo Tribunal de Defensa de la Competencia y el Servicio de Defensa de la Competencia.

7. El 28 de septiembre de 2007 se recibe en cumplimiento del artículo 48.1 de la LDC el informe de la Dirección General de Defensa de la Competencia (en adelante, la Dirección General) en el que se manifiesta que el recurso ha sido interpuesto en forma y plazo y se da respuesta a las alegaciones contenidas en el mismo. En particular, la Dirección General manifiesta:
 - En cuanto a la falta de análisis del abuso: *“Aplicando el principio de “non bis in idem” ha considerado oportuno subsumir el cargo segundo (abuso de posición de dominio, art. 6 de la LDC) al cargo primero (conductas prohibidas por, art. 1 de la LDC) evitando así la duplicidad de concurso de los art. 1 y art. 6 de la LDC para unas mismas conductas restrictivas”*.

 - En cuanto a los contratos examinados: *“Los acuerdos citados por el denunciante no se encuentran, en la actualidad, en vigor. Por otro lado, tal y como se refleja en el acuerdo de archivo, no se trata de una mera sucesión de contratos idénticos, sino que cada uno de ellos contempla modificaciones sustanciales con respecto al anterior. Asimismo, señalar que la mera firma de distintos contratos entre dos entidades, sean o no consecutivos, per se no supone infracción alguna.*

 - En cuanto al contrato firmado en 2005, *“...el denunciante no ha aportado en ningún momento información al respecto, siendo este hecho denunciado por primera vez en el recurso presentado ante la Comisión Nacional de la Competencia y a cuyas alegaciones se responde en este escrito. No obstante, el contenido de dicho acuerdo fue en su momento analizado en el marco del expediente 2657/05; expediente que fue, posteriormente, archivado por esta Dirección General. En el caso que nos ocupa, esta Dirección General no considera relevante su contenido, dado que ni modifica ni prorroga el*

contrato vigente, firmado en 2004, entre RFEF y Santa Mónica Sports, S.L. tal y como el denunciante afirma en sus alegaciones.

- En cuanto a la definición de mercado relevante y la valoración del contrato: *“...esta Dirección General no ha considerado necesario acotar la definición de mercado relevante dado que, aun en el caso de que se utilizara la definición más estrecha y la RFEF ostentara una cuota superior al 30%, ello solamente determinaría la no exención al Reglamento, que no su prohibición. Es decir, si la cuota de mercado supera al 30% ello no significaría que el acuerdo está prohibido en base al Reglamento CE 2790/1999. tal y como ha quedado patente en el Acuerdo y tras el análisis realizado, el contrato vigente no contempla ninguna de las cláusulas especialmente graves prohibidas por el artículo 4 del Reglamento CE 2790/1999, no existiendo indicios de infracción, luego el acuerdo, con independencia de que estuviera exento por la cuota de mercado, no estaría prohibido en ningún caso, y por tanto, la cuota de mercado de las partes no resulta relevante en este punto.”*
 - En cuanto a que la RFEF puede hacer uso de su poder de compensación para evitar el cierre del mercado: *“...en aras de lo estipulado en la Comunicación de la Comisión sobre restricciones verticales (§208), el contrato de suministro en exclusiva podría plantear problemas en el caso de que existiera un comprador fuerte y un proveedor débil, extremo que no se cumple en el caso que nos ocupa...”* Asimismo, no ha quedado acreditado que la RFEF utilice su condición de proveedor único para cerrar el mercado a otros operadores.
- 8.** El 5 de octubre de 2007 el Consejo designó ponente y conforme a lo dispuesto en el artículo 48.3 de la LDC acordó poner de manifiesto el expediente a los interesados a fin de que en un plazo de quince días pudieran hacer las alegaciones que estimaran oportunas.
- 9.** El 11 de octubre de 2007 la denunciante presentó un escrito en el que manifiesta que, visto el acuerdo de admisión a trámite del recurso que le ha sido notificado, en el mismo se cita como parte interesada a SANTA MONICA SPORTS S.L. Sin embargo, en el escrito de denuncia se incluía también a la sociedad matriz GRUPO SANTA MONICA SPORTS S.R.L. así como a la mercantil SANTA MONICA MEDIA S.L. La justificación es que supuestamente la sociedad matriz es la titular de los derechos de

explotación audiovisual de los partidos de las Selecciones Nacionales, siendo SANTA MONICA MEDIA S.L concesionaria de la explotación de tales derechos. Por lo demás, la denunciante simplemente se reitera en lo dicho en su escrito de recurso y escritos anteriores.

10. El 25 de octubre de 2007 SMS presenta sus alegaciones en las que manifiesta que:

- Coincide con el Servicio en que no se debe entrar en la valoración del abuso de posición de dominio en aplicación del principio de *non bis in idem*.
- Los contratos suscritos no son una mera sucesión de acuerdos idénticos, sino que existen modificaciones sustanciales de unos a otros.
- Se suma a la valoración realizada por el Servicio en lo que se refiere al artículo 1. Por su parte, la RFEF no ha presentado alegaciones.

11. El Consejo deliberó y falló este recurso en la sesión de 6 de mayo de 2008.

12. Son interesados en este expediente:

- International Sports Organization, S.A.
- Real Federación Española de Fútbol
- Santa Mónica Sports, S.L.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Constituye el objeto del recurso presentado la revocación de acuerdo de archivo del Servicio de fecha de 31 de agosto de 2007, sobre la base de los siguientes argumentos: a) No se analiza el contrato al que hace

mención la denunciante, firmado en 2005, mediante el cual se prorrogan los anteriores contratos; b) se archivan las actuaciones sin haber concretado la definición de mercado ni haber examinado si existe abuso de posición de dominio; c) los contratos entre la RFEF y SMS firmados sin solución de continuidad deben considerarse en su conjunto y atendiendo a la totalidad de su clausulado, incluidos los posibles derechos de negociación preferente o de tanteo; y d) el argumento de que la RFEF tiene un poder compensatorio frente a SMS para evitar el cierre del mercado no resulta válido. De hecho, según la recurrente, es este poder el que permite a la RFEF cerrar el mercado a favor de SMS.

SEGUNDO.- En el Acuerdo de Archivo no se cita como Antecedente de Hecho la existencia de un contrato firmado en 2005 entre SMS y RFEF. En el informe de la Dirección General sobre el recurso se argumenta que la denunciante no aportó en el momento de la denuncia información al respecto y que dicho contrato se menciona por primera vez en el recurso presentado ante la Comisión Nacional de la Competencia.

Sin embargo, la denuncia hace referencia explícita al contrato firmado entre RFEF y SMS en 2005, refiriéndose reiteradamente a que tal contrato supuestamente amplía el acuerdo entre ambas partes a la gestión de derechos audiovisuales, ámbito que no ha sido objeto de análisis en las diligencias llevadas a cabo por la Dirección General con motivo de esta denuncia.

No es posible pronunciarse sobre si los acuerdos comerciales entre SMS y la RFEF incumplen la normativa de competencia sin analizar el contenido del contrato firmado en 2005, que afectaría a áreas de negocio no contempladas por el Servicio en su acuerdo de archivo, en particular, a la gestión de derechos audiovisuales de retransmisión de los partidos de fútbol organizados por la RFEF. La Dirección General no debe hacer depender el análisis de este contrato de que la denunciante lo aporte. Se trata de un contrato privado en el que la denunciante no ha tomado parte pero del que ha podido tener conocimiento por la prensa y otros medios públicos. La propia denunciante aporta todos los detalles que conoce del mismo a través de las páginas web de las entidades firmantes. La LDC pone al alcance de la Dirección General otros instrumentos para contrastar la información referente al aludido contrato de 2005. En particular, puede requerir a las partes dicho contrato así como, en su caso, posteriores modificaciones del mismo.

TERCERO.- La recurrente afirma que se han archivado las actuaciones sin haber concretado la definición de mercado ni haber examinado si existe abuso de posición de dominio. En opinión del Consejo, tiene razón la Dirección General cuando afirma que en el contexto de unas diligencias previas no es imprescindible acotar la definición de mercado relevante cuando, independientemente de la definición de mercado que se considere, la cuota de mercado del operador ha de ser tal que caiga en el ámbito de la exención o resulte de aplicación la regla de *minimis*. Ahora bien, en el presente caso, el análisis de los hechos que la denunciante plantea no puede llevarse a cabo sin tener en cuenta el contenido del contrato firmado en 2005 y, en su caso, de las modificaciones que haya sufrido hasta la fecha. El ámbito de aplicación de dicho contrato así como los derechos y obligaciones que se negocien en el mismo determinarán cuáles son los mercados relevantes a tener en cuenta, sus características y las posibles restricciones a la competencia, todo lo cual será determinante para la valoración que desde el punto de vista de competencia merezca la relación entre ambas partes o, en su caso, su conducta unilateral en el mercado.

En consecuencia, debe estimarse el recurso y devolver las actuaciones a la Dirección General para que proceda a realizar las diligencias de investigación precisas en orden a analizar la relación entre la RFEF y SMS teniendo en cuenta los términos del contrato firmado por las partes en 2005 y, en su caso, sus posteriores modificaciones, así como si son susceptibles de infringir la LDC.

En este sentido, conviene recordar que el extinto TDC ha reiterado que cuando las conductas son susceptibles de infringir simultáneamente los artículos 1 y 2 de la actual LDC, se deben valorar los elementos colusivos y los abusivos para, según predominen unos u otros, perseguir la conducta, en principio, sólo por uno de ellos. Ello no equivale a decir que en casos en los que supuestamente se puedan dar ambas conductas, en aplicación del principio de *non bis in idem*, no se deba entrar si quiera en la valoración de una de ellas, en este caso del abuso de posición de dominio. Ello sin perjuicio de que finalmente sólo se sancione por uno de los dos artículos aun cuando no se den las tres identidades que exige la doctrina del *non bis in idem*, sujeto, hecho y fundamento jurídico.

Por otro lado, estando totalmente de acuerdo con la Dirección General en que la mera firma de distintos contratos de exclusiva entre dos entidades, sean o no consecutivos, *per se*, no supone infracción alguna, no se puede perder de vista que en el caso de aquellos contratos que contienen cláusulas de exclusividad, la incorporación de otras cláusulas que tengan por objeto

extender la duración o el ámbito del acuerdo puede conllevar un cierto riesgo para la competencia, siempre dependiendo de cuáles sean las circunstancias del mercado y la posición de las partes en el mismo.

Por último y sin ánimo de prejuzgar las conclusiones que puedan derivarse del análisis a realizar, conviene recordar que, tal y como dice la Dirección General, el párrafo 208 de las Directrices sobre restricciones verticales manifiesta que la exclusión supone un riesgo para la competencia principalmente en caso de proveedores débiles y compradores fuertes. En esos casos, los primeros estarán en peores condiciones para encontrar distribuidores alternativos y comercializar sus productos en condiciones competitivas. En principio, cuando el proveedor tiene mayor poder negociador será el principal garante de que su distribuidor no le imponga condiciones desfavorables, incluso si se da una relación de exclusiva. No obstante, es necesario tener en cuenta el conjunto de circunstancias del mercado para saber qué efecto puede tener ello aguas abajo.

CUARTO.- En relación con la alegación de la recurrente de que se deben tener como partes interesadas a otras empresas del grupo SMS, este Consejo recuerda que la condición de interesado se concede para garantizar los derechos de defensa a petición de parte y no de un tercero. Con carácter adicional, hasta la fecha SMS ha contestado convenientemente a todos los trámites que se han planteado.

Por todo lo cual, vistos los preceptos legales citados y los de general aplicación, el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia

HA RESUELTO

Estimar parcialmente el recurso formulado por International Sports Organization, S.A. contra el Acuerdo de Archivo de 31 de agosto de 2007, y revocar dicho Acuerdo, remitiendo las actuaciones a la Dirección de Investigación para que proceda a realizar las diligencias de investigación precisas en orden a analizar la relación entre la RFEF y SMS teniendo en cuenta los términos del contrato firmado por las partes en 2005 y, en su caso, sus posteriores modificaciones, así como si son susceptibles de infringir la LDC.

Comuníquese esta Resolución a la Dirección de Investigación de la Comisión Nacional de la Competencia, y notifíquese a los interesados haciéndole saber que contra la misma no cabe recurso alguno al tratarse de un mero acto de trámite.