

RESOLUCION Expt. r 707/06, Antena 3/Sogecable-La Sexta (2706/06 del Servicio)

Pleno

Sras/Sres.

D. Luis Berenguer Fuster, Presidente
D. Javier Huerta Trolèz, Vicepresidente
D. Fernando Torremocha y García-Sáenz, Vocal
D. Emilio Conde Fernández- Oliva, Vocal
D. Miguel Cuerdo Mir, Vocal
D. Julio Costas Comesaña, Vocal
Dña. Pilar Sánchez Núñez, Vocal
Dña. M^a Jesús González López, Vocal
Dña. Inmaculada Gutiérrez Carrizo, Vocal

En Madrid, a 27 de julio de 2007

EL PLENO del Tribunal de Defensa de la Competencia con la composición expresada al margen y siendo Ponente el Vocal Don Fernando Torremocha y García-Sáenz, ha dictado la siguiente Resolución en el Expediente r 707/06 (2706/06 del Servicio de Defensa de la Competencia), poniendo fin al Recurso interpuesto por ANTENA 3 DE TELEVISIÓN S.A., contra el Acuerdo de Archivo dictado por el Servicio de Defensa de la Competencia el día 22 de noviembre de 2006, de la denuncia a SOGECABLE S.A. y GESTORA DE INVERSIONES AUDIOVISUALES LA SEXTA S.A., por prácticas contrarias a los Artículos 1 y 6 de la Ley 16/1989 de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, así como al amparo del Artículo 7 de la citada norma legal, por actos de competencia desleal.

ANTECEDENTES DE HECHO

I.- ANTE EL SERVICIO DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA

PRIMERO.- ANTENA 3 DE TELEVISION S.A., en escrito fechado el día 2 de Junio del 2006, que tuvo su entrada en el Servicio de Defensa de la Competencia el día 5 de Junio y registrado con el número 1607, denuncia a SOGECABLE S.A., (en adelante, Sogecable o Cuatro) y GESTORA DE INVERSIONES AUDIOVISUALES LA SEXTA S.A., “por prácticas contrarias a los Artículos 1 y 6 de la Ley 16/1989 de 17 de Julio, de Defensa de la Competencia, así como al amparo del Artículo 7 de la citada norma legal, por actos de competencia desleal”.

En dicho escrito de denuncia y en OTROSI DIGO solicitaba la adopción inmediata de medidas cautelares, consistentes en:

- a) ordenar la inmediata suspensión del acuerdo suscrito por La Sexta y Sogecable, hecho público el día 1 de junio del 2006, por el que aquélla cede a ésta los derechos para la retransmisión simultánea de los partidos de fútbol del Campeonato Mundial declarados de interés general por televisión abierta y gratuita en el territorio español.
- b) ordenar a La Sexta que, con carácter inmediato, convoque en pública concurrencia a todos los operadores de televisión interesados en retransmitir dichos encuentros, en orden a dar cumplimiento de lo dispuesto por el Artículo 4.4 de la Ley 21/1997.

SEGUNDO.- El Servicio de Defensa de la Competencia, con fecha 8 de Junio del 2006, por consecuencia de la anterior denuncia consistente: 1) en la comisión por las denunciadas de una práctica concertada que tendría por objeto o, al menos, por efecto el de impedir y restringir la competencia en el mercado nacional al repartirse el mercado de los derechos de explotación del Mundial por televisión abierta y de pago; 2) el abuso por Sogecable de su posición de dominio en el mercado de la televisión de pago y ser la única entidad en España que opera simultáneamente en ese mercado (a través de Digital+) y en el de televisión en abierto (a través de Cuatro); y 3) la comisión por las denunciadas de una infracción del Artículo 7 de la LDC al haber incurrido en el supuesto previsto en el artículo 15 de la Ley de Competencia Desleal, que distorsiona gravemente las condiciones de competencia en el mercado afectando al interés público; por ello, de conformidad con lo dispuesto en el Artículo 36.3 de la LDC *ha acordado llevar a efecto una información reservada* como diligencia previa a la incoación del correspondiente expediente sancionador, si procediere en su caso.

1º Al efecto y de conformidad con lo dispuesto en el Artículo 51.1 de la LDC en cuanto al deber de colaboración, se estima necesario que la Secretaría de Estado de Telecomunicaciones y para la Sociedad de la Información facilite la información y aporte los datos que a continuación se señalan: *ÚNICO se ha tenido conocimiento que la Secretaría de Estado de Telecomunicaciones y para la Sociedad de la Información ha iniciado un expediente informativo al objeto de determinar si la explotación por La Sexta de los derechos para la emisión en abierto de determinados partidos del Campeonato del Mundo de Fútbol de Alemania 2006 es compatible con la Ley 21/1997. ¿Podría informar de los resultados de ese expediente informativo?*

2º Al efecto y de conformidad con lo dispuesto en el Artículo 51.1 de la LDC en cuanto al deber de colaboración se estima necesario que el Consejo para las Emisiones y Retransmisiones Deportivas, del Consejo Superior de Deportes facilite la información y aporte los datos que a continuación se señalan: *ÚNICO de conformidad con el Real Decreto 991/1998 de 22 de Mayo, por el que se crea el Consejo para las Emisiones y Retransmisiones de Competiciones y Acontecimientos Deportivos, entre las funciones de dicho Consejo está la de velar por el cumplimiento del Artículo 4 de la Ley 21/1997 de Emisiones y Retransmisiones Deportivas ¿Podría informar si las actuaciones de La Sexta en relación con la cesión a Sogecable de los derechos de retransmisión de los partidos de interés general del Mundial de Alemania 2006 son compatibles con dicha norma?*

3º Al efecto y teniendo en cuenta lo preceptuado en el Artículo 32.1 de la LDC en cuanto al deber de colaboración se requiere a Gestora de Medios Audiovisuales La Sexta S.A., para que facilite la información y aporte los datos que a continuación se señalan: *ÚNICO explique y documente lo acontecido en relación con los derechos de retransmisión del Mundial de Fútbol de Alemania 2006, desde su acuerdo con Telefónica de Contenidos para la adquisición de los mismos, hasta el anuncio el pasado 1 de junio de su acuerdo con Cuatro relativo a los derechos de los partidos de interés general.*

En todo caso y en aplicación de lo previsto en el Artículo 53 de la LDC, podrán solicitar motivadamente que se mantengan secretos los datos y documentos que consideren confidenciales para que, cautelarmente, se constituya con ellos pieza separada o se devuelvan una vez analizados por el Servicio.

TERCERO.- GESTORA DE INVERSIONES AUDIOVISUALES LA SEXTA S.A., en escrito fechado el día 21 de Junio del 2006 (Folios 94 y siguientes) y dirigido al Servicio de Defensa de la Competencia, SOLICITA una ampliación del plazo de diez días concedido en el requerimiento que se les hiciera, ex Artículo 46 de la Ley 30/1992 de 26 de Noviembre.

Petición a la que se accede por el Servicio de Defensa de la Competencia (Folio 98) en comunicación fechada el día 22 de Junio del 2006.

GESTORA DE INVERSIONES AUDIOVISUALES LA SEXTA S.A., en escrito fechado el día 27 de Junio del 2006, que tuvo su entrada en el Servicio de Defensa de la Competencia ese mismo día y fue registrado con el número 1858, da cumplimiento al requerimiento que se le hiciera, establece una serie de alegaciones (Folios 102 al 136 ambos inclusive) con diverso aporte documental (documentos 1 al 11 inclusive, obrantes a los Folios 137 al

231) SOLICITANDO que “se tenga por presentado este escrito junto con los documentos que se acompañan, dándoles a éstos el tratamiento de confidencial solicitado según los casos y se acuerde por este Servicio, conforme a lo previsto en el Artículo 36.3 de al LDC, no iniciar ningún tipo de procedimiento sancionador, acordándose el archivo de las actuaciones”.

CUARTO.- El Servicio de Defensa de la Competencia, el día 6 de Julio del 2006, y ante el silencio y tiempo transcurrido desde el requerimiento que le hiciera el día 8 de Junio al Consejo para las Emisiones y Retransmisiones Deportivas, del Consejo Superior de Deportes, *nuevamente le reitera* el mismo, “con el ruego de que se disponga lo necesario para que se facilite la información solicitada y se remita la misma, a la mayor brevedad posible” (Folio 232).

En idéntica fecha, 6 de Julio del 2006, y ante el silencio y el tiempo transcurrido, el Servicio de Defensa de la Competencia hace el mismo ruego a la Secretaria de Estado de Telecomunicaciones y para la Sociedad de la Información (Folio 233).

QUINTO.- El Subdirector General de Medios Audiovisuales, de la Secretaría de Estado de Telecomunicaciones y para la Sociedad de la Información, en escrito fechado el día 30 de Junio del 2006, registrado de salida el día 4 de Julio con el número 389 del Ministerio de Industria, Turismo y Comercio que tuvo su entrada en el Servicio de Defensa de la Competencia el día 11 de Julio del 2006 y fue registrado con el número 1963, tras hacer una serie de manifestaciones, **CONCLUYE** que “*a la vista del dictamen de la Abogacía del Estado se acordó dar por concluido el expediente informativo abierto, por falta de competencia del Ministerio de Industria, Turismo y Comercio, recogándose, no obstante, la sugerencia de la Abogacía del Estado, en el sentido de iniciar el estudio de las medidas que serían precisas para dotar de instrumentos más eficaces a la Administración con vistas a lograr el cumplimiento del artículo 4 de la Ley 21/1997 depositando claramente la competencia sobre en este Departamento*” (Folios 234 y siguientes).

Por su parte, el Consejo Superior de Deportes en escrito fechado el día 3 de Julio del 2006, que tuvo su entrada en el Servicio de Defensa de la Competencia el día 27 de Julio y registrado con el número 2097, contesta al requerimiento en cuatro escuetas páginas (Folios 239 al 242).

SEXTO.- El día 22 de Noviembre del 2006 el Director General del Servicio de Defensa de la Competencia ACUERDA el archivo de la denuncia presentada por Antena 3 de Televisión S.A., (Folios 243 al 258, ambos inclusive), que es notificado al denunciante, con expresión del recurso al que tiene derecho, con traslado al Tribunal de Defensa de la Competencia el 27 de Noviembre.

II.- ANTE EL ORDEN JURISDICCIONAL CIVIL.-

Independientemente de lo anterior y ante el orden jurisdiccional civil, A3TV presentaba con fecha 2 de Junio del 2006, demanda en solicitud de medidas cautelares, de la que conoció el Juzgado de lo Mercantil nº 2 de Madrid (Medidas cautelares 240/06) que fue desestimada.

GESTEVISION TELECINCO S.A., ese mismo día 2 de Junio del 2006 presentaba demanda en solicitud de la adopción de medidas cautelares, de la que conoció el Juzgado de lo Mercantil nº 4 de Madrid (Medidas Cautelares 293/06 G) que fue desestimada.

Tanto la denuncia presentada ante el Servicio de Defensa de la Competencia, como las demandas ante el orden jurisdiccional civil, partían de la comunicación-carta que como ANEXO II se acompañaba con el inicial escrito de denuncia y que en su literalidad dice

Querido M.:

Como seguramente conocerás, Telefónica de Contenidos, S.A.U. es titular de los derechos de emisión por televisión para el territorio español del próximo Campeonato del Mundo de Fútbol, que se celebrará en Alemania, a partir del 9 de junio de 2006.

Una vez obtenida la clasificación de la selección española para dicho Campeonato, te participo que es nuestra intención comercializar estos derechos de emisión televisiva entre todos aquellos operadores con cobertura en la totalidad del territorio español que tengan interés en acceder a este contenido.

Aprovecho esta oportunidad para avanzarte los paquetes de contenidos de este Mundial a los que puedes optar (se adjunta ficha). Es nuestra intención recibir tus ofertas no más tarde del próximo día 5 de enero de 2006, fecha a partir de la cual comenzaríamos las negociaciones oportunas para estudiar más a fondo tu oferta.

También quiero significarte que no contemplamos la posibilidad de sublicencia entre operadores y que, a la hora de efectuar la valoración de las ofertas, tendremos en cuenta, además de la propuesta económica, la cobertura y promoción que se vaya a dar del acontecimiento, así como los medios técnicos y de producción que necesite su compañía.

En todo caso, nuestra compañía actuará con pleno respeto de la Ley 21/1997, de 3 de julio sobre Emisiones y Retransmisiones de Competiciones y Acontecimientos Deportivos, así como de la Resolución de 27 de junio de 2005 de la Presidencia del Consejo para las Emisiones y Retransmisiones Deportivas que aprueba el catálogo de dichos acontecimientos para la temporada 2005-2006.

Teniendo en cuenta lo anterior, en el supuesto de que tu empresa estuviera interesada en la adquisición de los derechos de televisión de este Campeonato, Telefónica de Contenidos te invita a presentar su propuesta en el plazo arriba indicado, incluyendo la respuesta de la ficha adjuntada.

Quedo a tu disposición para cualquier aclaración al respecto. Aprovecho la ocasión para saludarte,

III- ANTE EL TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA.-

PRIMERO.- La Entidad Mercantil, ANTENA 3 DE TELEVISION S.A., el día 11 de Diciembre del 2006, interpone recurso contra el Acuerdo de Archivo del Servicio de Defensa de la Competencia (Folios 1 y siguientes).

Por consecuencia de la recepción de dicho escrito de recurso, recibido vía Servicio de Defensa de la Competencia y registrado con el número 2566, este Tribunal con amparo en lo dispuesto en el Artículo 48.1 de la Ley 16/1989 de 17 de Julio, de Defensa de la Competencia , dirige comunicación al Servicio para que: 1) remita el informe sobre el citado recurso, así como las actuaciones seguidas en ese Servicio; 2) no constando la fecha de la notificación del Acuerdo recurrido, debe indicarse fecha a fin de apreciar, en su caso, la extemporaneidad del recurso y proceder a su rechazo sin más trámite, según dispone el número 2 del precepto antes citado; y 3) dado que el recurrente no acredita ante este Tribunal la representación con la que actúa (aunque en su escrito dice presentar un poder como documento nº 1) deberá indicarse si aquélla consta en las actuaciones seguidas en ese Servicio y es bastante para recurrir de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 32.3 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

El Servicio de Defensa de la Competencia en comunicación fechada el día 14 de Diciembre del 2006, da cumplida respuestas a nuestro requerimiento (Folios 11 al 13).

SEGUNDO.- Este Tribunal de Defensa de la Competencia el día 22 de Diciembre del 2006 dicta Providencia de admisión a trámite del recurso

interpuesto por la entidad mercantil denunciante; se designa Ponente; y de acuerdo con lo dispuesto en el Artículo 48.3 de la Ley de Defensa de la Competencia se acuerda poner de manifiesto el expediente a los interesados a fin de que durante un plazo común de quince días hábiles, a contar desde el siguiente al de la notificación, formulen las alegaciones y presenten los documentos y justificantes que estimen pertinentes (Folios 14 y 15).

Providencia que es notificada a las partes interesadas y comunicada al Servicio de Defensa de la Competencia.

TERCERO.- La entidad mercantil denunciante, ANTENA 3 DE TELEVISIÓN S.A., en escrito fechado el día 15 de Enero del 2007, que tuvo su entrada en este Tribunal ese mismo día y fue registrado con el número 89, establece una serie de alegaciones y concluye SOLICITANDO que *“teniendo por presentado este escrito, se sirva admitirlo, y tenga por efectuadas las alegaciones que en él se contienen como complementarias a las ya efectuadas en nuestro escrito de recurso, y tras los trámites que en Derecho procedan, ordene al Servicio de Defensa de la Competencia la reapertura del expediente y el inicio de una nueva instrucción, con todo lo demás que en Derecho proceda”* (Folios 33 al 37).

La entidad mercantil denunciada, GESTORA DE INVERSIONES AUDIOVISUALES LA SEXTA S.A., en escrito fechado el día 19 de Enero del 2007, que tuvo su entrada ese mismo día y fue registrado con el número 125, establece una serie de alegaciones y concluye SOLICITANDO que *“... proceda a desestimar el recurso interpuesto frente al acuerdo de archivo de la denuncia interpuesta... declarando la firmeza del mismo”* (Folios 38 al 53).

Finalmente, la entidad mercantil denunciada SOGECABLE S.A., en escueto escrito (Folios 69 y 70) fechado el día 18 de Enero del 2007, que tuvo su entrada en este Tribunal el siguiente día 19 y registrado con el número 128, tras hacer una única alegación, concluye SOLICITANDO que *“teniendo por presentado el presente escrito, en tiempo y forma se sirva admitirlo y tenga por formuladas las presentes alegaciones”*.

CUARTO.- El PLENO del Tribunal deliberó y falló este asunto en la Sesión del día 18 de julio de 2007.

QUINTO.- Son partes interesadas en este expediente: ANTENA 3 DE TELEVISIÓN S.A., SOGECABLE S.A. y GESTORA DE INVERSIONES AUDIOVISUALES LA SEXTA S.A.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La Entidad Mercantil ANTENA 3 DE TELEVISION S.A., ante el Servicio de Defensa de la Competencia denunciaba a SOGECABLE (en adelante Sogecable o Cuatro) y GESTORA DE INVERSIONES AUDIOVISUALES LA SEXTA S.A., “por prácticas contrarias a los Artículos 1 y 6 de la Ley 16/1989 de 17 de Julio, de Defensa de la Competencia, así como al amparo del Artículo 7 de la citada norma legal, por actos de competencia desleal”.

Pretensión que fue desestimada por el Servicio de Defensa de la Competencia, en Acuerdo de Archivo de 22 de Noviembre del 2006.

Por consecuencia de ello, la Entidad Mercantil interpone recurso contra el citado Acuerdo de Archivo, con amparo en los Artículos 47 y 48 de la Ley 16/1989 de 17 de Julio, de Defensa de la Competencia y Artículo 110 de la Ley 30/1992, que desarrolla a lo largo de CINCO ALEGACIONES, para concluir suplicando “*la reapertura del expediente y el inicio de una nueva instrucción*”.

Así, la norma del Artículo 47 de la Ley 16/1989 de 17 de Julio, de Defensa de la Competencia autoriza a las partes interesadas a “*recurrir ante el Tribunal de Defensa de la Competencia los actos del Servicio de Defensa de la Competencia que decidan, directa o indirectamente, el fondo del asunto, determinen la imposibilidad de continuar un procedimiento o produzcan indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos*”.

Por ello, este Tribunal de Defensa de la Competencia, al admitir el recurso interpuesto, entra a conocer sobre el fondo del mismo, a fin de dar cumplida respuesta a las alegaciones o motivos desarrollados en dicho escrito y toda vez que la parte recurrente *expresamente sólo recurre* contra el Acuerdo de Archivo de su denuncia y dado que la misma tiene un antecedente causal necesario para así concluir, debemos hacer un previo pronunciamiento “por cuanto no se comprendería bien lo finalmente resuelto, sin abordar con el valor de *prima facie* las dos fases cronológicas” que llevaron a su denuncia.

SEGUNDO.- La **primera** de ellas tiene su amparo en el documento que como ANEXO II se acompaña al escrito de denuncia (carta-oferta) de **9 de Diciembre del 2005** a partir del cual y como *antecedente necesario* A3TV fija su denuncia. Criterio argumentativo que mantiene en el recurso, siempre eso sí mezclando ambos momentos cronológicos.

En dicho documento (carta-oferta) se puntualiza:

1º que Telefónica de Contenidos S.A., es titular de los derechos de emisión por televisión para el territorio español del próximo Campeonato del Mundo de Fútbol, a celebrar en Alemania a partir del **9 de Junio del 2006**.

En todo caso, nuestra compañía, actuará con pleno respeto a la Ley 21/1997 de 3 de Julio, sobre Emisiones y Retransmisiones de Competiciones y Acontecimientos Deportivos, así como la Resolución de 27 de Junio del 2005 de la Presidencia del Consejo para las Emisiones y Retransmisiones Deportivas, que aprueba el catálogo de dichos acontecimientos para la temporada 2005-2006.

2º que es intención de Telefónica de Contenidos S.A., comercializar esos derechos de emisión televisiva entre todos aquellos operadores con cobertura en la totalidad del territorio español que tengan interés en acceder a este contenido.

Para lo cual fija la fecha del **5 de Enero del 2006** para recibir ofertas, a partir de la cual *comenzaremos las negociaciones para estudiar más a fondo las ofertas recibidas.*

3º que Telefónica de Contenidos S.A., no contempla la posibilidad de sublicencias entre operadores, por lo que además de la propuesta económica tendrán en cuenta la cobertura, así como los demás medios técnicos y de producción.

El Artículo 4.4 de la Ley 21/1997, que la denunciante A3TV considera vulnerado, establece que *“los operadores o programadores de televisión cuyas emisiones no cubran la totalidad del territorio del Estado, **podrán** adquirir derechos exclusivos de retransmisión con la obligación de ceder los mismos, en **régimen de pública concurrencia** a todos los demás operadores o programadores, a los efectos de extender la transmisión al expresado ámbito nacional, **sin perjuicio** de los acuerdos que puedan existir entre operadores y programadores”*.

Al efecto, *deviene relevante* el aserto que vierte la A3TV en su escrito del recurso, cuando enfatiza en la Segunda Alegación, párrafo primero que *“...mi mandante **no presentase ofertas** a Telefónica de Contenidos S.A., cuya cesión ofertó al mercado”* tiene su conclusión en el siguiente párrafo segundo cuando dice que *“A3TV entendió, en aquel momento, que el contenido de los distintos paquetes ofrecidos por Telefónica **no eran lo suficientemente atractivos para garantizarle una rentabilidad económica”***.

De tales asertos cabe CONCLUIR:

- a) que A3TV era consciente de haberle sido ofertada por la titular de todos los derechos de retransmisión, en todas las tecnologías, del campeonato del Mundo de Fútbol a celebrar en Alemania, a partir del día 9 de Junio del 2006.

Oferta en régimen de pública concurrencia, que tenía una fecha final de recepción de ofertas el día 5 de Enero del 2006.

Oferta en régimen de pública concurrencia ex Artículo 1255 del Código Civil, dado que al ser la oferente una entidad mercantil, sujeta a los principios y reglas del Derecho Privado, no venía condicionada u obligada a sujetarse a los requisitos propios de los contratos administrativos del Derecho Público.

Así debe entenderse lo dispuesto en dicho Artículo 4.4 de la Ley 21/1997 que, en todo caso, no es una norma imperativa, sino de aplicación posibilista tras el *podrán y sin perjuicio*.

- b) no es menos cierto, que A3TV pudo presentar sus ofertas, con mayor o menor amplitud de contenidos, sujetas a su posibilidad de sublicenciar, toda vez que la carta-oferta era clara "...para recibir ofertas, a partir de la cual comenzaremos las negociaciones para estudiar más a fondo las ofertas recibidas".

De ahí que, en principio, si bien las ofertas *debían* acogerse a lo propuesto, *podrían* abordar otros planteamientos, que en todo caso serían causa de ulteriores negociaciones, incluida la posibilidad de sublicenciar los paquetes televisivos.

- c) no es menos cierto, que A3TV, por causas que ella sólo conoce, decide libre y voluntariamente no acudir a ofertar, pero resulta descriptivo su aserto de que "*en aquel momento, el contenido de los paquetes ofrecidos por Telefónica no eran lo suficientemente atractivos para garantizarle una rentabilidad económica*".

Debe enfatizarse, que A3TV sólo se refiere al contenido de los paquetes y no hace mención alguna a la posibilidad o imposibilidad de sublicenciar, cuestión ésta que aparece muy posteriormente en el debate.

- d) sentado todo lo anterior y siendo el fondo de la cuestión debatida el tantas veces citado documento de 9 de Diciembre del 2005 (carta-oferta) es cuando menos sorprendente, que A3TV no denunciara,

necesariamente, también a Telefónica de Contenidos S.A., por cuanto las actuaciones posteriores (denuncia y recurso) traen causa antecedente de aquél, de ahí que si el mismo no se ataca, debe concluirse que A3TV dejó precluir su derecho a hacerlo en tiempo hábil, lo que lleva a asumir que el inicial negocio jurídico tiene su final el día 5 de Enero del 2006, fijado como plazo máximo para hacer ofertas.

Lo que necesariamente determina, que cualquier otro negocio jurídico que pueda efectuarse y/o solemnizarse con posterioridad lo es *con valor ex novo* y sujeto a los derechos y obligaciones que el nuevo titular de los derechos de retransmisión pueda poner en el mercado, por cuanto *el nuevo (LA SEXTA) no es un mero intermediario, sino pleno propietario titular de la totalidad de los derechos de retransmisión del Campeonato del Mundo de Fútbol 2006, a celebrar en Alemania.*

Ciertamente lo hasta aquí establecido si bien no es motivo de recurso, *sensu strictu*, por lo que no sería causa de desestimación del recurso interpuesto por A3TV contra el Acuerdo de Archivo del Servicio de Defensa de la Competencia, no es menos cierto que goza del valor de antecedente necesario y condicionante firme de todo lo subsiguiente. En todo caso A3TV de manera un tanto intencionadamente confusa mezcla esta primera fase (ante la que se aquieta) con la segunda, que seguidamente abordaremos.

TERCERO.- La **segunda** fase es la propiamente objeto y fondo de la denuncia interpuesta por A3TV ante el Servicio de Defensa de la Competencia contra SOGECABLE y GESTORA DE INVERSIONES AUDIOVISUALES LA SEXTA S.A., *“por prácticas contrarias a los Artículos 1 y 6 de la Ley 16/1989 de 17 de Julio, de Defensa de la Competencia, así como al amparo del Artículo 7 de la citada norma legal, por actos de competencia desleal”*, y único objeto y motivo del recurso.

Vulneración de preceptos legales que ex Recurso amplía a los Artículos 81 y 82 del Tratado.

A3TV en su Primera Alegación del escrito de recurso establece en su plena literalidad que “el 5 de Junio del 2006 denunció ante el Servicio *tres conductas* contrarias a los Artículos 1, 6 y 7 de la LDC y Artículos 81 y 82 del Tratado CE, consistentes en: 1) la comisión por Sogecable y la Sexta de un acuerdo o práctica concertada que, tendría por objeto o al menos por efecto, el de impedir y restringir la competencia en el mercado nacional al repartirse entre ellas todos los derechos de explotación del Mundial de Fútbol (Alemania 7 de Junio a 9 de Julio de 2006); 2) el abuso, por parte de Sogecable, de su posición de dominio en el mercado nacional de la televisión de pago, siendo además, la única entidad en España que opera simultáneamente en este

mercado (a través de Digital +) y en el de la televisión en abierto (a través de su cadena analógica CUATRO); y 3) la comisión por Sogecable y La Sexta de una infracción del Artículo 7 de LDC, al haber incurrido en el supuesto previsto en el Artículo 15 de la Ley de Competencia desleal (en adelante LCD) que distorsiona gravemente las condiciones de competencia en el mercado relevante, al tiempo que afecta al interés público”.

Y seguidamente subraya como importante que “durante el trámite de información reservada la Dirección General de la Competencia entendió que, además de estas tres conductas, era necesario también analizar la posible existencia de un abuso de posición de dominio por parte de La Sexta en el mercado relevante, posición de dominio que ostentó desde el momento en que adquirió todos los derechos del Mundial de Fútbol 2006 en exclusiva, para todas las tecnologías y en un solo paquete. Es más, afirma la Dirección General de Competencia, se convirtió en monopolista de los derechos de retransmisión del Mundial citado en España”.

A3TV, con amparo en la Providencia para alegaciones, dictada por este Tribunal de Defensa de la Competencia el día 22 de Diciembre del 2006, elevó un escrito en el “que se remite íntegramente a las alegaciones ya efectuadas en el cuerpo del escrito de su recurso interpuesto ante ese Tribunal en el seno de este expediente”.

Partiendo del contenido que conforman los dos anteriores apartados de esta fundamentación jurídica, el recurso debería ser desestimado de plano, por cuanto la totalidad de las alegaciones que conforman, tanto su denuncia, como el posterior escrito del recurso atacan el documento de 9 de Diciembre del 2005 (carta-oferta de Telefónica de Contenidos S.A.) haciendo abstracción de los acontecimientos posteriores que *en modo alguno deben condicionar este segundo negocio jurídico y sus consecuencias*. Y ello al tratarse de dos negocios jurídicos independientes y con obligaciones y derechos distintos.

Sin perjuicio de ello y a mayor abundamiento, establecemos:

1º GESTORA DE INVERSIONES AUDIOVISUALES LA SEXTA S.A., solemniza con Telefónica de Contenidos S.A., un contrato en exclusiva para la totalidad de retransmisiones en España, del Campeonato Mundial de Fútbol 2006 a celebrar en Alemania.

Tal realidad se produce por cuanto A3TV, en uso y derecho de sus intereses comerciales renuncia a hacer oferta alguna, ni simple, ni condicionada a Telefónica de Contenidos S.A., *por cuanto entendió en aquel momento, que el contenido de los distintos paquetes ofrecidos **no eran lo***

suficientemente atractivos para garantizarle una rentabilidad económica.

Pero no puede presuponer que Telefónica de Contenidos S.A., también en el uso de sus derechos no pudiera concertar posteriores acuerdos, partiendo de otras ofertas y su posterior negociación, que culminaron con el suscrito con Gestora de Inversiones Audiovisuales La Sexta S.A.

Sociedad ésta que se convierte, no en una mera intermediaria como pretende la recurrente, sino en titular propietaria de todos los derechos de retransmisión del evento deportivo.

2º Deviene irrelevante, pero en todo caso entiende este Tribunal que debe abordar la alegación de falta de cobertura en la totalidad del territorio nacional por parte de La Sexta.

Tal aserto es inveraz. En aquel momento del año 2006 La Sexta tenía una cobertura real en la totalidad del territorio nacional, si bien en algunas partes del mismo carecía de cobertura física al no disponer algunos usuarios o consumidores de los medios técnicos necesarios para acceder a la imagen (antenas). Medios que son igualmente predicables para los usuarios de TV que quieran acceder a las imágenes servidas por A3TV si no disponen de la antena necesaria para su recepción.

En todo caso, al no venir condicionada en modo alguno, conviene ex Artículo 1255 del Código Civil negociar con otras cadenas, del modo y manera que entiende benefician sus intereses comerciales.

Es relevante, a estos efectos, que la propia A3TV y alguna otra (T5), se dirigen a La Sexta para ponerse a su disposición, con la finalidad de colaborar en las retransmisiones y al amparo de su libertad empresarial, La Sexta terminó por desestimar tales pretensiones y culminar otras negociaciones.

En este sentido, el Servicio de Defensa de la Competencia establece en su Acuerdo de Archivo que *“y aunque las emisiones de La Sexta se recibían en todas y cada una de las Provincias Españolas –de forma que disponía de cobertura suficiente para garantizar la recepción de su seña – no se producía la correcta recepción física de esa señal por parte de todos los ciudadanos, situación que llevó a La Sexta a plantearse la posibilidad de alcanzar algún acuerdo puntual con otro operador de televisión en abierto que pudiera garantizar una mayor implantación técnica..., así se iniciaron una serie de contactos con distintos operadores ... para realizar la emisión en abierto de los encuentros catalogados”*.

Asertos que no han sido desvirtuados por la recurrente.

3º en otro orden de cosas, la recurrente A3TV aborda el tema de las sublicencias. Esta “*no contemplación por parte de Telefónica de Contenidos S.A., de no contemplar el sublicenciar*” en modo alguno imposibilita dentro del marco negociador las ofertas recibidas, que no debemos olvidar A3TV nunca hizo, y la posibilidad cierta de llegar con posterioridad a acuerdos entre los que cabría abordar tal situación.

Es un hecho indubitado y ante el que se aquietan tanto A3TV como T5, que LA SEXTA se hace por contrato solemnizado con Telefónica de Contenidos S.A., con la retransmisión de la totalidad del Campeonato Mundial de Fútbol 2006 a celebrar en Alemania, sin ninguna limitación, por lo que adquiere la condición y cualidad de titular propietario de tales derechos y en el ejercicio de los mismos conviene *ex novo* contratar con quien le empece.

4º finalmente decir que, en aplicación de la *doctrina de los actos propios* A3TV carece de legitimidad para accionar y recurrir ahora sobre la oferta que Telefónica de Contenidos S.A., hizo en su momento a operadores y programadores del sistema de televisión, toda vez que ha precluido tal derecho y, consecuentemente, también para discutir la validez contractual del habido entre Telefónica de Contenidos S.A., y La Sexta por consecuencia de su no concurrencia a la oferta.

No obstante lo anterior, procede dejar acreditado, por ser causa esencial en esta segunda secuencia o fase discusiva que “en un momento posterior y ya La Sexta titular única del derecho a la retransmisión del evento deportivo, tanto A3TV como T5 *se mostraron interesados en compartir con ella los derechos de emisión en abierto de los partidos del campeonato Mundial de Fútbol de interés general*”. E iniciaron conversaciones negociadoras tendentes a ello lo que equivalía a concederle legitimidad suficiente para negociar como único titular y “*ante la falta de acuerdo, tanto A3TV como T5 interpusieron ante los Juzgados de lo Mercantil números 2 y 4 de Madrid, sendas demandas en solicitud de la adopción de medidas cautelares*” el día **2 de Junio del 2006** que fueron desestimadas por sendos Autos dictados el día 6 de Junio.

Dice un aforismo jurídico que “*no se puede pretender una cosa y la contraria al mismo tiempo*” o lo que es lo mismo, no puede la parte denunciante-recurrente A3TV sentarse a negociar con La Sexta, en cumplimiento de lo dispuesto en el Artículo 4.4 de la Ley 21/1997; reconocerle suficiente legitimidad y legitimación para hacerlo como única titular de los derechos de retransmisión del mundial; y tras no llegar a acuerdo alguno de colaboración, acudir ante el orden jurisdiccional civil-mercantil y ante este administrativo “denunciando la infracción del Artículo citado y en el que antes se amparaban para negociar”.

Tal acontecer de A3TV hace imposible la infracción del Artículo 4.4 de la Ley 21/1997 por parte de La Sexta, dado que la denunciante es sujeto activo de la pública concurrencia y, por el contrario, su conducta es incardinable en la norma del Artículo 7 del Código Civil.

CUARTO.- Una consideración final sobre el mercado. Este Tribunal comparte con el Servicio de Defensa de la Competencia la idea conceptual que “una vez vendidos por Telefónica de Contenidos S.A., a La Sexta los derechos de retransmisión del Campeonato Mundial de Fútbol 2006 no es de exigir una ulterior división en paquetes, ni acogerse a limitación alguna, dimanante de la carta-oferta inicial, por cuanto las ulteriores negociaciones han novado aquella inicial postura convencional”. En todo caso ya se había contemplado una, que podría ser considerada como suficiente “al distinguir entre partidos de interés general y partidos de no interés general”.

Este Tribunal de acuerdo con la doctrina de la Comisión “pone el acento en la libre concurrencia y en la separación de un mercado ascendente para los derechos de retransmisión de competiciones oficiales de fútbol” por cuanto los organismos de radiodifusión se ven inclinados a pagar unos precios más elevados. Es en ese mercado ascendente donde hay un monopolista de derechos (Telefónica de Contenidos S.A.) que mediante un sistema concurrencial vende a los competidores de otro mercado, el descendente, los derechos del Mundial.

El mercado descendente es el de los operadores de televisión, que compiten por las audiencias y en el que esos derechos de retransmisión no son sino *inputs* o *insumos* en su producción de oferta televisiva con la que competir en el mercado de la televisión en abierto. A nuestro juicio, es en ese mercado en el que hay que inscribir la actuación de La Sexta. Ítem más, La Sexta nunca dejó de utilizar sus derechos como operador para competir en el mercado de la televisión en abierto si bien, como no puede ser de otra manera, de acuerdo con sus propios intereses económicos, es decir, programando en directo y sublicenciando para la retransmisión en directo de partidos no catalogados, pero con posteriores retransmisiones en diferido, para un mejor aprovechamiento de la inversión realizada en derechos de retransmisión.

Es cierto que La Sexta se hace con todos los derechos de retransmisión del Campeonato Mundial de Fútbol 2006, pero no lo es menos que hay que contemplar su actuación en un mercado en el que esta mercantil es un entrante que explota un canal de televisión en abierto, con una cuota ligeramente superior al 5% de ese mercado en el momento de retransmisión del mundial, de acuerdo con los métodos convencionales de medición de

audiencias televisivas al uso. Y todo ello después de haber superado un procedimiento de concurrencia pública para su obtención. Por lo tanto no cabe decir que La Sexta sea un operador dominante en el mercado donde compite y ello solamente porque adquiriera todos los derechos en exclusiva de un acontecimiento como el Mundial de Fútbol 2006 en el mercado ascendente, entre otros posibles contenidos para cubrir su programación. En todo caso, si bien este acontecimiento multiplicó su cuota de mercado, no lo hizo hasta el punto de servir de indicio a un comportamiento desarrollado desde una posición de dominio en el mercado en el que compite La Sexta.

Por tanto, si la posesión en exclusiva de los derechos de retransmisión del Campeonato Mundial de Fútbol Alemania 2006 no implica una posición de dominio en el mercado de la televisión en abierto, el carácter anticompetitivo de los acuerdos con Sogecable-Cuatro tanto para retransmitir los partidos de fútbol catalogados de interés general (de acuerdo con la Ley 21/1997) como de los partidos no catalogados vendría dado, según la recurrente por “el objeto o la aptitud de los acuerdos para impedir, restringir o falsear la competencia”. Por una parte, en cuanto a los partidos de fútbol catalogados de interés general, como titular en exclusiva de los derechos, la situación cuya legalidad se supone a la vista de los anteriores fundamentos jurídicos, hubiera permitido a La Sexta retransmitirlos en su totalidad, sin necesidad de compartir su emisión con otros competidores. Es decir, el punto de partida es que todos los competidores de La Sexta estaban excluidos *ex ante* por virtud de dicha titularidad exclusiva, por lo que no se vulnera la norma.

Y en cuanto a la necesidad de la retransmisión de todos aquellos otros partidos de interés general (ex catálogo de competiciones definidas como de interés general) y en concreto en lo que al propio Campeonato Mundial de Fútbol 2006 se refiere (partidos jugados por la selección nacional, el partido de inauguración y la final del campeonato) lo deben ser en abierto y para todo el territorio nacional. Por ello, consideramos que un acuerdo para incorporar a un competidor a la retransmisión de esos encuentros, supone directamente una pérdida de cuota de mercado para la Sexta, que beneficia a los consumidores, en la medida que ahora puede elegir entre dos canales de televisión para ver el mismo partido catalogado de interés general, lo que es todo lo contrario a restringir la competencia.

Todo lo cual lleva al Tribunal a desestimar el recurso interpuesto por ANTENA 3 DE TELEVISIÓN S.A., contra el Acuerdo de Archivo dictado por el Servicio de Defensa de la Competencia el día 22 de Noviembre del 2006, que mantenemos en todos sus pronunciamientos, por cuanto no se ha producido la vulneración de los Artículos 1, 6 y 7 de la Ley 16/1989 de 17 de Julio, de Defensa de la Competencia.

Vistos los preceptos citados y los demás de general aplicación, **EL TRIBUNAL**

HA RESUELTO

UNICO.- Desestimar el Recurso interpuesto por ANTENA 3 DE TELEVISION S.A., contra el Acuerdo de Archivo dictado por el Servicio de Defensa de la Competencia el día 22 de Noviembre del 2006, de la denuncia interpuesta contra SOGECABLE S.A. y GESTORA DE INVERSIONES AUDIOVISUALES LA SEXTA S.A., que mantenemos en todos sus pronunciamientos.

Comuníquese esta Resolución al Servicio de Defensa de la Competencia y notifíquese a los interesados, haciéndoseles saber que es definitiva en la vía administrativa y que contra la misma sólo cabe Recurso Contencioso Administrativo a interponer en el plazo de DOS MESES ante la Audiencia Nacional, a contar desde el día siguiente al de su notificación.