



Roj: **SAP M 18320/2006 - ECLI: ES:APM:2006:18320**

Id Cendoj: **28079370252006100616**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Madrid**

Sección: **25**

Fecha: **18/12/2006**

Nº de Recurso: **130/2006**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **RAFAEL MARIA CARNICERO GIMENEZ DE AZCARATE**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

D. JOSÉ LUIS PÉREZ VALES, Secretario de la Sección 25ª BIS de la Audiencia Provincial de Madrid, DOY FE Y TESTIMONIO: Que en el rollo de apelación nº 130/06 ha recaído resolución del tenor literal siguiente:

AUDIENCIA PROVINCIAL DE MADRID

SECCION 25.BIS

SENTENCIA Nº

Fecha: 18 de diciembre de 2006

Rollo: RECURSO DE APELACION 130 /2006

Ponente: D. RAFAEL MARÍA CARNICERO JIMÉNEZ DE AZCÁRATE

Apelante: ANTENA 3 DE TELEVISIÓN, S.A.

PROCURADOR: MANUEL LANCHARES PERLADO

Apelado: LIGA NACIONAL DE FÚTBOL PROFESIONAL

PROCURADOR: CONSUELO RODRIGUEZ CHACÓN

Autos: 1438/04

Procedencia: JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA Nº4 DE MADRID.

Ilmos. Sres. Magistrados:

JOSE RUIZ RAMO

JOSÉ ARTURO FERNANDEZ GARCÍA

RAFAEL MARÍA CARNICERO JIMÉNEZ DE AZCÁRATE

En MADRID , a dieciocho de diciembre de dos mil seis .

VISTO en grado de apelación ante esta Sección 25 - BIS de la Audiencia Provincial de MADRID, los Autos de PROCEDIMIENTO ORDINARIO 1438 /2004, procedentes del JDO. PRIMERA INSTANCIA N. 4 de MADRID, a los que ha correspondido el Rollo 130 /2006 en los que aparecen como partes apelante/apelado ANTENA 3 DE TELEVISION S.A., y LIGA NACIONAL DE FUTBOL PROFESIONAL representados por los Procuradores D.MANUEL LANCHARES PERLADO y Dª CONSUELO RODRIGUEZ CHACON respectivamente, sobre reclamación de cantidad, y siendo Magistrado Ponente el/la Ilmo./Ilma. Sr./Sra. D./Dª RAFAEL MARÍA CARNICERO JIMÉNEZ DE AZCÁRATE.

ANTECEDENTES DE HECHO

La Sala acepta y da por reproducidos los antecedentes de hechos de la resolución recurrida.



PRIMERO.- Que los autos originales núm. 1438/04, procedentes del Juzgado de Primera Instancia Núm. 4 de los de Madrid, fueron remitidos a esta Sección Vigésimoquinta Bis de la Audiencia Provincial de Madrid, de conformidad con lo dispuesto en las Normas de Reparto aprobadas por la Sala de Gobierno del Excmo. Tribunal Superior de Justicia de Madrid.

SEGUNDO.- Que por el/la Ilmo./a. Sr./a. D/D^a.Magistrado/a- Juez del Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de Madrid se dictó sentencia con fecha 7 de junio de 2005 , cuya PARTE DISPOSITIVA dice así: FALLO.->Que debo estimar y estimo parcialmente la demanda formulada por el Procurador Don Manuel Lanchares Perlado, en nombre y representación de ANTENA 3 DE TELEVISIÓN, S.A., contra la LIGA NACIONAL DE FÚTBOL PROFESIONAL, representada por la Procuradora Doña Consuelo Rodríguez Chacón; y, en su consecuencia, debo condenar y condeno a la demandada a abonar al actor la cantidad de VEINTICINCO MILLONES QUINIENTOS MIL EUROS (25.500.000), más los intereses legales que devengue la citada cantidad desde el día 30 de diciembre de 2004 hasta la fecha de la presente resolución; y desde la fecha de la presente resolución y hasta su completo pago, se producirá, igualmente, el devengo del interés legal incrementado en dos puntos. Todo ello sin hacer especial pronunciamiento acerca de las costas procesales causadas.>

TERCERO.- Que contra dicha Sentencia se preparó e interpuso en tiempo y forma recurso de apelación por la representación tanto de la parte demandante como demandada, remitiéndose los autos a esta Sección Vigésimoquinta Bis, se señaló para deliberación, votación y fallo del presente recurso el día 4 de diciembre del año en curso.

CUARTO.- Que en la tramitación del presente recurso se han observado las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- ANTENA 3 DE TELEVISION formuló demanda contra la LIGA NACIONAL DE FUTBOL PROFESIONAL, ejercitando acción de indemnización de daños y perjuicios derivada del artículo 13.2 de la Ley de Defensa de la Competencia , en reclamación de 34.000.000 €. Fundamentó su acción en las conductas ilícitas y contrarias a la libre competencia en que la LNFP incurrió con relación a la adjudicación y reparto de derechos de transmisión por televisión de las competiciones nacionales oficiales de fútbol profesional para los años 1990 a 1998. La LNFP llevó a cabo una adjudicación de derechos de transmisión de forma contraria a la libre competencia a las dos televisiones en abierto y de cobertura nacional existentes en España, ANTENA 3 y TELECINCO. El carácter ilícito y contrario a la libre competencia fue declarado por el TDC, por la Audiencia Nacional y por el Tribunal Supremo. En virtud de la resolución dictada por el TDC, declaró la existencia de una conducta prohibida por los apartados 2 b) y 2 c) del artículo 6 de la Ley 16/1989 consistente en utilizar el poder en el mercado de la contratación de derechos de emisión de fútbol por televisión alterando la competencia en el mercado de la televisión ante la entrada de tres nuevos operadores, al provocar el bloqueo de acceso a las imágenes para dos de ellos. Declaró responsable a la Liga Nacional de Fútbol Profesional. Declaró la existencia de una conducta prohibida por el art. 1.1 de la Ley 16/1989 y por el artículo 85.1 del Tratado CE , consistente en el acuerdo suscrito entre la LNFP y las Televisiones Autonómicas para la cesión en exclusiva mundial, por ocho temporadas, con derecho de tanteo, retracto y contratación preferente de los derechos de emisión de 42 partidos de fútbol y de confección y retransmisión de resúmenes. Declaró la existencia de una conducta prohibida por el artículo 1.1 de la Ley 16/1989 consistente en el acuerdo suscrito entre la LNFP y Canal Plus, SA para la cesión en exclusiva por ocho temporadas de la retransmisión de 38 partidos de fútbol para cada temporada. Declaró la existencia de una conducta prohibida por el artículo 1.1 de la Ley 16/1989 consistente en el acuerdo suscrito entre las Televisiones Autonómicas y Canal Plus para la aceptación por parte de las Televisiones Autonómicas de que la Liga Nacional de Fútbol Profesional ceda la emisión de partidos en directo a Canal Plus y para la cesión de derechos de imagen sobre los resúmenes a Canal Plus durante ocho temporadas. Declaró la existencia de una conducta prohibida por el artículo 1.1 de la Ley 16/1989 consistente en el acuerdo suscrito entre las Televisiones Autonómicas y Televisión Española SA para la cesión en exclusiva por una temporada a TVE de la retransmisión en directo de 42 partidos de fútbol en el territorio no cubierto por las Televisiones Autonómicas y para la cesión de los resúmenes de fútbol. Ordenó la cesación de las prácticas prohibidas al finalizar la temporada 1993/1994. Impuso la obligación a las Televisiones Autonómicas de que permitieran el acceso a las imágenes de los resúmenes de las jornadas futbolísticas, mediante remuneración, a todos los operadores que lo desearan. Y finalmente impuso la multa de 147.500.000 Ptas. a la Liga Nacional de Fútbol Profesional.

Adujo la actora en su demanda que la actuación de la LNFP excluyendo a ANTENA 3 de la adjudicación de los derechos de retransmisión a favor de otras cadenas, privó a la demandante de los ingresos y beneficios por publicidad ligados a la retransmisión de los partidos objeto de ilícita adjudicación. Como consecuencia de dicha actuación, afirma la actora que hubo de retransmitir otros programas de menor rentabilidad publicitaria.



A juicio de la demandante, a consecuencia de la privación de esos beneficios sufrió un perjuicio económico, que es objeto de reclamación en la presente litis.

La sentencia de instancia, en resumen, estimó parcialmente la demanda, por importe de 25.500.000 € al considerar la relación de causalidad entre el acto ilícito y el daño causado. Y estimó que existió para la actora un lucro cesante derivado de la actuación contraria a la libre competencia llevada a cabo por la LNFP, al haberse privado a ANTENA 3 de una fuente de ingresos por publicidad. Sobre la base del dictamen pericial emitido a instancia de la actora por la empresa ERNST & YOUNG, que fijó el perjuicio económico entre 34 y 36 millones de euros; considerando, en resumen, que el método de cálculo del informe de ERNST & YOUNG era más razonable que el presentado por los otros peritos; y ponderando, finalmente, que ANTENA 3 había emitido fútbol los lunes o martes durante el periodo 1996/98, la Juzgadora a quo estimó parcialmente la demanda y fijó la indemnización en 25.500.000€.

Contra esta resolución se alzan ambos litigantes: La LNFP recurre la sentencia de instancia aduciendo varios motivos: que las conductas no constituyen per se infracción; que durante las temporadas 1996 a 1998, ANTENA 3 asumió y realizó contratos y no realizó reserva alguna, lo que implica imposibilidad de reclamar. Que ANTENA 3 no ha acreditado el perjuicio reclamado pese a correr con la carga de la prueba. Como motivo cuarto, se aduce que la demandante pretende enriquecerse injustamente. El quinto refiere interrupción del nexo causal, puesto que las exclusiones no las decidió la demandada sino las otras cadenas que competían con ANTENA 3. Subsidiariamente, invoca que en ningún caso la demandante podría reclamar por las dos últimas temporadas ni por las cuatro primeras. Que no procede la reducción proporcional del quantum, sino que deben respetarse las bases de la demanda. Finalmente, deben ser aplicados los artículos 1107 y 1103 CC .

ANTENA 3 solicita la íntegra estimación de la demanda, sosteniendo, en síntesis, que el perjuicio se produjo también durante las temporadas 1996/98, porque las retransmisiones se produjeron los lunes o martes, y las circunstancias de adquisición de esos partidos ponen incluso de manifiesto un daño adicional para ANTENA 3: el exceso de coste en que hubo de incurrir para acceder a ellos, precisamente por la necesidad de romper, a base de acuerdos económicos muy costosos, el monopolio generado previamente por las ilícitas adjudicaciones de la LNFP declaradas contrarias a la libre competencia. Y que la reducción o anulación del perjuicio así calculado durante alguna o alguna de esas temporadas sólo estaría justificada si en ellas ANTENA 3 hubiera tenido acceso, en condiciones no perturbadas por conductas económicas anticompetitivas, a partidos y días de emisión sustitutivos o equiparables económicamente a los que la LNFP reservó de forma ilícita a las televisiones públicas. Refiere que el informe pericial de ERNST & YOUNG valora expresamente este dato, y constata los importes adicionales que ANTENA 3 hubo de soportar para acceder a esos partidos.

Por una cuestión sistemática procederemos al análisis del recurso formulado por la demandada LNFP, y posteriormente el recurso de ANTENA 3.

SEGUNDO.- El primer motivo del recurso formulado por la LNFP refiere que ANTENA 3 hace derivar los daños de conductas que per se no constituyen la infracción, y al accionar al amparo del artículo 13.2 LDC no es posible prescindir del ilícito allí reclamado. Aduce la apelante que las conductas de la LNFP por sí solas no constituyen ilícito.

El artículo 13.2 LDC establece que la acción de resarcimiento de daños y perjuicios, fundada en la ilicitud de los actos prohibidos, podrá ejercitarse una vez firme la declaración en vía administrativa y, en su caso, jurisdiccional. En el supuesto que examinamos, la ilicitud de los actos fue declarada, como vimos en el fundamento jurídico anterior de esta resolución, por el TDC, y posteriormente por la Audiencia Nacional y por el Tribunal Supremo, en que se sanciona el abuso de la posición de dominio al disponer de los derechos de televisión de forma que se perjudica los derechos de unas empresas en beneficio de otras. Esto es lo ocurrido, según refiere la sentencia de la Audiencia Nacional, cuando se priva a algunas cadenas de televisión de la posibilidad de emitir los partidos de fútbol que mas interés suscitan en la audiencia, y ello pues se les está privando de una fuente sustancial de ingresos. Y la sentencia del Tribunal Supremo refirió que "sin la intervención protagonista de la LNFP -en su condición de titular «ex lege» de los derechos cedidos en exclusiva, con exclusión de los operadores denunciante- los acuerdos no habrían podido formalizarse ni consumarse el abuso de su posición dominante. La previsión de que tales acuerdos iban a producir el cierre de ese mercado relevante y, con ello, la exclusión de los competidores, se muestra por completo exigible. Tiene razón Antena 3 cuando afirma que la prueba irrefutable de la culpabilidad está cabalmente en los contratos que se firmaron, no siendo necesario además añadir quien tuvo de hecho la iniciativa de su firma, toda vez que, cualquiera que la tuviera, lo cierto es que la participación libre y voluntaria de la LNFP no puede dudarse. Afirmada la culpabilidad, no resulta preciso proceder a una valoración moral de las conductas".

El motivo debe por ello ser desestimado, al resultar la acción ejercitada conforme a lo dispuesto en el artículo 13.2 LDC , al ser el abuso de la posición de dominio en que incurrió la LNFP el fundamento de dicha acción.



TERCERO.- El siguiente motivo refiere que ANTENA 3, al acceder a la retransmisión de partidos durante las temporadas 1996/98, celebró contratos con las partes en conflicto, asumió y realizó pagos, y no realizó reserva de clase alguna, lo que deviene en la imposibilidad de reclamar. Dice la apelante LNFP que conforme a la doctrina de los actos propios y los artículos 1258 y 7 CC, le es imposible reclamar. Afirma que si ANTENA 3 hubiera dicho al celebrar estos contratos que iba a reclamar 34 millones de euros, dichos contratos no se hubieran celebrado.

El principio general de derecho que sostiene la inadmisibilidad de venir contra los actos propios, como consecuencia del principio de buena fe y de la exigencia de observar una conducta coherente dentro del tráfico jurídico, exige que los actos propios sean inequívocos, en el sentido de crear, definir, fijar, modificar, extinguir o esclarecer sin duda alguna una situación jurídica afectante a su autor y asimismo que exista una incompatibilidad o contradicción según el sentido de la buena fe que hubiera de atribuirse a la conducta precedente - STS de 18 de enero de 1990, 5 de marzo de 1991, 4 de junio y 30 de octubre de 1992, 12 y 13 de abril y 20 de mayo de 1993, 17 de diciembre de 1994, 31 de enero, 30 de mayo y 30 de octubre de 1995, 21 de noviembre de 1996, 29 y 30 de noviembre de 1998, 4 de enero, 13 de julio, 1 de octubre y 16 de noviembre de 1999, 23 de mayo, 25 de julio, y 25 de octubre de 2000, y 18 de noviembre de 2003 -. Es necesario, por lo tanto, que los actos sean inequívocos y concluyentes. En el supuesto sometido a nuestra consideración, ANTENA 3 siguió el procedimiento para instar la reclamación, a través de las sucesivas instancias -TDC, Audiencia Nacional y Tribunal Supremo-, necesario para el ejercicio de la acción ex artículo 13.2 LDC, procedimiento del que la ahora apelante LNFP tenía cabal conocimiento al estar personada en los mismos. Por lo tanto, dicha doctrina no es aplicable al supuesto de autos, pues no consideramos incompatible la realización de dichos contratos con el ejercicio de la presente acción.

CUARTO.- El siguiente motivo refiere que ANTENA 3 no ha acreditado el perjuicio reclamado. Aduce la apelante que la sentencia recurrida prejuzga la existencia de perjuicio y, a partir de allí, cae en manos del dictamen de la actora. Aduce el recurrente que no cabe presumir que, porque se prive a alguien de un evento que genere muchas audiencias y se manejen cifras astronómicas, automáticamente comporta que se le prive de una ganancia, pues, para ello, es necesario determinar qué costes hubiera tenido que soportar, y verificar qué beneficios obtuvo de la programación emitida alternativamente a dicho evento, y si dichos beneficios absorberían la eventual ganancia dejada de obtener. Refiere la LNFP que falta la acreditación del perjuicio por ANTENA 3, cuestionando, en resumen, el informe pericial de ERNST & YOUNG fundamento de la pretensión de la actora. Dice que, en dicho informe, los ingresos por publicidad han sido sobreestimados; el precio por la retransmisión de los derechos del fútbol que contiene dicho informe se imputa a un concepto "precio razonable del fútbol" que luego permite justificar el perjuicio, y que es imposible que un mercado de libre competencia sea el comprador el que fije el precio. Que no puede admitirse que dicho "precio razonable" de adquisición de los derechos, en que se fundamenta el informe pericial para determinar el perjuicio, sea seis veces inferior a la oferta de ANTENA 3, e incluso tres veces inferior al contrato suscrito en el año 1987, tres años antes, que incluía menos partidos y en el que sólo pujaban las televisiones públicas. Asevera en su recurso la LNFP que el método utilizado para determinar el perjuicio y, por lo tanto, el "precio razonable", es inadecuado y, además, a dicho "precio razonable", ANTENA 3 nunca habría podido obtener dichos derechos.

Según el Tribunal Supremo - STS 26 de septiembre de 2002 - principio básico de la determinación del lucro cesante es que se delimita por un juicio de probabilidad. A diferencia del daño emergente, daño real y efectivo, el lucro cesante se apoya en la presunción de cómo se habrían sucedido los acontecimientos en el caso de no haber tenido lugar el suceso dañoso, en el caso de autos, de no haberse producido un abuso de la posición de dominio. El fundamento de la indemnización del lucro cesante ha de verse en la necesidad de reponer al perjudicado en la situación en que se hallaría si el suceso dañoso no se hubiera producido, lo que exige, como dice el artículo 1106, que se le indemnice la ganancia que haya dejado de obtener. El pronóstico ulterior de los hechos en orden a la concreción de las ganancias frustradas no puede lógicamente ser hecho, para que tenga efectos jurídicos, por el perjudicado mismo. Ello indica que ha de huirse de un criterio meramente subjetivo, y que fundamentalmente se seguirá un punto de vista objetivo, que será generalmente el del Juez o perito imparcial que haya de determinar la ganancia frustrada que tenga en cuenta el curso ulterior de los hechos en su decisión.

Proyectando estas directrices sobre el supuesto sometido a la consideración de la Sala, procederemos al análisis del informe pericial presentado por la demandante ANTENA 3 televisión, con el objeto de examinar si dicho dictamen cumple los requisitos de objetividad y razonabilidad, y si sus premisas son convenientes para que pueda servir de fundamento a la pretensión indemnizatoria de la actora.

El dictamen de ERNST & YOUNG -folios 403 a 567 de los autos- pretende determinar el perjuicio sufrido por ANTENA 3 derivado de la imposibilidad de retransmitir en directo los partidos de fútbol que fueron objeto de adjudicación. Para calcular el perjuicio económico, dicho informe parte de una variable o premisa cual



es determinar el precio de adquisición de los derechos de retransmisión del fútbol, que el dictamen califica como "precio razonable de fútbol", y define como "el precio que un inversor racional, desde un punto de vista financiero y en un marco de libre competencia no alterado por el abuso de la posición dominante y demás conductas declaradas ilícitas por el TDC, habría pagado en 1990 por tener acceso a los beneficios potenciales mencionados". El perjuicio se calcularía hallando el valor de los resultados del fútbol menos el valor de los resultados de la programación alternativa, lo que daría el perjuicio económico, con la consiguiente capitalización en el año 2004. Así, uno de los primeros pasos de dicho informe consiste en calcular el precio a abonar por los derechos de emisión que hubieran permitido esos ingresos. Tras sucesivos cálculos, dicho informe fija en 12.163.000€ el precio que en un marco de libre competencia hubiera sido el de los derechos de adquisición del fútbol.

Pues bien, a la Sala no le convence la forma de cálculo de esta primera proposición, "precio razonable del fútbol", por varias razones: la primera, y más importante, porque el llamado en dicho informe "precio razonable del fútbol" se trata de una mera hipótesis, sin sustento real alguno. Dicho precio no es un precio de mercado, ni siquiera de las últimas transacciones anteriores a 1990, es un tercio inferior al pagado en el año 1987 por dichos derechos de adquisición, y un séptimo inferior al ofertado por la propia actora para la adquisición de dichos derechos en 1990.

La segunda, porque el TDC ya barajaba precios superiores al "razonable", al decir que "en 1989, ante la inminente aparición de las televisiones privadas y previamente a la apertura del concurso, la LNFP rechazó una oferta de las televisiones públicas para cinco años que suponía un incremento aproximado del 50% sobre los precios que estaba obteniendo, e incluso una oferta de UNIVISION CANAL 1 que ascendía 18.500 millones de pesetas". La propia Audiencia Nacional, en la sentencia que ratificó la resolución del TDC, refirió que "la realización de varios contratos de contenido parcial habría podido permitir una estimulación del mercado, una ampliación de la competencia y un posible aumento del precio de los derechos cedidos". En síntesis, ambas resoluciones vienen a sugerir que los precios hubieran podido incluso ser superiores al de adjudicación.

La tercera, porque los propios peritos de ERNST & YOUNG que sostuvieron su informe durante el juicio, admitieron que era un informe de pura de teoría económica -vídeo grabación, CD 1, 2:09-, cuando a juicio de la Sala, el precio de adquisición debiera haberse fijado con premisas reales, precios de mercado, y no de teoría económica. Además, los propios peritos reconocieron que carecían de experiencia en el mercado futbolístico, y afirmaron que el "precio razonable" era un modelo del cálculo, un modo de ejemplo, el precio que un inversor racional hubiera pagado, y que la adjudicación podría verificarse de modos muy diversos -de hecho, como hemos referido, se venían pagando cantidades muy superiores-.

La cuarta, porque la propia ANTENA 3 realizó una oferta seis veces superior al "precio razonable", oferta que los peritos de ERNST & YOUNG explicaron en el sentido de que "en aquellos momentos ANTENA 3 consideró oportuna esa oferta para adquirir los derechos del fútbol", lo cual también desvirtúa la hipótesis de "precio razonable", demostrándose así que no es un precio real y es un precio puramente teórico para un estudio financiero, y nada más.

La quinta, porque el perito Sr. Jose Carlos refirió que el método aplicado por ERNST & YOUNG es un método económico para la cartera de un inversor bursátil que deseara distribuir sus valores en renta fija y variable y que tuviera aversión al riesgo, y no es un método que se refiera a empresas. Sus hipótesis son que los inversores tienen expectativas homogéneas, libres de riesgo, son hipótesis que hacen referencia a un inversor bursátil -vídeo grabación CD2, 21:25-. El propio informe de ERNST & YOUNG refleja que se refiere a inversores bursátiles -véase folio 529 de los autos-: "así, cualquier inversor que hubiera deseado invertir en valores de empresas de Televisión en abierto... hubiera exigido la siguiente rentabilidad para el siguiente horizonte de inversión". El perito Sr. Jose Carlos refirió que es un método controvertido, muy lógico para explicar cómo forma un inversor sensato su cartera, pero que no sirve para explicar el funcionamiento del mercado en su conjunto. Refirió el perito que el concepto de "precio razonable" se determina mediante la actualización de unos flujos de ingresos previstos para la explotación de un contrato a un tipo de interés, que ese tipo de interés se determina en base a la rentabilidad para el accionista de unas acciones de una compañía distinta. Pero que un valor intangible como son los derechos de adquisición del fútbol debe determinarse en función del mercado o de las transacciones más recientes -vídeo grabación CD 2, 30:59-.

La sexta, porque el perito Sr. Jose Francisco , experto en la materia, refirió, a propósito del "precio razonable del fútbol", que "los costes del fútbol que se presentan son muy diferentes a los costes de mercado", que los precios -CD 3, 10:49- "han ido aumentando significativamente a medida que evolucionó el mercado desde los años 80, y que el precio era forzosamente superior al de adjudicación del año 1987, pues a mayor competencia, mayor precio, siendo impensable que el precio en el año 1990 fuera un tercio inferior al del año 1987".



Por estas razones, consideramos que la premisa de "precio razonable" para la adquisición de los derechos del fútbol, de la que parte el informe de ERNST & YOUNG que sirve de fundamento para justificar el perjuicio, no es una premisa real, u objetiva, sino puramente teórica o subjetiva, debiendo haberse fundamentado la proposición del precio de los derechos de adquisición del fútbol en los precios de mercado o de las últimas transacciones.

Ello aparte, otros extremos de dicho informe no nos parecen convincentes: considera en tres el número de competidores para la adquisición de los derechos -TVE y AUTONOMICAS como único competidor, ANTENA 3 y TELECINCO-, adjudicando de esa forma a ANTENA 3 un tercio de los ingresos publicitarios, cuando podían haber competido otras empresas -no necesariamente de televisión, para, posteriormente, revender los derechos, por ejemplo-. Al respecto, el perito Sr. Jose Francisco refirió que los derechos de fútbol se venden y hay posibilidad de ganar o perder, y, además, no se reparten equitativamente. También parte el informe de ERNST & YOUNG de la proposición de la mayor rentabilidad del fútbol, cuando el perito Sr. Jose Francisco refirió que la rentabilidad del fútbol no es necesariamente mayor que un producto alternativo. El propio director de control de gestión de ANTENA 3 admitió -CD 1, 1:37- que "ANTENA 3 y TELECINCO no retransmiten fútbol y son líderes de audiencia".

Otro aspecto relevante es que las rentabilidades manejadas en el informe de ERNST & YOUNG están alejadas de las rentabilidades medias de ANTENA 3, según refirió el perito Sr. Jose Carlos -CD 2, 43:17-. Tampoco es comparable tomar como referencia en el informe presentado por la actora la compañía CBS, que ya emitía en la década de los 40, con ANTENA 3 que comenzó a emitir en 1990.

No pasamos por alto otro dato que nos parece relevante del informe de ERNST & YOUNG, y con el que tampoco podemos mostrar conformidad, y es que asume unos ingresos por publicidad de retransmisión en directo de los partidos por tres horas, superior a la que en la práctica están dispuestos a considerar, que son dos horas, como informó el perito Sr. Jose Francisco .

Concluyendo, es doctrina reiterada del Tribunal Supremo - STS 15-7-1998 - que el lucro cesante o ganancias perdidas, ha de probarse con rigor, no valiendo ni siendo de aceptar que sean dudosas, contingentes, no fundadas, o basadas en esperanzas. El perjuicio necesita prueba cumplida, la disminución efectiva sufrida a causa del impedimento; estas ganancias perdidas, que requieren gran rigor, para evitar lo que llamara el Tribunal Supremo sueños de ganancias, se han de acreditar de acuerdo a las circunstancias de cada caso, con los detalles concretos que el tema requiera, y con la finalidad de constatar esa conexión entre las ganancias dejadas de percibir, y el hecho que se dice generador de esa situación. Y en el supuesto sometido a nuestra consideración, convenimos que las conclusiones del dictamen de ERNST & YOUNG, en que la demandante fundamenta su perjuicio económico, están basadas en un escenario teórico y subjetivo que no se ajusta a la realidad. Considera la Sala que para comprobar la rentabilidad del fútbol, no debiera haberse partido de proposiciones puramente teóricas, sino de escenarios reales, como podía haber sido comparar las rentabilidades de los partidos de fútbol obtenidas por otras cadenas que resultaron adjudicatarias - abonando precios objetivos y no "precios razonables" de adquisición- y que emitieron partidos de fútbol, con la rentabilidad de ANTENA 3 con la programación alternativa durante ese periodo. Y no partir de datos o premisas que no resultan de un mercado de libre competencia, como es el "precio razonable del fútbol", o compartir derechos audiovisuales con otros tres competidores, cuando podían haber sido más. Y finalmente, debemos destacar nuevamente que las televisiones comerciales pueden obtener excelentes resultados de audiencia sin retransmitir partidos de fútbol, como es el caso de ANTENA 3, cuyo Director de control de gestión reconoció que ni ANTENA 3 ni TELECINCO emiten fútbol y, a la postre, son líderes de audiencia. Lo que nos lleva a concluir que ANTENA 3 no ha acreditado cumplidamente, por lo expuesto, el perjuicio reclamado en esta litis, al fundamentar el mismo en un dictamen pericial que, como hemos evidenciado, se fundamenta en presupuestos puramente teóricos y subjetivos y no en la realidad, por lo que el motivo del recurso formulado por la LNFP debe ser estimado.

La estimación del presente motivo recurso hace ocioso el estudio de los motivos restantes de la apelación formulada por LNFP. Como también resulta estéril proceder al análisis del recurso formulado por ANTENA 3, recurso que se fundamenta en el dictamen referido y que ya ha sido objeto de examen, lo que hace que sea desestimada la apelación de ANTENA 3.

QUINTO.- En conclusión, a ANTENA 3 le incumbía en la presente litis la carga de probar el perjuicio cuyo importe es objeto de reclamación. Perjuicio que, por lo ya expuesto, no ha acreditado, debiendo por consiguiente ser estimado el recurso formulado por la LNFP, y desestimado el recurso formulado por ANTENA 3 TELEVISION. Por lo tanto, debe ser revocada la sentencia de instancia en su integridad, debiendo ser dictada otra en esta alzada que desestime las pretensiones de la parte actora



Con relación a las costas, tanto por las dudas fácticas que podía suscitar el objeto de autos, como por la declaración del TDC, declarando que la adjudicación de los derechos de transmisión se llevó a cabo de forma contraria a la libre competencia, nos lleva a considerar que hagamos uso de la facultad prevista en el artículo 394 LEC para no hacer expresa imposición de las costas de primera instancia.

La estimación del recurso de apelación formulado por la LNFP conlleva que no hagamos especial pronunciamiento en cuanto a las costas de su recurso, artículo 398 LEC .

A pesar de la desestimación del recurso de apelación formulado por ANTENA 3 TELEVISION, juzgamos que, por las dudas fácticas expresadas, no procede hacer especial pronunciamiento en cuanto a las costas del recurso.

Vistos los preceptos legales citados y demás de general aplicación,

FALLAMOS

Que estimando el recurso de apelación interpuesto por la LIGA NACIONAL DE FUTBOL PROFESIONAL, representada por la Procurador Sra. Rodríguez Chacón; y desestimando el recurso de apelación formulado por ANTENA 3 DE TELEVISION, S.A., representada por el Procurador Sr. Lanchares Perlado; contra la sentencia dictada el 7 de junio de 2005 por el Juzgado de Primera Instancia número 4 de Madrid en el Procedimiento Ordinario 1438/2004, revocamos la expresada resolución. Y en su lugar, acordamos: desestimar íntegramente la demanda formulada por ANTENA 3 TELEVISION, contra la LIGA NACIONAL DE FUTBOL PROFESIONAL, absolviendo a la demandada de las pretensiones de la demanda. No se hace expresa imposición de las costas de primera instancia.

No se hace especial pronunciamiento en cuanto a las costas del recurso interpuesto por la LIGA NACIONAL DE FUTBOL PROFESIONAL.

No se hace especial pronunciamiento en cuanto a las costas del recurso de apelación formulado ANTENA 3 TELEVISION.

Así por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACION.- Dada y pronunciada fué la anterior Sentencia por los Ilmos. Sres. Magistrados que la firman y leída por el/la Ilmo. Magistrado Ponente en el mismo día de su fecha, de lo que yo el/la Secretario certifico.

La anterior copia concuerda bien y fielmente con su original al que me remito; y para que conste a los efectos oportunos, expido y firmo el presente. En Madrid, a veintiocho de diciembre de 2006.