

**ACUERDO POR EL QUE SE ARCHIVA LA DENUNCIA PRESENTADA POR
MEDIASET COMO CONSECUENCIA DE LA ADJUDICACIÓN DE LOS
DERECHOS DE EMISIÓN DE LA FINAL DE LA COPA 2018/19 A LA CRTVE**

IFPA/DTSA/012/19

SALA DE SUPERVISIÓN REGULATORIA

Presidenta

D^a. María Fernández Pérez

Consejeros

D. Benigno Valdés Díaz

D. Mariano Bacigalupo Saggese

D. Bernardo Lorenzo Almendros

D. Xabier Ormaetxea Garai

Secretario de la Sala

D. Joaquim Hortalà i Vallvé, Secretario del Consejo

En Madrid, a 13 de noviembre de 2019

Vista la solicitud formulada por Mediaset España Comunicación, S.A. relativa a la adquisición de derechos de emisión de la Final de la Copa 2018/19, la **SALA DE SUPERVISIÓN REGULATORIA** acuerda lo siguiente:

I ANTECEDENTES

PRIMERO. - Escrito de denuncia de Mediaset

Con fecha 13 de mayo de 2019 tuvo entrada en el Registro de esta Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (en adelante, CNMC) escrito de Mediaset España Comunicación, S.A. (en adelante, Mediaset) mediante el cual pone en conocimiento de esta Comisión el posible incumplimiento, por parte de la Corporación Radio y Televisión Española S.A. (en adelante, CRTVE) del artículo 43.7 de la Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de la Comunicación Audiovisual (en adelante, LGCA).

La denuncia presentada por Mediaset pone de manifiesto determinadas irregularidades que, según este agente, podrían haberse producido en el procedimiento de adjudicación de los derechos de la Final de la Copa de S.M. el Rey 2018/19.

En concreto, Mediaset relata los siguientes hechos:

- El 23 de abril de 2019, la Real Federación Española de Fútbol (en adelante, RFEF) publicó las bases del procedimiento de contratación de los derechos de retransmisión audiovisual relacionados con la final del de la Copa de S.M. el Rey 2018/19. En este proceso de licitación participaron las entidades Mediaset, CRTVE y Atresmedia Corporación de Medios de Comunicación, S.A. (en adelante, Atresmedia). La oferta presentada por la entidad Media Mediaproducción S.L.U (en adelante, Mediapro) fue excluida del concurso por decisión de la RFEF.
- El 7 de mayo de 2019, la RFEF notificó a los participantes el inicio de una segunda ronda de ofertas, al no haberse alcanzado por ninguna de las ofertas recibidas en primera ronda las condiciones mínimas exigidas.
- La segunda ronda de ofertas concluyó el 10 de mayo y a la misma concurren las entidades Mediaset y CRTVE, resultando esta última entidad adjudicataria del concurso.

En relación con los citados hechos, Mediaset considera que se han podido producir los siguientes incumplimientos por parte de la entidad pública:

1) Incumplimiento del artículo 43.7 de la LGCA, que establece límites a la CRTVE para concurrir a subastas y pujar por derechos de emisión de contenidos de gran valor comercial como sería la final de la Copa.

En concreto, Mediaset considera que la presentación por la CRTVE de una segunda oferta por los derechos subastados necesariamente superior a la efectuada en la primera ronda de la subasta acredita la existencia de una sobrepuja y, por tanto, un incumplimiento de la prohibición impuesta al operador público por la LGCA.

2) Incumplimiento de las normas esenciales en el procedimiento de adjudicación de derechos.

Mediaset pone en entredicho la validez y legitimidad del procedimiento de subasta efectuado, ya que considera posible que la CRTVE haya podido acceder a información privilegiada sobre las condiciones económicas ofrecidas por el resto de concurrentes, incumpliendo así con una de las normas esenciales de los procedimientos como es el necesario secretismo de las ofertas.

3) Incumplimiento de los límites impuestos por la LGCA para la financiación de eventos deportivos por parte de la CRTVE.

La denunciante considera que la CRTVE podría haber utilizado, en contravención con lo previsto en la normativa sectorial, la compensación pública para adquirir los derechos objeto del presente procedimiento. En base a ello considera necesario que se analice la concreta partida contable que haya podido

destinar la CRTVE a la citada adquisición pues, afirma Mediaset, bastaría que el operador público reservase y destinase los ingresos provenientes de un origen distinto a la compensación pública, como así señala el artículo, para concurrir a las subastas de contenidos de gran valor comercial y burlar, de ese modo, la finalidad y objeto de las obligaciones impuestas por la LGCA.

Sobre la base de todo lo anterior, Mediaset considera que la oferta presentada por la CRTVE en segunda ronda debe considerarse una oferta no válida o tenerse por no presentada, solicitando por ello a la CNMC la adopción de medidas provisionales en virtud de las cuales se adoptasen las medidas oportunas para el cumplimiento de la Ley y que supusiesen la adjudicación legítima de los derechos subastados en favor de Mediaset.

SEGUNDO. - Actuaciones judiciales vinculadas al presente expediente

Con fecha 20 de mayo de 2019, la CNMC tuvo conocimiento del contenido del auto dictado por el Juzgado de lo Mercantil nº 12 de Madrid, en el marco de un procedimiento de Medidas Cautelares Previas¹ planteado por Mediaproducción S.L.U (en adelante, Mediapro) contra la RFEF, a través del cual el Juez de Instrucción ordenaba lo siguiente:

(i) Ordenar a la RFEF, cautelarmente, que incluya a MEDIAPRO entre las ofertas a considerar para la adjudicación de la titularidad de las facultades de comercialización de los derechos audiovisuales de la Final de la Copa de S.M. el Rey a la que se refiere la Invitación de Recepción de Ofertas de fecha 23 de abril de 2019 emitida por la RFEF.

(ii) Ordenar a la RFEF, cautelarmente, retrotraer las actuaciones al momento inmediatamente anterior al acuerdo adoptado por dicha Federación el pasado 7 de mayo de 2019 que supuso la exclusión de la oferta realizada por MEDIAPRO en el seno del proceso competitivo destinado a adjudicar los derechos audiovisuales derivados de la celebración de la Final de Copa de S.M. el Rey.

(iii) Ordenar a la RFEF, cautelarmente que, habiendo incluido a MEDIAPRO entre las ofertas a considerar para la adjudicación la facultad de comercialización de los derechos audiovisuales de la Final de la Copa de S.M. el Rey, tramite de nuevo la adjudicación de los derechos televisivos conforme al procedimiento previsto.

Con fecha 24 de mayo, el Juzgado de lo Mercantil nº 12 de Madrid desestimó la petición de oposición a la citada medida cautelar planteada por la RFEF, ordenando la ejecución de lo dispuesto en auto de 20 de mayo.

En cumplimiento de este fallo, el mismo día 24 de mayo, el órgano de evaluación de la RFEF procedió a retrotraer las actuaciones para considerar nuevamente

¹ Medidas Cautelares Previas LEC 727 972/2019

las ofertas recibidas incorporando en la evaluación la oferta efectuada en su día por Mediapro.

Tras la nueva valoración de las ofertas recibidas, la RFEF adjudicó los derechos de emisión a la CRTVE al tratarse de la oferta más elevada, sin que en este caso tuviese lugar una segunda ronda de subasta.

TERCERO. - Comunicación del inicio del expediente de diligencias previas y requerimientos de información

Mediante escritos de 28 de mayo de 2019 se comunicó a Mediaset, CRTVE y la RFEF el inicio del presente periodo de información previa, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 55 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPAC). Asimismo, se requirió de los citados agentes determinada información adicional, necesaria para conocer las circunstancias del caso.

CUARTO. - Contestación a los requerimientos

Mediante escrito de 10 de junio de 2019, la RFEF aportó la información requerida por la CNMC junto al acto de inicio del procedimiento.

Por su parte, la CRTVE contestó a la solicitud de información formulada por la CNMC en fecha 24 de junio de 2019.

QUINTO. - Declaración de confidencialidad

Mediante escrito de 16 de octubre de 2019, se procedieron a declarar como confidenciales determinados elementos contenidos en la denuncia de Mediaset, así como en la contestación de la CRTVE y la RFEF a sus respectivos requerimientos de información, por contener información cuya difusión podría afectar al secreto comercial e industrial de estos agentes.

II FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO. - Competencia de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia

De conformidad con el artículo 1 de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (en adelante, LCNMC), esta Comisión *“tiene por objeto garantizar, preservar y promover el correcto funcionamiento, la transparencia y la existencia de una competencia efectiva en todos los mercados y sectores productivos, en beneficio de los consumidores y usuarios”*.

En este sentido, el apartado 8 del artículo 9 de la LCNMC, relativo a la *“competencia de supervisión y control en materia de mercado de la comunicación*

audiovisual”, señala que la CNMC vigilará “el cumplimiento de la misión de servicio público encomendada a los prestadores del servicio público de comunicación audiovisual de ámbito estatal, así como la adecuación de los recursos públicos asignados para ello, de acuerdo con lo dispuesto en el Título IV de la de la Ley 7/2010, de 31 de marzo”.

Esta función se concreta en el control del cumplimiento de las obligaciones establecidas en el Título IV de la LGCA y en el resto de obligaciones de servicio público que tiene la CRTVE, para lo que esta Comisión puede adoptar las recomendaciones o resoluciones necesarias para garantizar el control de la gestión y el cumplimiento del servicio público.

Por tanto, de conformidad con todo lo anterior, esta Comisión es competente para conocer de la denuncia presentada por Mediaset, dado que la misma se encuadra en lo relativo al control del cumplimiento de la misión de servicio público, ámbito sobre el que esta Comisión despliega sus competencias.

SEGUNDO. - Valoración de la denuncia y actuaciones de control y supervisión realizadas

El escrito de denuncia de Mediaset hace referencia a distintas cuestiones que afectan a la regulación específica que pesa sobre el prestador público de servicios de comunicación audiovisual a la hora de poder adquirir contenidos de gran valor comercial.

En efecto, en virtud de la misión de servicio público que tiene encomendada la CRTVE, la normativa le impone una serie de obligaciones y restricciones adicionales a la impuestas al resto de operadores, entre ellas las relacionadas con el sistema de financiación.

En este sentido, el artículo 43 de la LGCA, que regula la financiación de los prestadores del servicio público de comunicación audiovisual, en su apartado 7 dispone:

“En los términos establecidos por la Comisión Europea sobre la aplicación de las normas en materia de ayudas estatales a los servicios públicos de radiodifusión, los prestadores de servicios públicos de comunicación audiovisual no podrán subcotizar los precios de su oferta comercial y de servicios ni utilizar la compensación pública para sobrepasar frente a competidores privados por derechos de emisión sobre contenidos de gran valor en el mercado audiovisual”.

Este precepto se debe poner en relación con el artículo 3.1 de la Ley 8/2009, de 28 de agosto, de financiación de la CRTVE (en adelante, LFTVE) que viene a reiterar que la Corporación no podrá utilizar ninguno de los ingresos dispuestos en el artículo 2 de esa misma norma para sobrecotizar frente a competidores por derechos sobre contenidos de gran valor comercial, así como con el artículo 9.1

apartado i) que establece como obligación adicional a la entidad estatal *“limitar al 10% del presupuesto anual total de aprovisionamientos, compras y servicios exteriores la adquisición de derechos de emisión de los eventos deportivos oficiales catalogados por el Consejo Estatal de Medios Audiovisuales como de interés general y de gran interés para la sociedad que se fijarán en el contrato-programa, con exclusión de los Juegos Olímpicos y Paralímpicos”*.

Vistas las disposiciones legales a las que se encuentra sometido el prestador público, resta ahora analizar los posibles incumplimientos derivados de la denuncia Mediaset:

1) En relación con el posible incumplimiento del artículo 43.7 de la LGCA, que establece límites a la CRTVE para concurrir a subastas y pujar por derechos de emisión de contenidos de gran valor comercial.

Mediaset hace referencia a un posible incumplimiento del artículo 43.7 de la LGCA sobre la base de dos argumentos: (i) la presentación por parte de la CRTVE de una segunda oferta en un proceso de subasta acredita la existencia de una sobrepuja y, (ii) la final de la Copa es un contenido de gran valor comercial en el mercado, hecho que debería deshabilitar al ente público a participar en la adjudicación de derechos una vez verificada la existencia de una sobrepuja.

El análisis de esta primera cuestión planteada por Mediaset queda desvirtuada si atendemos a las distintas acciones judiciales acaecidas en relación con el procedimiento de licitación denunciado.

Como se indicaba en los antecedentes, en cumplimiento de lo ordenado por los autos judiciales dictados por el Juzgado de lo Mercantil nro. 12 de Madrid, con fechas 20 y 24 de mayo respectivamente, la RFEF procedió a retrotraer las actuaciones efectuadas en el seno del procedimiento de adjudicación de los derechos de emisión de la Final de la Copa 2018/2019, dejando sin efecto la segunda puja objeto de la denuncia de Mediaset.

No obstante lo anterior, y de cara a la necesidad de resolver sobre futuros procedimientos, resulta conveniente poner de manifiesto la existencia de precedentes en los que ya se ha resuelto sobre la capacidad de la CRTVE para concurrir en procedimientos de licitación de contenidos, en circunstancias similares al aquí cuestionado.

A la hora de efectuar este análisis debemos partir de lo establecido por la Sentencia de la Audiencia Nacional de 21 de marzo de 2014 (SAN 1500/2014), posteriormente confirmada por Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de julio de 2015 (STS 3619/2015), que se pronuncia sobre una demanda similar presentada por Mediaset contra la Resolución de fecha 1 de abril de 2011, de la Secretaría de Estado de Telecomunicaciones y para la Sociedad de la Información.

La denuncia presentada en aquella ocasión por Mediaset se refería a la subasta efectuada sobre determinados derechos sobre la Champions que se adjudicó a la CRTVE tras la celebración de una segunda ronda. Mediaset venía a poner en duda la validez de la adjudicación fundamentándose en los mismos argumentos esgrimidos en el presente caso ante la CNMC.

En su resolución, la SETSI argumentaba que el término sobrepujar se refiere a un comportamiento dirigido, mediante ofertas sucesivas, a expulsar a los posibles competidores, utilizando para ello una disponibilidad de recursos que no está al alcance de los competidores. Razonaba la SETSI que el hecho de que la CRTVE hubiera procedido a presentar una segunda oferta a instancias de la UEFA, tras haber resultado insuficientes las ofertas iniciales, no revelaba que la Corporación hubiese mejorado su oferta en atención a las ofertas de los demás competidores. En este sentido, siempre según la SETSI, la adjudicación consumada a partir de la segunda oferta efectuada por la CRTVE era, en realidad, la primera oferta ya que la UEFA había declarado desierta la primera puja. Por todo ello se concluía, que en ningún caso cabía calificar la actuación de la CRTVE como sobrepuja.

La precitada Sentencia dictada por la AN, refrenda este argumento indicando en su Fundamento Tercero que *“queda claro que la situación de hecho producida no es una sobrepuja o sobrecoctización, pues la primera subasta se declaró desierta al no haberse efectuado ninguna oferta suficientemente atractiva y se le permitió que los licitadores de la misma pudieran presentar nuevas ofertas. De esta forma, RTVE concurre a la segunda subasta, sin que conste que conociera el contenido de las ofertas efectuadas por otros competidores”*. Argumento confirmado con posterioridad por la Sentencia del TS.

Por tanto, de conformidad con lo establecido por los distintos estamentos judiciales, se debe concluir que la normativa específica aplicable a la CRTVE en relación con la adquisición de contenidos de gran valor comercial, no impide, como en el caso actual, que el operador público pueda participar en aquellos procedimientos de licitación en los que resulte necesario efectuar, para su adjudicación, una segunda oferta, una vez ha sido declarada desierta la primera licitación.

2) En relación con el incumplimiento de las normas esenciales en el procedimiento de adjudicación de derechos.

En su escrito de denuncia Mediaset pone en entredicho la posible existencia de información privilegiada por parte de la CRTVE en el proceso de licitación, si bien la denunciante no presenta evidencia alguna que acredite que la Corporación tuviera información de sus competidores a la hora de efectuar sus ofertas.

En todo caso, la valoración de un posible incumplimiento de los requisitos esenciales de este tipo de procedimientos quedaría fuera del ámbito

competencial de esta Comisión, debiendo acudir la denunciante a las instancias competentes.

3) En relación con el incumplimiento de los límites impuestos por la LGCA para la financiación de eventos deportivos por parte de la CRTVE.

Por último, Mediaset se refiere al posible uso indebido de la compensación pública que recibe de forma anual la CRTVE para concurrir a la adquisición de los derechos objeto del presente procedimiento.

Como ya se ha indicado con anterioridad, la legislación permite a la CRTVE pujar por contenidos de gran valor en el mercado, como son los derechos deportivos, pero respetando una serie de limitaciones impuestas por su condición de prestador público y con el objetivo de que no se produzcan distorsiones en el mercado.

En este sentido, el artículo 43.7 de la LGCA hace referencia al necesario cumplimiento de la Comunicación de la Comisión Europea sobre la aplicación de las normas en materia de ayudas estatales a los servicios públicos de radiodifusión², en la adquisición de contenidos de gran valor comercial. En concreto, el punto 92 de la misma indica que la adquisición de contenidos de gran valor es legítima siempre que no cause un falseamiento desproporcionado en las condiciones del mercado.

A su vez, la LFRTVE permite a la entidad pública participar en la adquisición de derechos de gran valor comercial siempre que no utilice para su adquisición ingresos públicos percibidos para compensar la prestación del servicio público (artículo 3.1). En relación con la emisión de derechos deportivos oficiales, el artículo 9.1 apartado i) de la citada Ley, establece la posibilidad de su obtención, pero sin que para ello se pueda exceder la CRTVE del 10% de su presupuesto anual total de aprovisionamientos, compras y servicios exteriores.

Con el objetivo de valorar el posible uso indebido de partidas destinadas a la compensación del servicio público, así como a un posible incumplimiento por parte de la CRTVE del límite presupuestario del 10%, esta Comisión requirió a la CRTVE información sobre las partidas presupuestarias utilizadas para adquirir los derechos de emisión de la final de la Copa del Rey 2018/2019, así como el presupuesto anual total de aprovisionamientos, compras y servicios exteriores para el ejercicio 2018 y 2019.

A este respecto, la CRTVE ha indicado que los derechos de emisión de la Copa del Rey se adquirieron utilizando la partida presupuestaria de aprovisionamiento, según la naturaleza de los derechos deportivos, habiendo ascendido esta partida a un total de 292,2 millones de euros en el año 2018 y de 288,2 millones de euros en 2019.

² De fecha 27 de octubre de 2009.

De la documentación aportada por el prestador público ha quedado acreditado que, la cantidad ofrecida y finalmente pagada por la CRTVE para obtener los derechos de emisión de la final ascendió a **CONFIDENCIAL**, cifra que se encuentra lejos de alcanzar el límite presupuestario al que se encuentra sometido.

En definitiva, cabe concluir que no se aprecian elementos de juicio suficientes que justifiquen la necesidad de iniciar un procedimiento sancionador contra la CRTVE por incumplimiento del artículo 43.7 de la Ley 7/2010.

En atención a lo recogido en los anteriores Antecedentes de Hecho y Fundamentos de Derecho, la Sala de Supervisión Regulatoria de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia

RESUELVE

PRIMERO. - Archivar la denuncia presentada por Mediaset España Comunicación, S.A. contra la Corporación Radio y Televisión Española S.A., por no existir elementos de juicio que acrediten la vulneración de los preceptos establecidos en la normativa audiovisual.

Comuníquese esta Resolución a la Dirección de Telecomunicaciones y del Sector Audiovisual y notifíquese a los interesados, haciéndoles saber que la misma pone fin a la vía administrativa y que pueden interponer contra ella recurso contencioso-administrativo ante la Audiencia Nacional, en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente al de su notificación.