

ACUERDO POR EL QUE SE ARCHIVA LA DENUNCIA PRESENTADA POR MEDIASET ESPAÑA COMUNICACIÓN, S.A. ANTE LA POSIBLE CONCLUCACIÓN POR LA CORPORACIÓN DE RADIO Y TELEVISIÓN ESPAÑOLA, S.A. DE LA LEY AUDIOVISUAL EN SU PARTICIPACIÓN EN EL PROCESO DE LICITACIÓN DE LOS DERECHOS DE EMISIÓN DE LA COPA DE S.M. EL REY PARA LAS TEMPORADAS 2019/20-2021/22

IFPA/DTSA/019/19

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 11 de diciembre de 2019

Vista la solicitud formulada por Mediaset España Comunicación, S.A. relativa a la participación de la Corporación Radio y Televisión Española S.A. en la licitación de derechos de emisión de la Copa de S.M. el Rey para las temporadas 2019/20-2021/2022, la **SALA DE SUPERVISIÓN REGULATORIA** acuerda lo siguiente:

I ANTECEDENTES

PRIMERO. - Escrito de denuncia de Mediaset

Con fecha 17 de octubre 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, relacionada con la ya interpuesta y resuelta en el expediente IFPA/DTSA/012/19¹, pone de manifiesto que la CRTVE habría concurrido a la segunda ronda de presentación de ofertas en el proceso de licitación de los derechos de emisión de la Copa de S.M. el Rey para las temporadas 2019/20-2021/22 que había iniciado la Real Federación de Fútbol (en adelante, RFEF).

Según este prestador, la mera presencia de la CRTVE en la segunda ronda de la licitación podría contravenir lo señalado en el 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 los señalados.

En concreto, Mediaset considera que la presentación por la CRTVE de una segunda oferta por los derechos subastados que, necesariamente, debe ser 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.

SEGUNDO. – Nuevo escrito de Mediaset

Con fecha 28 de octubre de 2019, tuvo entrada en el Registro de esta Comisión un nuevo escrito de Mediaset.

En dicho escrito Mediaset señala que su anterior denuncia estaba encuadrada en un proceso de licitación de derechos que fue declarado desierto por la RFEF el 16 de octubre de 2019. No obstante, señala que la RFEF en el mismo acto había iniciado un nuevo proceso de licitación donde concurren Mediaset y otros agentes privados.

Que, en la primera fase de esta segunda convocatoria no se había alcanzado el precio de reserva fijado por la RFEF y se invitaba a las candidaturas aceptadas a realizar una nueva oferta. En dicha segunda ronda figuraba la CRTVE.

Según Mediaset, *“la adjudicación a RTVE de los derechos de emisión en abierto de todos o algunos de los partidos de la Copa, ya sea formando parte de una candidatura única o compartida con otro operador de pago, para la presente y las dos próximas temporadas, sólo podría hacerse como consecuencia de una sobrepuja de aquél frente a otro operador privado como Mediaset, en contra por tanto de lo expresamente establecido en el artículo 43.7 de la LGCA.*

Téngase en cuenta a estos efectos que Mediaset, como operador de televisión en abierto, se encuentra interesado en los mismos partidos que RTVE podría emitir, de resultar adjudicatario de todos o parte de los mismos, sean los que

¹ Acuerdo de la Sala de Supervisión Regulatoria de 13 de noviembre de 2019 por el que se archiva la denuncia presentada por Mediaset como consecuencia de la adjudicación de los derechos de la Final de Copa 2018/19 a la CRTVE.

sean, en este último supuesto, en caso de formar parte de una candidatura compartida con otro operador de pago”.

Así, según este prestador, “[...] la adjudicación de los derechos de Copa para las temporadas 2019-20 a 2021-22 a RTVE, ya sea formando parte de una candidatura única o compartida con otro operador de pago, dada la concurrencia de operadores privados a la subasta, supondría necesariamente una infracción del artículo 43.7 de la LGCA”.

De igual manera, Mediaset solicitó a esta Comisión que adoptara las medidas provisionales oportunas que impidieran a la CRTVE concurrir a la subasta de los derechos en licitación.

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

Mediante sendos escritos de la Directora de Telecomunicaciones y del Sector Audiovisual de 31 de octubre de 2019 se comunicó a Mediaset y a la CRTVE 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 a la CRTVE determinada información adicional, necesaria para conocer las circunstancias del caso.

CUARTO. - Contestación a los requerimientos

Con fecha 14 de noviembre de 2019 tuvo entrada en el Registro de esta Comisión escrito de la CRTVE por el que remitía la información solicitada por la Directora de Telecomunicaciones y del Sector Audiovisual de fecha 31 de octubre de 2019.

QUINTO. - Declaración de confidencialidad

Mediante escrito de la Directora de Telecomunicaciones y del Sector Audiovisual de 3 de diciembre de 2019, se declaró como confidencial el escrito de contestación de la CRTVE, por contener información cuya difusión podría afectar al secreto comercial e industrial del prestador público.

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 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. – Proceso de licitación de la RFEF

Dado que la denuncia de Mediaset se refiere a la participación de la CRTVE en los distintos procesos de licitación de los derechos de la Copa de S.M. el Rey, es recomendable explicar el transcurso de los mismos, a fin de tener un contexto adecuado de la actuación de la CRTVE en las licitaciones llevadas a cabo por la RFEF.

Con fecha 30 de agosto de 2019², la RFEF abrió la primera convocatoria del concurso para la contratación de los derechos de retransmisión audiovisual en España de la Copa de S.M. El Rey de las temporadas (2019/20-2021/22). En dicha publicación, la RFEF señalaba que los interesados podrían presentar sus ofertas hasta el 30 de septiembre de 2019. Este plazo fue prorrogado hasta el 1 de octubre al ser el 30 de septiembre festivo en el lugar de recepción de las ofertas³.

La CRTVE realizó su primera oferta de forma conjunta con TELEFÓNICA AUDIOVISUAL DIGITAL, S.A.U (en adelante, Telefónica) el 1 de octubre de 2019. La oferta económica conjunta de estas dos entidades ascendía a **CONFIDENCIAL** a razón de **CONFIDENCIAL** por temporada. De este total, la CRTVE aportaba **CONFIDENCIAL**, lo que suponía **CONFIDENCIAL** por temporada.

²<https://www.rfef.es/noticias/oficial-rfef-saca-concurso-derechos-television-espana-copa-del-rey-proximas-tres-temporada>

³ https://cdn1.sefutbol.com/sites/default/files/images19/ampiacion_a_1_octubre_0.pdf

Con fecha 8 de octubre de 2019⁴, la RFEF señaló que ninguna de las ofertas presentadas había alcanzado el precio de reserva establecido para el otorgamiento directo en la primera fase de los derechos en puja. En el mismo acto, la RFEF invitó a las candidaturas que habían sido aceptadas en la primera fase a que realizaran una nueva oferta antes del día 10 de octubre de 2019. A esta segunda fase accedieron: i) la CRTVE y Telefónica, ii) Mediaset y iii) Mediaproducción, SLU.

El 10 de octubre de 2019 la CRTVE y Telefónica realizaron una oferta de forma conjunta en esta segunda ronda que ascendió a **CONFIDENCIAL** a razón de **CONFIDENCIAL** por temporada. De este total, la CRTVE aportaba **CONFIDENCIAL**, lo que suponía **CONFIDENCIAL** por temporada.

A pesar de las ofertas presentadas por los tres agentes que acudieron a esta segunda ronda, la RFEF comunicó⁵ el 16 de octubre de 2019 que había cancelado el concurso para la comercialización de la venta de los citados derechos al no haberse alcanzado en ninguna de las dos fases el precio de reserva que se había fijado. De igual manera, y en ese mismo acto, inició un nuevo concurso para adjudicar los derechos indicados.

En este segundo proceso de licitación la CRTVE y Telefónica presentaron el 25 de octubre de 2019 una oferta conjunta que ascendía a **CONFIDENCIAL** a razón de **CONFIDENCIAL** por temporada. De este total, la CRTVE aportaba **CONFIDENCIAL**, lo que suponía **CONFIDENCIAL** por temporada. Es decir, la CRTVE y Telefónica **CONFIDENCIAL**.

Con fecha 26 de octubre de 2019, la RFEF comunicó⁶ que no se había alcanzado el precio de reserva inicialmente establecido para la adjudicación directa de los derechos en licitación en primera ronda de este segundo concurso. En el mismo acto, la RFEF invitó a las candidaturas que habían sido admitidas en la primera ronda, este es: i) a la CRTVE y Telefónica y ii) a Mediaset a que presentaran una nueva oferta en segunda ronda antes del 31 de octubre de 2019, inclusive.

Con fecha 31 de octubre de 2019, la CRTVE y Telefónica realizaron una oferta conjunta a la segunda ronda que había abierto la RFEF que ascendía a **CONFIDENCIAL** a razón de **CONFIDENCIAL** por temporada. De este total, la CRTVE aportaba **CONFIDENCIAL**, lo que suponía **CONFIDENCIAL** por temporada.

Finalmente, con fecha 8 de noviembre de 2019 la RFEF anunció⁷ que, en relación con el procedimiento de contratación de los derechos de retransmisión audiovisual del Campeonato de España de la Copa de S M el Rey para el periodo

⁴https://cdn1.sefutbol.com/sites/default/files/pdf/nota_publicacion_web_admitidos_y_segunda_ronda.pdf

⁵ <https://www.rfef.es/noticias/oficial-rfef-inicia-nuevo-concurso-derechos-television-copa-del-rey-proximas-tres>

⁶ https://cdn1.sefutbol.com/sites/default/files/images19/nota_publicada.pdf

⁷ https://cdn1.sefutbol.com/sites/default/files/pdf/adjudicacion_espana_publicada.pdf

2019/20-2021/22, había acordado adjudicar los derechos de retransmisión de los partidos a Mediaset.

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

El escrito de denuncia de Mediaset hace referencia al posible incumplimiento por parte del prestador público de servicios de comunicación audiovisual de sus limitaciones 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.

En este sentido, resulta necesario traer a colación el reciente *Acuerdo de la Sala de Supervisión de esta Comisión de 13 de noviembre de 2019 por el que se archiva la denuncia presentada por Mediaset como consecuencia de la adjudicación de los derechos de la Final de Copa 2018/19 a la CRTVE* (en adelante, Acuerdo de 13 de noviembre de 2019), donde se analizó un caso muy semejante al presente y cuyas conclusiones son plenamente trasladables.

En dicho Acuerdo, el denunciante (que, como en el presente caso, fue Mediaset) señalaba que la CRTVE podría estar incumpliendo, entre otros ámbitos, el 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.

En concreto, este Acuerdo señalaba que:

“[...] 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 sobrecotización, 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.”

Así, la Sala de Supervisión Regulatoria en dicho supuesto acordó 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 acreditasen la vulneración de los preceptos establecidos en la normativa audiovisual.

Pues bien, todo lo señalado en el citado Acuerdo es de plena aplicación al presente supuesto.

En efecto, en el caso aquí analizado la CRTVE ha acudido a distintos procesos de licitación abiertos por la RFEF sobre un contenido de gran valor comercial (la Copa de S.M. el Rey) realizando siempre una segunda oferta, una vez que la primera fase de la licitación había sido declarada desierta. Y esto ha sido así, tanto en el primer proceso de licitación que fue cancelado por la RFEF ante el escaso valor de las ofertas presentadas, como en el segundo. En ambos procesos, la CRTVE habría realizado las ofertas sin que conste que conociera en ningún momento las pujas de los distintos agentes que también acudieron a la licitación y, por tanto, no habría sobrepujado en los términos de la Sentencia de la Audiencia Nacional citada y confirmada por el Tribunal Supremo y en lo dispuesto en el Acuerdo de la Sala de Supervisión Regulatoria de 13 de noviembre de 2019.

Además, un signo que evidencia la adecuada actuación de la CRTVE es que, a diferencia de lo sucedido en el caso anteriormente señalado, en el presente supuesto la CRTVE no ha sido la adjudicataria final de los derechos, sino que fue Mediaset quien, en el ámbito de su libertad empresarial, realizó la oferta más alta y, por tanto, resultó adjudicatario de los derechos en licitación.

Por otro lado, en relación con la solicitud de medidas provisionales realizada por Mediaset en su escrito de 28 de octubre de 2019, esta Sala no apreció en el presente caso los elementos necesarios sentados por la Jurisprudencia para la adopción de las mismas. En especial, no concurría “la apariencia de buen derecho” en la solicitud de Mediaset dado que el comportamiento de la CRTVE, como se ha señalado, parece adecuarse a los dictados de los Tribunales y a los precedentes ya analizados por esta Comisión. De esta manera, la mera presentación por la CRTVE de una oferta superior a la realizada en primera fase, una vez declarado el cierre de la primera por no alcanzar el precio de reserva, no debe entenderse *per se* cómo una sobrepuja. Por tanto, no se estimó adecuado que bajo dicha petición no se permitiera a la CRTVE acudir al citado procedimiento de licitación.

Así, de conformidad con todo lo anterior, no se aprecian los elementos de juicio suficientes que justifiquen la necesidad de iniciar un procedimiento sancionador contra la CRTVE por un posible 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

ACUERDA

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