

Roj: **SAN 2777/2014** - ECLI: **ES:AN:2014:2777**

Id Cendoj: **28079230062014100354**

Órgano: **Audiencia Nacional. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Madrid**

Sección: **6**

Fecha: **06/06/2014**

Nº de Recurso: **319/2012**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **CONTENCIOSO**

Ponente: **CONCEPCION MONICA MONTERO ELENA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAN 2777/2014,**
STS 4618/2016

SENTENCIA

Madrid, a seis de junio de dos mil catorce.

Visto el recurso contencioso administrativo que ante la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional ha promovido **FUTBOL CLUB BARCELONA**, y en su nombre y representación el Procurador Sr. Dº Pablo Sorribes Calle, frente a la **Administración del Estado**, dirigida y representada por el Sr. Abogado del Estado, sobre **Resolución de la Comisión Nacional de la Competencia de fecha 3 de mayo de 2012**, relativa a expediente de vigilancia, siendo **Codemandadas** ELCHE CLUB DE **FUTBOL** S.A.D., UNION DEPORTIVA LAS PALMAS, S.A.D., REAL SPORTING DE GIJON, S.A.D., ALBACETE BALOMPIE S.A.D., DEPORTIVO ALAVES S.A.D., SOCIEDAD DEPORTIVA HUESCA, CORDOBA CLUB DE **FUTBOL** S.A.D., AGRUPACION DEPORTIVA RAYO VALLECANO, S.A.D., CADIZ CLUB DE **FUTBOL**, S.A.D., SOCIEDAD DEPORTIVA EIBAR S.A.D., REAL CLUB RECREATIVO DE HUELVA, S.A.D., MALAGA CLUB DE **FUTBOL**, S.A.D., CLUB DEPORTIVO NUMANCIA DE SORIA S.A.D., UNION DEPORTIVA SALAMANCA, SAD, XEREZ CLUB DEPORTIVO S.A.D., REAL VALLADOLID C.F., S.A.D., UNION DEPORTIVA ALMERIA S.A.D., CLUB POLIDEPORTIVO EJIDO, S.A.D., MEDIAPRODUCCION, S.L., **SOGEABLE**, S.A., y la cuantía del presente recurso de indeterminada.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO : Se interpone recurso contencioso administrativo promovido por promovido **Futbol** Club Barcelona, y en su nombre y representación el Procurador Sr. Dº Pablo Sorribes Calle, frente a la Administración del Estado, dirigida y representada por el Sr. Abogado del Estado, sobre Resolución de la Comisión Nacional de la Competencia de fecha 3 de mayo de 2012, declare la nulidad de la Resolución impugnada y con ella de la sanción impuesta.

SEGUNDO : Reclamado y recibido el expediente administrativo, se confirió traslado del mismo a la parte recurrente para que en plazo legal formulase escrito de demanda, haciéndolo en tiempo y forma, alegando los hechos y fundamentos de derecho que estimó oportunos, y suplicando lo que en el escrito de demanda consta literalmente.

Dentro de plazo legal la administración demandada formuló a su vez escrito de contestación a la demanda, oponiéndose a la pretensión de la actora y alegando lo que a tal fin estimó oportuno.

TERCERO : No habiéndose solicitado recibimiento a prueba, y evacuado el trámite de conclusiones, quedaron los autos conclusos y pendientes de votación y fallo, para lo que se acordó señalar el día veintisiete de mayo de dos mil catorce.

CUARTO : En la tramitación de la presente causa se han observado las prescripciones legales previstas en la Ley de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, y en las demás Disposiciones concordantes y supletorias de la misma.

FUNDAMENTOS JURIDICOS

PRIMERO : Es objeto de impugnación en autos la Resolución de la Comisión Nacional de la Competencia de fecha 3 de mayo de 2012, relativa a expediente de vigilancia.

La parte dispositiva de la Resolución impugnada señala:

"PRIMERO.- En relación con los contratos de adquisición de derechos audiovisuales de clubes de **fútbol** de Primera y Segunda **División** A del Campeonato Nacional de Liga y Copa de S. M. El Rey (excepto la final), declarar

1º El incumplimiento por parte de **MEDIAPRO** y F.C. BARCELONA de lo previsto en los dispositivos primero y séptimo de la Resolución de la CNC de 14 de abril de 2010, al haber firmado ambas entidades el 9 de junio de 2010 un contrato de adquisición por parte de **MEDIAPRO** de los derechos audiovisuales del F.C. BARCELONA que excluye del mercado los derechos de este club por un periodo que excede las tres temporadas establecidas en el dispositivo primero de la Resolución del Consejo de la CNC objeto de esta vigilancia.

2º El incumplimiento por parte de **MEDIAPRO** y RACING DE SANTANDER de lo previsto en los dispositivos primero y séptimo de la Resolución de la CNC de 14 de abril de 2010, al haber firmado ambas entidades el 30 de noviembre de 2010 un contrato de adquisición por parte de **MEDIAPRO** de los derechos audiovisuales del RACING DE SANTANDER que excluye del mercado los derechos de este club por un periodo que excede las tres temporadas establecidas en el dispositivo primero de la Resolución del Consejo de la CNC objeto de esta vigilancia.

3º El incumplimiento por parte de **MEDIAPRO** de lo previsto en los dispositivos primero y séptimo de la Resolución de la CNC de 14 de abril de 2010, al haber firmado el 8 de agosto de 2010 un contrato de adquisición de derechos audiovisuales por el que **MEDIAPRO** adquiere los derechos audiovisuales del ALCORCÓN que excluye del mercado los derechos de este club por un periodo que excede las tres temporadas establecidas en el dispositivo primero de la Resolución del Consejo de la CNC objeto de esta vigilancia.

4º El incumplimiento por parte de **MEDIAPRO** de lo previsto en los dispositivos primero y séptimo de la Resolución de la CNC de 14 de abril de 2010, al haber firmado el 9 de agosto de 2010 un contrato de adquisición de derechos audiovisuales por el que **MEDIAPRO** adquiere los derechos audiovisuales del GRANADA que excluye del mercado los derechos de este club por un periodo que excede las tres temporadas establecidas en el dispositivo primero de la Resolución del Consejo de la CNC objeto de esta vigilancia.

5º El incumplimiento por parte de **MEDIAPRO** y SEVILLA de lo previsto en los dispositivos primero y séptimo de la Resolución de la CNC de 14 de abril de 2010, al haber firmado ambas entidades el 13 de abril de 2011 un contrato de adquisición por parte de **MEDIAPRO** de los derechos audiovisuales del SEVILLA que excluye del mercado los derechos de este club por un periodo. que excede las tres temporadas establecidas en el dispositivo primero de la Resolución del Consejo de la CNC objeto de esta vigilancia.

6º El incumplimiento por parte de **MEDIAPRO** de lo previsto en los dispositivos primero y séptimo de la Resolución de la CNC de 14 de abril de 2010, al haber firmado el 5 de agosto de 2011 un contrato de adquisición de derechos audiovisuales por el que **MEDIAPRO** adquiere los derechos audiovisuales del SABADELL que excluye del mercado los derechos de este club por un periodo que excede las tres temporadas establecidas en el dispositivo primero de la Resolución del Consejo de la CNC objeto de esta vigilancia.

7º El incumplimiento por parte de **MEDIAPRO** de lo previsto en los dispositivos primero y séptimo de la Resolución de la CNC de 14 de abril de 2010, al haber firmado el 5 de agosto de 2011 un contrato de adquisición de derechos audiovisuales por el que **MEDIAPRO** adquiere los derechos audiovisuales del GUADALAJARA que excluye del mercado los derechos de este club por un periodo que excede las tres temporadas establecidas en el dispositivo primero de la Resolución del Consejo de la CNC objeto de esta vigilancia.

8º El incumplimiento por parte de **MEDIAPRO** de lo previsto en los dispositivos primero y séptimo de la Resolución de la CNC de 14 de abril de 2010, al haber firmado el 5 de agosto de 2011 un contrato de adquisición de derechos audiovisuales por el que **MEDIAPRO** adquiere los derechos audiovisuales del ALCOYANO que excluye del mercado los derechos de este club por un periodo que excede las tres temporadas establecidas en el dispositivo primero de la Resolución del Consejo de la CNC objeto de esta vigilancia.

SEGUNDO.- En relación con las denuncias presentadas por el REAL ZARAGOZA, **MEDIAPRO** y PRISA TV a lo largo de la tramitación del expediente de vigilancia, declarar

1º Que no procede pronunciarse sobre la denuncia formulada por el REAL ZARAGOZA frente a **MEDIAPRO** mientras que no comience la temporada 2012/2013, momento en el que se podrá determinar si **MEDIAPRO** ha hecho efectiva su pretensión en relación con el derecho de prórroga para los derechos audiovisuales del REAL ZARAGOZA de dicha temporada.

Así mismo que no procede la adopción de las medidas cautelares solicitadas por el REAL ZARAGOZA, en la medida en que no concurre el requisito de periculum in mora.

2º Que no procede pronunciarse sobre la denuncia formulada por **MEDIAPRO** en tanto no se haga efectiva la ejecución forzosa de la sentencia de 15 de marzo de 2010 del Juzgado de Primera Instancia nº 36 de Madrid y, en todo caso, siempre que la misma afectara a lo señalado por los dispositivos tercero y cuarto de la Resolución del Consejo de la CNC de 14 de abril de 2010.

Así mismo, que no resulta procedente la adopción de las medidas cautelares solicitadas por **MEDIAPRO** por no concurrir en este momento el requisito de periculum in mora.

3º Que no procede pronunciarse sobre la denuncia de PRISA TV relativa a la infracción por parte de **MEDIAPRO** de los artículos 2 de la LDC y 102 del TFUE, por cuanto los hechos denunciados quedan subsumidos en el presente expediente de vigilancia, y no se ha acreditado por parte de PRISA TV exclusión alguna del mercado de adquisición de los derechos audiovisuales de Liga y Copa de S.M. El Rey.

TERCERO.- Interesar de la Dirección de Investigación la incoación de expediente sancionador por los incumplimientos declarados en el dispositivo primero de esta Resolución, así como en su marco analizar el eventual incumplimiento por el F.C. BARCELONA y **MEDIAPRO** en relación con el contrato firmado el 3 de octubre de 2011 de los dispositivos primero y séptimo de la Resolución de 14 de abril de 2010.

SEGUNDO : La Resolución de la CNC que hoy enjuiciamos contiene los siguientes razonamientos, en lo que ahora interesa:

"De acuerdo con lo dispuesto en los artículos 41 de la LDC y 42 del RDC, corresponde a la Dirección de Investigación la vigilancia de la ejecución y el cumplimiento de las obligaciones y resoluciones que el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia adopte en materia de conductas, de medidas cautelares y de control de concentraciones en aplicación de dicha Ley, y así lo dispone la propia RCNC de 14 de abril de 2010 en el dispositivo octavo.

Añaden los preceptos normativos citados que cuando en el ejercicio de tales funciones de vigilancia la DI estime un posible incumplimiento de aquellas obligaciones y resoluciones adoptadas por el Consejo, ésta podrá elaborar un informe de vigilancia que, una vez notificado a los interesados para que formulen las alegaciones que tengan por convenientes, elevará a este Consejo a los efectos de que declare el cumplimiento de las obligaciones impuestas, o bien declare su incumplimiento, pudiendo la Resolución que declare el incumplimiento imponer la multa coercitiva correspondiente según lo dispuesto en el art. 21.2 del RDC.

En el Informe Parcial de Vigilancia de 7 de febrero de 2012, la DI ha detectado y propone al Consejo que declare una serie de incumplimientos de la RCNC de 14 de abril de 2010 por la que se puso fin al expediente sancionador S/0006/07, que se han reproducido en el AH 9 de esta Resolución, cuyo objeto es, pues, resolver sobre esta propuesta de incumplimiento por algunos operadores económicos de determinados dispositivos de la Resolución que es objeto de esta vigilancia...

Como resulta del AH 1 de esta Resolución, el dispositivo primero de la Resolución de 14 de abril de 2010 declara contrarios a los artículos 1 de la LDC y 101 del TFUE todos los contratos de adquisición de derechos audiovisuales de Liga y Copa del Rey que superaran las tres temporadas de vigencia, con la única excepción de aquellos contratos que hubieran sido analizados en el expediente cuya vigencia no fuera más allá de la temporada 2011/2012...

*El Consejo conviene con la DI en que los contratos de adquisición de derechos audiovisuales de **fútbol** firmados después de la fecha de adopción de la Resolución objeto de vigilancia se sitúan en el ámbito de aplicación de la obligación de abstenerse de realizar en el futuro las conductas prohibidas contenida en el dispositivo séptimo de esa misma Resolución, en la medida en que en todos ellos al menos una de las partes contratantes fue destinataria de dicha Resolución de 14 de abril de 2010, lo que se analizará infra en el fundamento de derecho séptimo relativo al cumplimiento del señalado dispositivo.*

*En relación a los contratos de adquisición de derechos audiovisuales de **fútbol** firmados antes de la Resolución objeto de esta vigilancia, el Consejo coincide con la DI en que están cubiertos por lo dispuesto en el dispositivo*

primero de esa Resolución de 14 de abril de 2010, pues si bien se trata de contratos que no fueron analizados en el expediente S/0006/07, el tratamiento que se les habría dado en caso de haberse incluido en el análisis hubiese sido el mismo en atención a su contenido y partes contratantes: se consideran acuerdos contrarios al artículo 1 de la LDC y 101 del TFUE en lo que superen las tres temporadas de vigencia, con la única excepción de aquellos contratos cuya vigencia no fuera más allá de la temporada 2011/2012."

Se señala igualmente en la Resolución:

"Contrato firmado entre **MEDIAPRO** y el **Fútbol Club Barcelona** (F.C. BARCELONA) el 9 de junio de 2010

Este nuevo contrato, que extingue el que había sido firmado por las partes el 5 de mayo de 2006 y que fue analizado en el expediente sancionador S/0006/07 y en la RCNC de 14 de abril de 2010, establece que **MEDIAPRO** adquiere en exclusiva los derechos audiovisuales del F.C. BARCELONA para la Primera y Segunda **División** del campeonato nacional de Liga y Copa de S.M. El Rey (excepto la final) para las temporadas 2010/2011 a 2013/2014.

A diferencia de lo observado en el extinguido contrato de 5 de mayo de 2006 en relación con la existencia de un derecho de retracto a favor de **MEDIAPRO**, la DI no ha deducido del análisis del contrato cláusula alguna que pudiera permitir una ampliación de la vigencia del mismo más allá de la temporada 2013/2014."

TERCERO : En nuestra sentencia de 18 de octubre de 2013, recurso 229/2012 , en la que se analizó un asunto sustancialmente idéntico, decíamos:

"La cuestión se centra en determinar la incidencia de la regulación contenida en la Ley 7/2010 sobre la Resolución de 14 de abril de 2010, en tales términos se plantea ante la Sala y en los mismos términos se planteó ante la CNC.

Los razonamientos que sobre esta cuestión se contienen en la Resolución de la CNC hoy impugnada, son los siguientes:

"Los operadores citados alegan que la discrepancia existente entre la Resolución de 14 de abril de 2010 y la Ley 7/2010 debe ser resuelta, en virtud del principio de jerarquía normativa, en el sentido de que los contratados a los que hace referencia este fundamento de derecho (suscritos con anterioridad a la entrada en vigor de la citada Ley el 1 de mayo de 2010) son conformes a la legislación de competencia en la medida en que su vigencia no se extienda más allá del 1 de mayo de 2014. Y añaden que esta interpretación ha sido confirmada por la sala de lo Contencioso de la Audiencia Nacional, en Auto de 1 de febrero de 2011 (dictado en el marco del recurso 376/2010), cuando establece que "Deberá ser la CNC por tanto la que adopte las medidas oportunas para ejecutar la resolución que ha dictado teniendo en cuenta lo dispuesto en la disposición transitoria duodécima de la Ley 7/2010 ".

Este Consejo ya ha manifestado en el expediente sancionador S/0153/09 **MEDIAPRO** que los contratos vigentes a la entrada en vigor de la Ley 7/2010 ven limitada su duración hasta un máximo de tres temporadas, tal y como establece la Resolución de 14 de abril de 2010, pues como expresamente dispone el propio artículo 21.2 de la citada Ley "La venta a los prestadores del servicio de comunicación audiovisual de los derechos citados en el apartado anterior deberá realizarse en condiciones de transparencia, objetividad, no discriminación y respeto a las reglas de la competencia, en los términos establecidos por los distintos pronunciamientos que, en cada momento, realicen las autoridades españolas y europeas de la competencia"...

Por otra parte, el artículo 4.1 de la LDC dispone que la prohibición de acuerdos restrictivos del art. 1.1 de la misma Ley no se aplica "a las conductas que resulten de la aplicación de una Ley". La jurisprudencia tiene establecido que este precepto, en la medida en que permite conductas que restringen la libertad de empresa, se debe interpretar de forma restrictiva y del modo más procompetitivo posible, por lo que esta exención legal no resulta aplicable a conductas típicas realizadas por operadores que conservan autonomía de la voluntad en grado suficiente para evitar incurrir en comportamientos anticompetitivos. En el ámbito del Derecho Comunitario, el punto 22 de la Comunicación de la Comisión relativa a la aplicación del artículo 101.1 del TFUE a acuerdos de cooperación horizontal de 2011, recogiendo la doctrina del Tribunal de Justicia, señala que: "(...) las empresas continúan sujetas al artículo 101 cuando el derecho nacional [se limita] a fomentar o facilitar su conducta autónoma y anticompetitiva (...). Únicamente deja de aplicarse el artículo 101 cuando la legislación nacional requiere [una] conducta anticompetitiva de las empresas o si con posterioridad establece un marco legal que excluye toda conducta competitiva de las empresas. En tal situación, la restricción de la competencia no es atribuible, como requiere tácitamente el artículo 101, a la conducta autónoma de las empresas (...)".

Por tanto, en el presente caso, en la medida que la determinación de la duración de los contratos de adquisición de los derechos audiovisuales de las competiciones futbolísticas españolas regulares responde a la libre voluntad de las partes, y que esa libertad contractual sólo está limitada por la Ley 7/2010 en cuanto a la duración

máxima del contrato (art. 21.1 de la Ley 7/2010), el Consejo valora que la decisión de las partes contratantes de establecer una duración superior a tres temporadas no resulta de la aplicación de una ley en el sentido del artículo 4.1 de la LDC . En consecuencia, los preceptos de la Ley 7/2010 antes reproducidos no amparan el incumplimiento de lo dispuesto en la Resolución de 14 de abril de 2010, en particular en su dispositivo primero...

El dispositivo séptimo de la Resolución que da origen a este expediente de vigilancia impone a las partes de los acuerdos que habían sido objeto de análisis en el expediente la cesación en las conductas declaradas prohibidas por la Resolución, así como la abstención de realizarlas en el futuro (AH 1)...

Los primeros de los contratos ya fueron analizados supra en el fundamento de derecho segundo bajo el prisma del dispositivo primero de la Resolución objeto de vigilancia. Por ello, a continuación, se procede a analizar y valorar si los contratos firmados con posterioridad al 14 de abril de 2010, fecha de adopción de la Resolución del Consejo de la CNC que puso fin al expediente sancionador S/0006/07, cumplen con las condiciones establecidas por la mencionada Resolución para el mercado de adquisición de derechos audiovisuales.

En los antecedentes de hecho se ha hecho referencia al contenido de los contratos firmados por **MEDIAPRO** y varios clubes de **fútbol** que, en la actual temporada 2011/2012, compiten en Primera **División** (F.C. BARCELONA, GRANADA, RACING DE SANTANDER y SEVILLA; AH 5.3, 5.4, 5.6 y 5.7), así como de clubes que compiten en Segunda **División** A (ALCORCÓN, SABADELL, GUADALAJARA y ALCOYANO) del campeonato nacional de Liga (AH 6.3 a 6.6).

El Consejo coincide con la DI en que estos contratos de adquisición de derechos audiovisuales de **fútbol** se deben examinar bajo el prisma de lo dispuesto en el dispositivo séptimo de la Resolución de 14 de abril de 2010 objeto de vigilancia, en la medida en que todas o alguna de las partes firmantes de esos contratos lo fueron de los contratos declarados prohibidos por el dispositivo primero de esa Resolución, y porque fueron firmados con posterioridad al 14 de abril de 2010.

Además de estos contratos, durante la tramitación del expediente de vigilancia, la DI ha tenido conocimiento de otros contratos de adquisición de derechos audiovisuales firmados con posterioridad a la Resolución de 14 de abril de 2010 que, si bien no afectan a la actual temporada 2011/2012, tiene por objeto la adquisición de derechos audiovisuales de **fútbol** para temporadas posteriores. Se trata de los contratos siguientes:...

Por el contrario, el Consejo juzga conforme a derecho la valoración propuesta por la DI de considerar que existe incumplimiento de lo resuelto en los dispositivos séptimo y primero de la Resolución de 14 de abril de 2010 por parte de:

MEDIAPRO, F.C. BARCELONA (en relación con el contrato firmado con **MEDIAPRO** el 9 de junio de 2010), SEVILLA y RACING DE SANTANDER, al haber firmado contratos de adquisición de derechos audiovisuales con posterioridad a la Resolución del Consejo de la CNC mencionada que exceden contractualmente las tres temporadas de duración.

MEDIAPRO al haber firmado con ALCORCÓN, GRANADA, SABADELL, GUADALAJARA y ALCOYANO contratos de adquisición de derechos que exceden contractualmente las tres temporadas de duración, y ser **MEDIAPRO** destinatario de la Resolución del Consejo de la CNC de 14 de abril de 2010." "

Además, la Resolución impugnada contiene las siguientes reflexiones:

"En definitiva, el Consejo concuerda con la DI en que en este momento temporal de la vigilancia no es posible valorar la existencia de un incumplimiento del dispositivo primero de la Resolución del Consejo de 14 de abril de 2010 por parte de ninguna de las partes de los contratos de adquisición de derechos audiovisuales que fueron declarados contrarios a la LDC y al TFUE, ya que, independientemente de que su duración contractual supere o no las tres temporadas establecidas en el mencionado dispositivo primero, en el momento de dictar esta Resolución se está disputando la temporada 2011/2012, que es la vigencia máxima establecida para los contratos firmados con anterioridad a la Resolución y que superasen las tres temporadas. No obstante, si los contratos a los que se refiere este fundamento continuasen vigentes para temporadas posteriores a la actual 2011/2012, y en ese momento superasen una duración de tres temporadas, el Consejo coincide igualmente con la DI en que las partes podrían incurrir en un incumplimiento del dispositivo primero de la Resolución del Consejo de 14 de abril de 2010, calificada como infracción muy grave por el artículo 62.4.c) de la LDC .

MEDIAPRO y diversos clubes de **fútbol** (FC BARCELONA, SEVILLA, ALBACETE y otros 21 clubes) discrepan de esta interpretación de la Resolución de 14 de abril de 2010, y alegan que resulta contraria a lo dispuesto por la Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de Comunicación Audiovisual en el artículo 21 y en su Disposición transitoria duodécima, preceptos a los que se ajustaría su conducta contractual analizada.

El artículo 21 de la Ley 7/2010 , bajo el rótulo de "Compraventa de derechos exclusivos de las competiciones futbolísticas españolas regulares", dispone:

1. El establecimiento del sistema de adquisición y explotación de los derechos audiovisuales de las competiciones futbolísticas españolas regulares se regirá por el principio de libertad de empresa dentro del marco del sistema de evaluación establecido por la normativa europea y española de la competencia.

Los contratos de adquisición de los derechos de las competiciones futbolísticas no podrán exceder de 4 años. Los contratos vigentes desde la entrada en vigor de la presente Ley, permanecerán válidos hasta su finalización.

2. La venta a los prestadores del servicio de comunicación audiovisual de los derechos citados en el apartado anterior deberá realizarse en condiciones de transparencia, objetividad, no discriminación y respeto a las reglas de la competencia, en los términos establecidos por los distintos pronunciamientos que, en cada momento, realicen las autoridades españolas y europeas de la competencia."

En concreto, la citada Disposición transitoria Duodécima, titulada "Vigencia de los contratos de adquisición de los derechos de las competiciones futbolísticas", dispone:

"Los contratos de adquisición de los derechos de las competiciones futbolísticas vigentes a la entrada en vigor de la presente Ley seguirán siendo válidos hasta su finalización, siempre y cuando esta finalización tenga lugar en el plazo de 4 años desde la entrada en vigor. En caso contrario, una vez transcurrido el citado plazo de 4 años desde la entrada en vigor de la Ley, los contratos expirarán forzosamente."

Los operadores citados alegan que la discrepancia existente entre la Resolución de 14 de abril de 2010 y la Ley 7/2010 debe ser resuelta, en virtud del principio de jerarquía normativa, en el sentido de que los contratados a los que hace referencia este fundamento de derecho (suscritos con anterioridad a la entrada en vigor de la citada Ley el 1 de mayo de 2010) son conformes a la legislación de competencia en la medida en que su vigencia no se extienda más allá del 1 de mayo de 2014. Y añaden que esta interpretación ha sido confirmada por la sala de lo Contencioso de la Audiencia Nacional, en Auto de 1 de febrero de 2011 (dictado en el marco del recurso 376/2010), cuando establece que "Deberá ser la CNC por tanto la que adopte las medidas oportunas para ejecutar la resolución que ha dictado teniendo en cuenta lo dispuesto en la disposición transitoria duodécima de la Ley 7/2010".

CUARTO : Nuestra sentencia de fecha 18 de octubre de 2013, antes citada, contiene las siguientes reflexiones:

" Nuestra sentencia de diez de abril de dos mil trece, recurso 376/2010, declara:

"Hay que tener en cuenta que la CNC dictó la resolución cuando la LGCA no había entrado en vigor, aun cuando estaba publicada. La resolución de la CNC es de 14 de abril de 2010. La Ley 7/2010 de 31 de marzo General de Comunicación (BOE 1 de abril) entró en vigor al mes de su publicación (disposición final octava) por lo tanto en la fecha en que se dictó la resolución de la CNC no era aplicable la misma (la CNC no la cita ni se refiere a ella en la resolución). La aplicación de la disposición transitoria décima que contiene un régimen transitorio aplicable a los contratos vigentes con anterioridad a su entrada en vigor en su caso afectará a la fase de ejecución de dicha resolución cuestión ajena a este recurso. Como dijimos en nuestra sentencia de 22 de febrero de 2013 (recurso 545/2010) en el que la parte allí actora solicitó se declare que "no procede la ejecución de la obligación de cesación impuesta en el dispositivo décimo (se entiende séptimo) de la indicada resolución por contravenir esta la Ley General de Comunicación Audiovisual" señalamos "esta alegación no puede prosperar, pues efectivamente no puede condicionarse en la sentencia la nulidad o conformidad a derecho de un acto administrativo a la ejecución que del mismo lleve a cabo en el futuro la Administración.

Serán estos actos de ejecución, si la interesada considera que son contrarios a derecho los que deberán ser impugnados en tiempo y forma". Por tanto es a la Administración autora del acto recurrido, en el ejercicio de las competencias atribuidas por la Ley 15/2007 a quién le corresponde valorar las consecuencias que sobre la ejecución del acto administrativo impugnado tenga o pueda tener la entrada en vigor de la ley 7/2010.

En este sentido la CNC ha dictado el 3 de mayo de 2012 (expte. VS /0006/07, **AVS, Mediapro, Sogecable y Clubs de Fútbol** de 1 y 2« **División**) resolución por la que declara que **Mediapro** y determinados **clubs de fútbol** han incumplido la resolución aquí impugnada. En esa resolución la propia CNC señala que "corresponde a este Consejo valorar la eventual incidencia de la Ley 7/2010 sobre la vigencia y ejecutividad de la Resolución objeto de vigilancia" y se analiza por la CNC la incidencia que tiene la Ley 7/2010 de 31 de marzo General de Comunicación Audiovisual en los contratos vigentes con anterioridad a su entrada en vigor y los suscritos con posterioridad. Contra dicha resolución han interpuesto los interesados el correspondiente recurso contencioso-administrativo ante esta Sala de lo contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional."

Precisamente tal valoración de la incidencia de la Ley 7/2010 que realiza la CNC es lo que es objeto de controversia.

Esta Sección se ha pronunciado en dos ocasiones sobre la legalidad de la Resolución de 3 de mayo de 2012, en sentencias de diecisiete de abril de dos mil trece, recurso 281/2012, y de treinta de mayo de dos mil trece,

recurso 258/2012, si bien se produjo la inadmisión del recurso por falta de legitimación y, en la primera, por ser reproducción del cuestionamiento de la Resolución de 14 de abril de 2010.

En el presente caso, la cuestión se plantea en otros términos, de una parte, la legitimación de la recurrente es evidente pues es receptora del pronunciamiento cuyo cumplimiento de se vigila, y, de otra parte, no se discute en el presente recurso lo acordado en la Resolución de 14 de abril de 2010, sino la incidencia de la Ley 7/2010 respecto de la situación posterior a dicha Resolución.

Los términos de la controversia son simples; determinar si la Ley 7/2010 da cobertura, en el ámbito de la libre competencia, para que las partes contractuales acuerden pactos de exclusiva superiores a tres temporadas e inferiores a cuatro respecto de los derechos audiovisuales de los partidos de la Liga de **Fútbol**.

La cuestión encuentra su fundamento en lo dispuesto en el artículo 4.1 de la Ley 15/2007:

"Sin perjuicio de la eventual aplicación de las disposiciones comunitarias en materia de defensa de la competencia, las prohibiciones del presente capítulo no se aplicarán a las conductas que resulten de la aplicación de una ley."

Veamos la regulación de la Ley 7/2010:

1.- en su exposición e motivos se señala: *"Finalmente este Título II dedica un capítulo a la regulación de los derechos sobre contenidos en régimen de exclusividad en la que se protege el derecho a la información de todos los ciudadanos como derecho prioritario y se fijan límites a la exclusividad en función de criterios de interés general que aseguran la emisión en abierto de una serie de acontecimientos relacionados fundamentalmente con eventos deportivos de gran audiencia y valor. Para ello, se incluye una referencia normativa básica siguiendo los criterios, resoluciones y recomendaciones de las autoridades y organismos de vigilancia de la competencia españoles y europeos."*

2.- el artículo 21 determina: *"1. El establecimiento del sistema de adquisición y explotación de los derechos audiovisuales de las competiciones futbolísticas españolas regulares se regirá por el principio de libertad de empresa dentro del marco del sistema de evaluación establecido por la normativa europea y española de la competencia."*

Los contratos de adquisición de los derechos de las competiciones futbolísticas no podrán exceder de 4 años. Los contratos vigentes desde la entrada en vigor de la presente Ley, permanecerán válidos hasta su finalización."

2. La venta a los prestadores del servicio de comunicación audiovisual de los derechos citados en el apartado anterior deberá realizarse en condiciones de transparencia, objetividad, no discriminación y respeto a las reglas de la competencia, en los términos establecidos por los distintos pronunciamientos que, en cada momento, realicen las autoridades españolas y europeas de la competencia."

3.- Disposición transitoria duodécima Vigencia de los contratos de adquisición de los derechos de las competiciones futbolísticas: *" Los contratos de adquisición de los derechos de las competiciones futbolísticas vigentes a la entrada en vigor de la presente Ley seguirán siendo válidos hasta su finalización, siempre y cuando esta finalización tenga lugar en el plazo de 4 años desde la entrada en vigor. En caso contrario, una vez transcurrido el citado plazo de 4 años desde la entrada en vigor de la Ley, los contratos expirarán forzosamente."*

La cuestión se centra en determinar, tanto el ámbito de aplicación de la Ley, como el sentido del límite de 4 años del artículo 21.

Respecto del ámbito de aplicación de la Ley 7/2010, establece el artículo 1:

"Esta Ley regula la comunicación audiovisual de cobertura estatal y establece las normas básicas en materia audiovisual sin perjuicio de las competencias reservadas a las Comunidades Autónomas y a los Entes Locales en sus respectivos ámbitos."

Como correctamente señala la CNC, la Ley regula la Comunicación Audiovisual, pero no sus implicaciones competitivas. No se trata de una Ley que regule la libre competencia en el sector audiovisual, y desde esta perspectiva hemos de interpretar el artículo 21.

Hemos de resaltar que el citado precepto en su párrafo 1º determina que el sistema de adquisición y explotación de los derechos audiovisuales de las competiciones futbolísticas españolas regulares se regirá por el principio de libertad de empresa dentro del marco del sistema de evaluación establecido por la normativa europea y española de la competencia. Por tanto el precepto contiene una remisión general a las normas de defensa de la competencia, españolas y europeas, lo que implica que, lejos de excluirlas en materia de derechos audiovisuales de competiciones futbolísticas, expresamente las contempla como aplicables. Y añade a continuación que los contratos de adquisición de los derechos de las competiciones futbolísticas no

podrán exceder de 4 años. Desde el punto de vista de una interpretación sistemática, el plazo de 4 años no opera como una cobertura legal frente a normas del Derecho Europeo o Español en materia de Defensa de la Competencia, sino como un tope máximo aún cuando por normas de competencia, tales contratos fuesen lícitos. Se establece un máximo aplicable en todo caso, aún cuando las normas de competencia no impidiesen el contrato.

La recurrente interpreta como plazo que da cobertura legal a una conducta que podría, en otro caso, ser contraria a la libre competencia, esto es, hasta los cuatro años no puede entenderse que existe una vulneración de la libre competencia. Esta interpretación no nos parece a justada a la regulación de aplicación.

Conforme al párrafo 1º del artículo 21, la remisión a las normas de libre competencia es previa, y por ello el plazo de 4 años opera como un máximo, una vez garantizada la defensa de la competencia. Y en esencia, esto es lo que viene a afirmar la Resolución impugnada.

Efectivamente, la CNC en su Resolución de 14 de abril de 2010, llegaba a la conclusión de que los acuerdos de cesión de derechos audiovisuales en exclusiva, vulneran la libre competencia ya que *"...contratos de adquisición en exclusiva de todos los derechos audiovisuales de la Liga y la Copa (excepto la final) de un club de fútbol acreditados en este expediente, situados en su contexto jurídico y económico, son aptos para restringir sensiblemente la competencia en los mercados de producto y geográficos considerados y en los mercados verticalmente relacionados aguas abajo, y que ninguno de los operadores audiovisuales parte de esos contratos se pueden acoger al Reglamento CE 2790/99 de restricciones verticales, por superar, individual o conjuntamente, el umbral del 30% de cuota de mercado..."*.

Por lo tanto, la situación en el presente asunto es la siguiente:

- 1.- existe una conducta contraria a la libre competencia, constituida por acuerdos entre empresas, que no puede acogerse a la exención del Reglamento CE 2790/1999.
- 2.- Dadas las circunstancias del mercado afectado, no se aprecia vulneración de la libre competencia cuando los acuerdos no exceden de tres años.
- 3.- El plazo de 4 años del artículo 21 de la Ley 7/2010, sólo es aplicable cuando no exista vulneración de la libre competencia, lo que implica que, aún cuando el acuerdo no sea anticompetitivo, no podrá exceder de 4 años.
- 4.- No opera el artículo 4 de la Ley 15/2007, pues el plazo de 4 años, ni se impone a las partes, ni excluye la previa aplicación de las normas de defensa de la competencia, sino que implica un límite temporal aplicable a todo caso, aún cuando no exista vulneración de la libre competencia."

Las argumentaciones contenidas en la demanda, coinciden esencialmente con lo anteriormente analizado.

Debemos añadir que, en contra de lo afirmado en la demanda, no se trata de que se de rango normativo a la Resolución de 14 de abril de 2010 - S/0006/07 -, en cuanto regula situaciones futuras. La citada Resolución declara en su parte dispositiva:

"PRIMERO.- Declarar que los contratos de adquisición de derechos audiovisuales de Liga y Copa de S.M. el Rey (excepto la final) de clubes de fútbol analizados en el expediente de referencia con una duración superior a tres temporadas, son acuerdos entre empresas que, por sus efectos, caen bajo la prohibición de los artículos 1 de la Ley 15/2007 y 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea

SEGUNDO.- Declarar que toda cláusula de los contratos de adquisición derechos audiovisuales de Liga y Copa de S.M. el Rey (excepto la final) de clubes de fútbol analizados en este expediente, que otorgue al operador cesionario un derecho de adquisición preferente, tanteo o retracto, de suspensión o prórroga del contrato que permita extender su vigencia por más de tres temporadas, es un acuerdo contrario a los artículos 1.1 de la LDC y 101.1 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea ."

Por tanto la declaración de vulneración de la libre competencia, viene referida a los contratos examinados, pero en función de sus características. Por ello, contratos de iguales características caen en el ámbito de la prohibición.

QUINTO : De lo expuesto resulta la desestimación del recurso.

Procede imposición de costas a la recurrente conforme a los criterios contenidos en el artículo 139.1 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa.

VISTOS los preceptos citados y demás de general y pertinente aplicación, por el poder que nos otorga la Constitución:

FALLAMOS

Que **desestimando** el recurso contencioso administrativo interpuesto por **Fútbol Club Barcelona**, y en su nombre y representación el Procurador Sr. Dº Pablo Sorribes Calle, frente a la **Administración del Estado**, dirigida y representada por el Sr. Abogado del Estado, sobre **Resolución de la Comisión Nacional de la Competencia de fecha 3 de mayo de 2012**, debemos declarar y declaramos ser ajustada a Derecho la Resolución impugnada, y en consecuencia **debemos confirmarla** y la **confirmamos** en lo que a la recurrente se refiere, sin expresa imposición de costas.

Así por ésta nuestra sentencia, que se notificará haciendo constar que contra la misma no cabe recurso de casación, siguiendo las indicaciones prescritas en el artículo 248 de la Ley Orgánica 6/1985, y testimonio de la cual será remitido en su momento a la oficina de origen a los efectos legales junto con el expediente, en su caso, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

Voto particular que formula el Ilmo Sr. Magistrado D. JAVIER EUGENIO LOPEZ CANDELA a la sentencia de fecha 6 de junio de 2.014

pronunciada en el recurso nº 319/2012, de la Sección 6ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional.

Aceptando los hechos relatados en la sentencia impugnada, sin embargo, lamento tener que discrepar con el parecer de la mayoría porque entiendo que no cabe exigir a los contratos celebrados con posterioridad a la Ley 7/2010 de 31 de marzo, General de Comunicación, un plazo inferior a los tres años que entiende aplicable la CNC conforme a su resolución de 14 de abril de 2.010 para considerarlos conforme con el Derecho de la Competencia.

Y ello en virtud de estos

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- En el presente recurso contencioso-administrativo se impugna la Resolución de 3 de mayo de 2.012 de la CNC que entiende incumplido por el **Fútbol Club Barcelona** la resolución de aquel órgano de fecha 14 de abril de 2.010, y considera que el contrato celebrado en fecha 9 de junio de 2.010 entre dicho Club y **Mediapro** por el que esta entidad adquiere los derechos audiovisuales del Club deportivo Sevilla para la retransmisión de los partidos de **fútbol** infringe el Derecho de la Competencia.

SEGUNDO.- Bajo esta perspectiva debemos tener en cuenta que si bien la resolución de la CNC de fecha 14 de abril de 2.010, en el momento en que se dicta, ha de entenderse conforme a derecho, lo cierto es que la ley 7/2010 en su artículo 21 faculta los clubes de **fútbol** para poder celebrar contratos de cesión de los derechos audiovisuales por un periodo de hasta cuatro años. La literalidad del precepto y su contenido no admite muchas dudas.

Conviene tener en cuenta que, discrepando respetuosamente del parecer mayoritario, ninguna norma comunitaria impone que los contratos de cesión de estos derechos necesariamente no puedan superar el plazo de tres años que exige la CNC. Este plazo de tres años, como indicó la propia CNC en la resolución de 14.4.2010 (folio 60) se fundamentaba en una "práctica" reconocida a partir de los acuerdos del Consejo de Ministros de 29 de noviembre de 2002. Ese es todo su fundamento. Dicha práctica fue aceptada por la CNC; pero ello no puede implicar que la CNC se convierta en un órgano legislador con facultad para dejar sin efecto el contenido de la Ley 7/2010, como es el art.21 de la misma y su DT 12ª. Analizando los antecedentes parlamentarios de dichos preceptos resulta clara la voluntad legislador tanto de someterse a las normas del derecho de la competencia incluyendo el plazo de duración de los contratos(enmiendas nº 618 y 633 del Grupo Socialista, que dieron origen al precepto en su redacción final), como, igualmente, de permitir que este tipo de contratos pudiesen tener una duración de hasta cuatro años.

Dicho precepto, art.21, claramente indica que se sujeta a las disposiciones del Derecho de la competencia, pero éstas en modo alguno imponen a los contratos un plazo de duración de la concesión de estos derechos que no pueda superar los tres años, ni siquiera el reglamento 2790/99, que incluso prevé una duración máxima, no de cuatro, sino de hasta cinco años (art.5.a). No termino de ver esa supuesta claridad del derecho comunitario a la que alude el parecer mayoritario para determinar que este tipo de contratos no puedan tener una duración superior de tres años si quieren ajustarse al Derecho de la Competencia, salvo la facultad interpretativa de la CNC, que ha convertido en dogma de fe lo que hasta la ley 7/2010 en una práctica administrativa, amparada en acuerdos del Consejo de ministros, tal como se reconoce expresamente en la resolución de 14.4.2010.

A este respecto también hay que recordar que la Sala Primera del Tribunal Supremo se manifestó sobre la conformidad con el derecho de la competencia de contratos de cesión de derechos exclusivos incluso por

periodos superiores de hasta diez años (STS de 2.6.2000, recurso 2355/1995). Y en línea análoga, STS de 15.2.2012 de la misma Sala (recurso 1560/2008).

TERCERO- Entiendo, además, que la Sala, por otro lado, debió en su caso plantear una cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea para valorar si puede interpretarse que una disposición nacional como la ahora examinada, que autoriza a los clubes a establecer un periodo de duración de este tipo de contratos de hasta cuatro años, restringe el derecho de la competencia.

Por consiguiente, no es defendible la tesis sostenida por la CNC, que entiende que los contratos con un periodo de duración de cesión de los derechos audiovisuales de hasta cuatro años son contrarios al Derecho de la Competencia, y considera, además, que procede la incoación de expedientes sancionadores contra los clubes que han celebrado este tipo de contratos, amparados a mi modo de ver, en el contenido de la ley mencionada, sin apreciar las consecuencias de tal proceder de la CNC para los clubes que han actuado y confiado en las disposiciones aprobadas por el legislador.

CUARTO.- Por todo ello, considero que debió estimarse el recurso contencioso-administrativo interpuesto, anulándose la resolución de la CNC impugnada, en cuanto que viene a exigir, una vez ya entrada en vigor la ley 7/2010, un determinado plazo de duración de los contratos de adquisición de los derechos audiovisuales que no se justifican en disposición alguna de Derecho Comunitario.

Con costas, conforme al art.139 de la ley jurisdiccional , al entender que procedería la estimación del presente recurso contencioso-administrativo.

Así lo expresa el Magistrado firmante del voto particular, el cual habrá de notificarse a las partes junto con la resolución adoptada por la mayoría en la forma prevenida por la ley.

Dado en Madrid, en la misma fecha de la resolución de la que discrepamos.

PUBLICACIÓN / Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por la Ilma. Sra. Magistrada Ponente de la misma, estando celebrando audiencia pública en el mismo día de la fecha, la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional.