

Roj: **STS 4618/2016** - ECLI: **ES:TS:2016:4618**Id Cendoj: **28079130032016100416**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso**Sede: **Madrid**Sección: **3**Fecha: **25/10/2016**Nº de Recurso: **67/2015**Nº de Resolución: **2292/2016**Procedimiento: **RECURSO CASACIÓN**Ponente: **JOSE MARIA DEL RIEGO VALLEDOR**Tipo de Resolución: **Sentencia**Resoluciones del caso: **SAN 2777/2014,**
STS 4618/2016

SENTENCIA

En Madrid, a 25 de octubre de 2016

Esta Sala ha visto el recurso de casación número **67/2015**, interpuesto por Fútbol Club Barcelona (FCB), representado por el Procurador de los Tribunales don Pablo Sorribes Calle y asistido por el Letrado don Alfonso Ois, contra la sentencia de 6 de junio de 2014, dictada por la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, en el recurso número 319/2012, sobre declaración de incumplimiento de resolución de la Comisión Nacional de la Competencia, en el que han intervenido como partes recurridas la Administración del Estado, representada por el Abogado del Estado, Promotora de Informaciones S.A., representada por el Procurador de los Tribunales don Argimiro Vázquez Guillén y asistida por el Letrado don Helmut Brokelmann y Unión Deportiva Salamanca S.A.D., Sociedad Deportiva Eibar S.A.D., Unión Deportiva Las Palmas S.A.D., Club Deportivo Numancia de Soria S.A.D., Albacete Balompié S.A.D., Cádiz Club de Fútbol S.A.D., Elche Club de Fútbol S.A.D., Deportivo Alavés S.A.D., Xerez Club Deportivo S.A.D., Unión Deportiva Almería S.A.D., Real Sporting de Gijón S.A.D., Real Valladolid de Fútbol S.A.D., Córdoba Club de Fútbol S.A.D., Sociedad Deportiva Huesca S.A.D., Málaga Club de Fútbol S.A.D., Rayo Vallecano de Madrid S.A.D., Club Deportivo Ejido S.A.D. y Real Club Recreativo de Huelva S.A.D., representados por el Procurador de los Tribunales don Fernando Ruiz de Velasco y Martínez de Ercilla y asistidos por el Letrado don Javier Tebas Medrano.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Jose Maria del Riego Valledor

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, dictó sentencia el 6 de junio de 2014, con los siguientes pronunciamientos en su parte dispositiva:

«Que desestimando el recurso contencioso administrativo interpuesto por 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, 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.»

Con fecha 11 de julio de 2014, se dictó auto de aclaración, con los siguientes pronunciamientos en su parte dispositiva:

«Haber lugar a la corrección del error material de la sentencia de 6 de junio de 2014, dictada en el recurso 319/2012, pues en el fallo debe decir "...con imposición de costas a la parte demandante al haber sido desestimadas todas sus pretensiones.»

Con fecha 18 de noviembre de 2014, se dictó auto de aclaración, con los siguientes pronunciamientos en su parte dispositiva:

«rectificar el error padecido en la instrucción de recursos de la sentencia de fecha 6 de junio de 2014 dictada en el recurso 319/2012, indicando que contra la misma cabe recurso de casación.»

SEGUNDO.- Notificada la sentencia, se presentó escrito por la representación procesal de Fútbol Club Barcelona (FCB), ante la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, manifestando su intención de interponer recurso de casación, y la Letrada de la Administración de Justicia, por diligencia de ordenación de 17 de diciembre de 2014, tuvo por preparado el recurso, con emplazamiento de las partes ante esta Sala del Tribunal Supremo.

TERCERO.- La indicada parte recurrente presentó, con fecha 6 de febrero de 2015, escrito de interposición del recurso de casación, en el que expuso los motivos en que se fundamentaba, y solicitó a esta Sala que dicte sentencia por la que, estimando el presente recurso de casación, case y anule la mencionada sentencia de 6 de junio de 2014 y resuelva el citado recurso contencioso-administrativo en los términos indicados en el suplico de la demanda interpuesta en el procedimiento de instancia.

CUARTO.- Admitido a trámite el recurso, se dio traslado a las partes recurridas, para que manifestaran su oposición, lo que verificó la representación procesal de la Administración del Estado por escrito de 18 de mayo de 2015, en el que solicitó a la Sala que dicte sentencia declarando no haber lugar al recurso, con imposición de las costas procesales a la parte recurrente.

Por diligencia de ordenación de 10 de junio de 2015, se declaró caducado el trámite de oposición concedido a las partes recurridas Promotora de Informaciones S.A. y Unión Deportiva Salamanca S.A.D. y otros.

QUINTO.- Concluidas las actuaciones, se señaló para votación y fallo el día 18 de octubre de 2016, fecha en que tal diligencia ha tenido lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se interpone recurso de casación contra la sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, de 6 de junio de 2014, que desestimó el recurso interpuesto por Fútbol Club Barcelona, también ahora parte recurrente, contra la resolución de la Comisión Nacional de la Competencia, de 3 de mayo de 2012, recaída en el expediente de vigilancia de la resolución de 14 de abril de 2010 (expediente sancionador S/0006/07 AVS, Mediapro, Sogecable y Clubs de Fútbol de 1ª y 2ª División).

Hacemos una referencia a los antecedentes de la sentencia impugnada, para una mejor comprensión de las cuestiones planteadas.

La resolución de la Comisión Nacional de Competencia (CNC) de 14 de octubre de 2010, recaída en el expediente sancionador S/0006/07 AVS, Mediapro, Sogecable y Clubs de Fútbol de 1ª y 2ª División, efectuó en su parte dispositiva los siguientes pronunciamientos (en lo que ahora interesa):

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.

SÉPTIMO.- Intimar a las empresas que son parte de los acuerdos que se declaran prohibidos en esta parte dispositiva a que cesen en las conductas prohibidas, y a que se abstengan de realizarlas en el futuro.

En el expediente de vigilancia seguido respecto del cumplimiento del anterior acuerdo, la CNC dictó la resolución de 3 de mayo de 2012, impugnada en la instancia, con los siguientes pronunciamientos que afectan a FCB:

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.

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.- El recurso de casación de FCB se articula en tres motivos formulados, el primero al amparo del apartado c) del artículo 88.1 LJCA y los dos restantes por el cauce del apartado d) del mismo precepto legal .

El primer motivo denuncia la infracción de las normas reguladoras de la sentencia, por incongruencia omisiva y falta de motivación, con vulneración de los artículos 24.1 y 120.3 de la Constitución , 33 y 67 LJCA y 218.2 LEC , así como de la jurisprudencia que los interpreta.

El motivo segundo invoca la infracción de las normas del ordenamiento jurídico y de la jurisprudencia aplicable, por apreciación errónea del ámbito objetivo de aplicación de la resolución 2010 y, en consecuencia, por una aplicación incorrecta de la LDC, particularmente de los artículos 41 y 49 y siguientes de la LDC , en relación con el artículo 1 LDC .

El motivo tercero aduce la vulneración de las normas del ordenamiento jurídico y de la jurisprudencia aplicable, al efectuar una aplicación incorrecta del artículo 21 LGCA, a raíz de una infracción del principio de legalidad regulado en los artículos 9.3 , 25.1 y 103.1 CE , según el cual una resolución administrativa no puede ser contraria a una norma con rango legal.

TERCERO.- En el primer motivo del recurso denuncia la parte recurrente la incongruencia omisiva y la falta de motivación de la sentencia recurrida, porque uno de los motivos de impugnación contenidos en el escrito de demanda era que la resolución de la CNC de 2012 era nula, dado que el contrato celebrado por FC Barcelona no entraba dentro del ámbito de aplicación de la resolución de la CNC de 2010, sin que la sentencia impugnada contenga ninguna referencia específica a tales pretensiones.

La Sala no aprecia la incongruencia y falta de motivación que denuncia la parte recurrente, pues la sentencia recurrida efectúa una remisión a los razonamientos de las sentencias de la misma Sala, de 10 de abril de 2013 (recurso 376/2010) y de 18 de octubre de 2013 (recurso 229/2012), que analizaron asuntos sustancialmente idénticos, y que si bien reconocieron que Mediapro firmó diversos contratos con Clubs de fútbol con posterioridad a la resolución de la CNC de 14 de abril de 2010, entre ellos el contrato de 9 de junio de 2010 con el club de fútbol ahora recurrente, sin embargo estimaron, en coincidencia con las resoluciones de la CNC impugnadas, que estos contratos de adquisición de derechos audiovisuales de fútbol se deben examinar bajo el prisma de lo acordado en el dispositivo séptimo de la resolución de 14 de abril de 2010, en atención a su contenido y a que todas o algunas de las partes firmantes de esos contratos también fueron parte de los contratos declarados prohibidos por el dispositivo primero de dicha resolución, concluyendo que no obstante haber sido firmados los contratos con posterioridad a la resolución de la CNC y también después de la entrada en vigor de la Ley 7/2010, la declaración de vulneración de la libre competencia viene referida a los contratos examinados, por razón de sus características.

Estimamos, por tanto, que en la sentencia impugnada, por su referencia a sentencias anteriores y a la propia resolución de la CNC recurrida, existe un tratamiento y rechazo de la cuestión a que se refiere la parte recurrente en este motivo, por lo que no apreciamos que haya incurrido en la falta de motivación e incongruencia denunciadas, con desestimación del primer motivo del recurso.

CUARTO.- Dentro de los motivos formulados al amparo del apartado d) del artículo 88.1 LJCA , examinamos en primer término el motivo tercero, en el que la parte recurrente invoca la aplicación incorrecta del artículo 21.1 de la Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de la Comunicación Audiovisual .

Las cuestiones que plantea este motivo han sido examinadas y resueltas -en el sentido que propugna la parte recurrente- por esta Sala en sentencias (dos) de 28 de abril de 2016 (recursos 3978/2013 y 677/2014), que estimaron los recursos de casación interpuestos por Mediapro y por Sevilla Fútbol Club S.A.D., contra las sentencias de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional de fechas 18 de octubre de 2013 y 14 de enero de 2014 , que habían desestimado los recursos contencioso administrativos (recursos 229/2012 y 302/2012) formulados por dichas entidades contra la misma resolución de la CNC de 3 de mayo de 2012 que se encuentra en el origen del presente recurso.

La primera de las sentencia citadas recuerda que diversas sentencias de esta Sala, de fechas 7 de diciembre de 2015 (recurso 1758/2013), 22 de febrero de 2016 (recurso 1419/2013) y 24 de febrero de 2016 (recurso 1702/2013), tuvieron ocasión de pronunciarse sobre la conformidad a derecho de la resolución de la CNC de 14 de abril de 2010, que declaró que los contratos de adquisición de derechos audiovisuales de clubs de fútbol, analizados en el expediente, con una duración superior a tres temporadas, eran acuerdos entre empresas que por sus efectos caen bajo la prohibición del artículo 1 LDC , intimando a las partes que los firmaron a que cesen en las conductas prohibidas y se abstengan a realizarlas en el futuro.

Ahora bien, la misma sentencia de este Tribunal que citamos, de 28 de abril de 2016 (recurso 3978/2013), deja claro que el recurso que resuelve difiere de los casos planteados en las precedentes sentencias de esta Sala, pues no se trata ahora de enjuiciar la legalidad de la resolución de la CNC de 14 de abril de 2010, sino de determinar si los contratos posteriores a dicha resolución -firmados entre Mediapro y varios clubs de fútbol entre junio de 2010 y agosto de 2011 -todos ellos posteriores a la Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de Comunicación Audiovisual, que entró en vigor el 1 de mayo de 2010, incumplieron las obligaciones impuestas en la primera resolución de la CNC.

Entre esos contratos firmados por Mediapro y distintos clubs de fútbol, posteriores a la resolución de 14 de abril de 2010, se encuentra el suscrito por dicha entidad con la parte recurrente, Fútbol Club Barcelona el 9 de junio de 2010, al que son de aplicación los razonamientos que efectuamos en nuestra sentencia de 28 de abril de 2016 , al resolver el recurso de casación formulado por la otra parte firmante del indicado contrato (Mediapro):

La intimación contenida en la primera resolución sancionadora de la Comisión contenía un mandato dirigido a las empresas afectadas para que cesasen en la conducta prohibida allí sancionada, lo cual como ya señalamos en las sentencias antes citadas "supone la mera y lógica consecuencia de la constatación de la realización de una práctica prohibida", que tenía como sustento la apreciación por la CNC de que los acuerdos entonces suscritos por Mediapro con los equipos de fútbol constituían una conducta prohibida por los artículos 1 LDC y 101 TFUE .

Ahora bien el alcance de la resolución ahora impugnada implica extender esa prohibición a contratos distintos de los analizados en aquella resolución, sin tomar en consideración que dichos contratos se suscribieron tras la entrada en vigor de la Ley General de Comunicación Audiovisual cuyo art. 21 tiene especial incidencia respecto a la contratación de tales derechos audiovisuales.

La incidencia de esta norma en el supuesto que nos ocupa no puede ser desconocida, pues la resolución de la Comisión Nacional de la Competencia que ahora se declara incumplida se dictó en un contexto que ha cambiado, al menos desde la perspectiva del régimen normativo existente. La existencia de un vacío normativo en esta materia permitió que la Comisión de Defensa de la Competencia estableciese, en atención a las características del mercado entonces analizado, cuál era la duración máxima que podrían tener los contratos de adquisición de los derechos audiovisuales sobre las competiciones futbolísticas españolas regulares sin afectar a la libre competencia, y que la Comisión cifró en tres temporadas. Ante la ausencia de una regulación normativa específica en la materia, se consideró lícito realizar este tipo de contratos de adquisición y explotación de los derechos audiovisuales pero limitados a tres temporadas.

La ausencia de regulación normativa de esta materia, de indudable trascendencia para las compañías explotadoras de tales derechos audiovisuales y para los propios clubs deportivos, motivó un cambio normativo relevante, destinado precisamente a clarificar la regulación de la compraventa de los derechos exclusivos de las competiciones futbolísticas, que se reflejó en el artículo 21 de la Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de la Comunicación Audiovisual . Esta norma abordaba concretamente la duración máxima de los contratos de adquisición de los derechos de las competiciones futbolísticas y bajo el epígrafe "Compraventa de derechos exclusivos de las competiciones futbolísticas españolas regulares", disponía:

"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".

Norma que si bien ha sido derogada por la Disposición Derogatoria Única apartado a) de Real Decreto Ley 5/2015 de 30 de abril, de medidas urgentes en relación con la comercialización de los derechos de explotación de contenidos audiovisuales de las competiciones de fútbol profesional, esta circunstancia no tiene relevancia jurídica para analizar si los contratos celebrados cuando estaba vigente podían considerarse un incumplimiento la intimación de celebrar contratos por duración superior a tres temporadas que se contenía en la resolución de la Comisión de 14 de abril de 2010.

Es por ello que, ante este relevante cambio normativo no es posible apreciar sin más un incumplimiento de la prohibición previamente establecida de celebrar contratos que impliquen a adquisición de derechos audiovisuales por un más de tres temporadas, pues ello implica extender una prohibición sin tomar en

consideración las nuevas circunstancias de este mercado y especialmente el cambio normativo operado argumentando simplemente que "[...] la ley 7/2010 no habilita a los operadores destinatarios de aquella resolución a su incumplimiento, pues además esa ley deber ser interpretada de forma que de facto no resulte aplicable el artículo 101 del TFUE a los acuerdos relativos a derechos audiovisuales de futbol". La celebración de estos nuevos contratos no puede evaluarse sin más como un incumplimiento del mandato o prohibición previamente acordado sino que la aparición de esta norma exigía desde la perspectiva competencial un análisis autónomo e independiente que tomase en consideración las nuevas circunstancias, pues lícitamente podría considerarse, o al menos existían dudas razonables para que la empresa Mediapro considerase que las circunstancias entonces tomadas en consideración habían cambiado y la nueva norma amparaba su conducta, generando una situación de confianza legítima propiciada por el legislador sobre la licitud de su conducta, que exigía de la autoridad de la competencia un pronunciamiento previo y claro sobre la compatibilidad de la citada disposición legal con el Derecho de la Unión Europea sobre la competencia, a la luz de las circunstancias fácticas y jurídicas sobrevenidas y una valoración jurídica relativa a determinar si los contratos celebrados al amparo de la citada disposición legal eran o no restrictivos de la competencia, tal y como hemos señalado en nuestra STS de 25 (sic) de abril de 2016 (rec. 677/2014).

Es por ello que procede anular la sentencia de instancia y así mismo anular la resolución impugnada de la CNC de 3 de mayo de 2012, en el dispositivo primero número 1, que declara el incumplimiento por Fútbol Club Barcelona de los dispositivo primero y séptimo de la resolución de la CNC de 14 de abril de 2010, al haber celebrado con Mediapro el 9 de junio de 2010 un contrato de adquisición de derechos audiovisuales, y en el dispositivo tercero, en cuanto interesa de la Dirección de Investigación la incoación de un expediente sancionador por el incumplimiento declarado en el dispositivo primero de la misma resolución.

QUINTO.- De conformidad con lo dispuesto en el artículo 139.2 LJCA, al estimarse el recurso de casación no procede la imposición de las costas ocasionadas en el mismo, y de acuerdo con el apartado 1 del indicado precepto legal, tampoco procede la imposición de las costas de instancia, al apreciarse serias dudas de derecho, como lo demuestra el criterio sostenido por la sentencia de instancia.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey, por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido Declarar haber lugar al presente recurso de casación número **67/2015**, interpuesto por Fútbol Club Barcelona, contra la sentencia de 6 de junio de 2014, dictada por la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, en el recurso número 319/2012, que casamos y anulamos. Estimar el recurso contencioso administrativo interpuesto por Fútbol Club Barcelona contra la resolución de la Comisión Nacional de la Competencia de 3 de mayo de 2012, dictada en el expediente VS/0006/07, de Vigilancia de la resolución de 14 de abril de 2010, anulando el apartado primero, número 1 y el apartado tercero de su parte dispositiva, en los términos indicados en el Fundamento de Derecho Cuarto de esta sentencia. Sin imposición de las costas ocasionadas en este recurso de casación y en la instancia.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

D. Pedro Jose Yague Gil D. Eduardo Espin Templado D. Jose Manuel Bandres Sanchez-Cruza D. Eduardo Calvo Rojas D^a. Maria Isabel Perello Domenech D. Jose Maria del Riego Valledor D. Diego Cordoba Castroverde

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el magistrado ponente, Excmo. Sr. D. Jose Maria del Riego Valledor, estando constituida la sala en Audiencia Pública, de lo que certifico.