

Id. Cendoj: 28079130032013100009
Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso
Sede: Madrid
Sección: 3
Nº de Resolución:
Fecha de Resolución: 11/01/2013
Nº de Recurso: 5452/2011
Jurisdicción: Contencioso
Ponente: MARIA ISABEL PERELLO DOMENECH
Procedimiento: RECURSO CASACIÓN
Tipo de Resolución: Sentencia

Resumen:

Contratación de Derechos Audiovisuales. Comisión Nacional de la Competencia.
-SOGECABLE SA; AUDIOVISUAL SPORT SL-

Idioma:

Español

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a once de Enero de dos mil trece.

Visto por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, constituida en su Sección Tercera por los Magistrados indicados al margen, el recurso de casación número 5452/2011 interpuesto por "SOGECABLE, S.A." y "AUDIOVISUAL SPORT, S.L.", representadas por el Procurador D. Argimiro Vázquez Guillén, contra los autos dictados por la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de fecha 18 de abril y 27 de junio de 2011, recaídos en la pieza de medidas cautelares del recurso 374/2010 , sobre infracción en materia de defensa de la competencia. Han sido parte recurrida la ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO, representada por el Abogado del Estado; "MEDIAPRODUCCIÓN, S.L.U.", representada por el Procurador D. Federico Gordo Romero; y ALBACETE BALOMPIÉ, S.A.D., CÁDIZ CLUB DE FÚTBOL, S.A.D., CLUB ATLÉTICO OSASUNA, CLUB DEPORTIVO NUMANCIA DE SORIA S.A.D., CLUB GRANADA 74, S.A.D. (ANTIGUO CLUB CIUDAD DE MURCIA), CLUB POLIDEPORTIVO EJIDO, S.A.D., CÓRDOBA CLUB DE FÚTBOL, S.A.D., DEPORTIVO ALAVÉS, S.A.D., ELCHE CLUB DE FÚTBOL, S.A.D., MÁLAGA CLUB DE FÚTBOL, S.A.D., RAYO VALLECANO DE MADRID, S.A.D., REAL CLUB CELTA DE VIGO S.A.D., REAL CLUB DEPORTIVO MALLORCA S.A.D., REAL CLUB RECREATIVO DE HUELVA S.A.D., REAL SPORTING DE GIJÓN, S.A.D., REAL VALLADOLID CLUB DE FÚTBOL S.A.D., SOCIEDAD DEPORTIVA EIBAR, S.A.D, SOCIEDAD DEPORTIVA HUESCA, S.A.D., UNIÓN DEPORTIVA ALMERÍA S.A.D., UNIÓN DEPORTIVA LAS PALMAS S.A.D., UNIÓN DEPORTIVA SALAMANCA, S.A.D. y XEREZ CLUB DEPORTIVO, S.A.D., representadas por el Procurador D. Fernando Ruiz de Velasco Martínez de Ercilla.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- "Sogecable, S.A." y "Audiovisual Sport, S.L." interpusieron ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional el recurso contencioso-administrativo número 374/2010 contra la resolución de la Comisión Nacional de la Competencia de 14 de abril de 2010 que en el expediente S/0006/07, AVS, Mediapro, Sogecable y Clubs de Fútbol de 1ª y 2ª División, cuya parte dispositiva dice textualmente:

<< Por todo lo anterior, vistos los preceptos citados y los demás de general aplicación, el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia HA RESUELTO

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 .

No obstante, quedan excluidos de esta calificación 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 este expediente, cuya vigencia no vaya más allá de la temporada 2011/2012, aun cuando su duración sea superior a tres temporadas, en consideración al contexto jurídico preexistente en los mercados afectados por las conductas restrictivas acreditadas en el mismo, y en aplicación de los artículos 1.3 de la Ley 15/2007 y 101.3 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 .

TERCERO.- Declarar que el acuerdo de puesta en común en AVS de los derechos audiovisuales de Liga y Copa de S.M. el Rey (excepto la final) de fútbol y de configuración de un modelo de explotación de dichos derechos, recogido en las cláusulas primera, segunda, tercera y quinta del contrato de 24 de julio de 2006, firmado por Sogecable, AVS, Mediapro y TVC Cataluña, en lo que afecten a las temporadas 2009/2010 y siguientes, es un acuerdo entre empresas contrario a los artículos 1 de la Ley 15/2007 y 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea .

CUARTO.- Declarar que el pacto de no competencia contenido en la cláusula quinta del contrato de 24 de julio de 2006, entre Sogecable, AVS, TVC Cataluña y Mediapro, que reserva a Sogecable (sólo el Real Madrid) y a AVS la adquisición y renovación (con la excepción del Real Madrid) de los derechos audiovisuales de Liga y Copa de S.M. el Rey (excepto la final) de fútbol, es un acuerdo entre empresas contrario a los artículos 1 de la Ley 15/2007 y 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea .

Imponer por la realización de esta conducta prohibida una multa de 150.000 Euros a Sogecable S.A.; de 150.000 Euros a Mediaproducción S.L.; de 100.000 Euros a Audiovisual Sport SL; y de 25.000 Euros a TVC Multimedia S.L.

QUINTO.- Declarar que el pacto de no competencia indefinido contenido en el contrato de 21 de agosto de 2006 entre Mediapro y TV Cataluña, y en este sentido la cesión indefinida de Mediapro a TV Cataluña de derechos de retransmisión en directo en televisión en abierto de partidos de Liga y Copa de S.M. el Rey, en lo que afecten a las temporadas 2009/2010 y siguientes, es un acuerdo entre empresas contrario a los artículos 1 de la Ley 15/2007 y 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea .

SEXTO.- Declarar que la puesta en común en Mediapro de los derechos audiovisuales de Liga y Copa de S.M. el Rey (excepto la final) de fútbol de Valencia, Villarreal y Levante titularidad de TV Valenciana, y la cesión de Mediapro a TV Valenciana para las temporadas 2006/2007 a 2010/2011 de derechos de retransmisión en directo en televisión en abierto de partidos de Liga y Copa de S.M. el Rey, recogida en el contrato de 25 de agosto de 2006 firmado por Mediapro y TV Valenciana, en lo que afecten a las temporadas 2009/2010 y siguientes, son un acuerdo entre empresas contrario a 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.

OCTAVO.- Instar a la Dirección de Investigación de la CNC para que vigile el cumplimiento de esta Resolución.>>

SEGUNDO.- En dicho escrito de interposición suplicó a la Sala que "acuerde suspender cautelarmente la ejecución de los pronunciamientos tercero, cuarto y séptimo de la resolución del Consejo de la CNC objeto del presente recurso".

El Abogado del Estado, por escrito de 15 de octubre de 2010, evacuó el trámite de alegaciones que le fue conferido y suplicó a la Sala que "acuerde denegar la suspensión solicitada".

"Mediaproducción, S.L." presentó sus alegaciones el 25 de noviembre de 2010 y suplicó a la Sala que desestime íntegramente dicha solicitud.

Albacete Balompié, S.A.D., Cádiz Club de Fútbol, S.A.D., Club Atlético Osasuna, Club Deportivo Numancia de Soria S.A.D., Club Granada 74, S.A.D. (Antiguo Club Ciudad de Murcia), Club Polideportivo Ejido, S.A.D., Córdoba Club de Fútbol, S.A.D., Deportivo Alavés, S.A.D., Elche Club De Fútbol, S.A.D., Málaga Club de Fútbol, S.A.D., Rayo Vallecano de Madrid, S.A.D., Real Club Celta de Vigo S.A.D., Real Club Deportivo Mallorca S.A.D., Real Club Recreativo de Huelva S.A.D., Real Sporting de Gijón, S.A.D., Real Valladolid Club de Fútbol S.A.D., Sociedad Deportiva Eibar, S.A.D, Sociedad Deportiva Huesca, S.A.D., Unión Deportiva Almería S.A.D., Unión Deportiva Las Palmas S.A.D., Unión Deportiva Salamanca, S.A.D. y Xerez Club Deportivo, S.A.D., Racing Club de Ferrol, S.A.D. y Deportivo Castellón, S.A.D. presentaron sus alegaciones con fecha 14 de diciembre de 2010 y suplicaron a la Sala que acuerde denegar la solicitud de suspensión.

TERCERO. Por auto de 18 de abril de 2011 la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional acordó: "Ha lugar a la medida cautelar de suspensión de la Resolución del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia, de 14 de abril de 2010, solicitada por Sogecable, S.A. y Audivisual

Sport, S.L., exclusivamente en el apartado cuarto (párrafo 2º) de la parte dispositiva, relativo a la imposición de multas por importes de 150.000 euros a Sogecable, S.A. y de 100.000 euros a Audiovisual Sport, S.L, sujeta a la condición de que las partes recurrentes aporten garantía, en forma de aval bancario, por el importe de las multas, en el plazo de los 30 días siguientes al de notificación de este auto."

Recurrido en súplica, dicho auto fue confirmado con fecha 27 de junio de 2011 .

CUARTO.- Con fecha 2 de diciembre de 2011 "Sogecable, S.A." y "Audiovisual Sport, S.L." interpusieron ante esta Sala el presente recurso de casación número 5452/2011 contra el citado auto, al amparo de los siguientes motivos:

Primero: al amparo del artículo 88.1.c) de la Ley Jurisdiccional por "quebrantamiento de las formas esenciales del juicio por infracción de las normas reguladoras del auto y de las que rigen los actos y garantías procesales, artículos 129 LJCA y 24 de la Constitución Española , causando indefensión a esta parte".

Segundo: al amparo del artículo 88.1.d) de la Ley Jurisdiccional por "infracción de los artículos 130 LJCA y 24 de la Constitución Española ".

Tercero: al amparo del artículo 88.1.d) de la Ley Jurisdiccional por "infracción de los artículos 14 y 24 C.E ."

Cuarto: al amparo del artículo 88.1.d) de la Ley Jurisdiccional por "infracción del artículo 24.2 C.E ."

Terminando por suplicar dicta Auto por el que anule el Auto recurrido en la medida en que éste confirma el Auto de 18 de abril de 2011 y deniega la suspensión de los Pronunciamientos Tercero, Cuarto (primer párrafo) y Séptimo de la Resolución de la Comisión Nacional de la Competencia, de 14 de abril de 2010, recaída en el expediente S/0006/07, acordando la suspensión de dichos pronunciamientos

QUINTO.- "Mediaproducción, S.L.U." se opuso al recurso con fecha 10 de abril de 2012 y suplicó a la Sala su desestimación íntegra con expresa condena en costas a las recurrentes.

Por escrito de 11 de abril de 2012 el Abogado del Estado formuló su oposición al recurso y suplicó su desestimación con imposición de las costas a la parte recurrente.

Con igual fecha Albacete Balompié, S.A.D. y 21 Clubs de Fútbol más, presentaron su escrito de oposición al recurso y suplicaron la confirmación del auto con expresa condena en costas a la parte recurrente.

SEXTO.- Se señaló para su Votación y Fallo el día 8 de enero de 2013, en que ha tenido lugar, con observancia de las disposiciones legales.

Siendo Ponente la Excm. Sra. Dª. Maria Isabel Perello Domenech, Magistrada de la Sala

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- La sociedad mercantil Sogecable SL, impugna en casación los Autos de 18 de abril de 2.011 y 27 de junio de 2.011 , por los que se denegó la adopción de la

medida cautelar de suspensión de determinados pronunciamientos sobre conducta anticompetitiva incluidos en la resolución del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia de 14 de abril de 2.010. En concreto, se rechazó dicha medida cautelar en relación con la declaración de que la recurrente había incurrido en actos contrarios al artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia (puntos 3 y 4 de la resolución sancionadora) y con la intimación a la cesación de tales conductas (punto 4 de la referida resolución); la Sala de instancia acordó, no obstante, la suspensión de la ejecutividad de la multa impuesta en la referida resolución (punto 6 de dicha resolución).

El primero de los Autos que deniega la medida cautelar de 18 de abril de de 2.011 justifica la denegación de la suspensión en los siguientes términos:

<<[...]Como se acaba de decir, la solicitud de medidas cautelares se limita a los pronunciamientos 3º, 4º y 7º de la Resolución de la CNC impugnada que, respectivamente, declaran una conducta contraria a la LDC, imponen unas sanciones y efectúan una intimación al cese en las conductas declaradas contrarias a la LDC.

La Sala ha denegado la medida cautelar de suspensión de la misma Resolución de la CNC que se impugna en estos autos, en los recursos 371/10 , 376/10 , 377/10 , 378/10 y 545/10 , interpuestos contra la misma por otros interesados.

Mantenemos ahora por razones de unidad de criterio iguales razonamientos que nos llevaron a denegar la medida cautelar en los recursos indicados.

En primer lugar, lo que pretenden los recurrentes es la suspensión de unos concretos pronunciamientos de la Resolución impugnada, los pronunciamientos 3º, 4º y 7º, que no pueden ser objeto de una medida cautelar de suspensión.

Corno ese explica en el auto de 2 de diciembre de 2010, dictado en el recurso 545/10, la declaración de la infracción, que se efectúa en los pronunciamientos tercero y cuarto de la Resolución impugnada, no puede ser suspendida, salvo que la Sala efectúe un pronunciamiento sobre el fondo del asunto, examinando la conformidad o no a derecho de la conducta enjuiciada en vía administrativa, lo que no es posible en el limitado ámbito de conocimiento del procedimiento de medidas cautelares, y tampoco cabe la suspensión de la intimación al cese, contenida en el pronunciamiento séptimo de la Resolución impugnada, porque habiéndose declarado contraria a derecho una conducta por la Administración encargada por el ordenamiento jurídico de preservar y garantizar la existencia de una competencia efectiva en los mercados en el ámbito nacional, no puede la Sala suspender la Intimación a que no se realice una conducta que se ha considerado antijurídica.

[...] A lo anterior se añade, como se dice en el auto de 29 de julio de 2010, dictado en el recurso 378/10, que dada la redacción de la Resolución impugnada, no se aprecia que la limitación de la vigencia y de la cesión de derechos sea susceptible de causar perjuicios de muy difícil o imposible reparación, pues no resulta ningún concreto supuesto en el que, a la vista de los plazos y fechas previstos en la Resolución impugnada, a día de hoy, se haya puesto de manifiesto una consecuencia lesiva de la indicada Resolución.

Los autos dictados por la Sala en los recursos contra la Resolución de la CNC de 14 de abril de 2010 señalan que es evidente que la disposición transitoria 12ª de la ley 7 /2010, de 31 de marzo, que entró en vigor el 1 de mayo de 2010, debe ser tenida en

cuenta por la CNC y las partes en la ejecución de la Resolución, al establecer que:

"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 parte actora solicita la medida cautelar de suspensión de los mismos pronunciamientos 3º y 7º de la Resolución de la CNC, por su apariencia de ilegalidad, que basa en que los mismos Acuerdos fueron autorizados en ocasiones anteriores por las autoridades de competencia,

La jurisprudencia del Tribunal Supremo desde hace años, así entre otras en la sentencia de 28 de febrero de 1998 (RJ 1998 403), continuada por otras posteriores como la sentencia de 28 de marzo de 2006 (RJ 2006116), viene preconizando una prudente aplicación la doctrina del «fumus boni iuris» para no prejuzgar, al resolver el Incidente sobre medidas cautelares, la cuestión de fondo, pues con ello se quebrantaría el derecho fundamental al proceso con las debidas garantías de contradicción y prueba (artículo 24 CE).

"debe tenerse en cuenta que la más reciente jurisprudencia hace una aplicación mucho más matizada de la doctrina de la apariencia del buen derecho, utilizándola en determinados supuestos (de nulidad de pleno derecho, siempre que sea manifiesta, ATS 14 de abril de 1997 [RJ 1997, 2852], de actos dictados en cumplimiento o ejecución de una disposición general declarada nula, de existencia de una sentencia que anula el acto en una instancia anterior aunque no sea firme; y de existencia de un criterio reiterado de la jurisprudencia frente al que la Administración opone una resistencia contumaz), pero advirtiendo, al mismo tiempo, de los riesgos de la doctrina al señalar que «la doctrina de la apariencia de buen derecho, tan difundida, cuan necesitada de prudente aplicación, debe ser tenida en cuenta al solicitarse la nulidad de un acto dictado en cumplimiento o ejecución de una norma o disposición general, declarada previamente nula de pleno derecho o bien cuando se impugna un acto idéntico a otro ya anulado jurisdiccionalmente, pero no [...] al predicarse la nulidad de un acto, en virtud de causas que han de ser, por primera vez, objeto de valoración y decisión, pues, de lo contrario se prejuzgaría la cuestión de fondo, de manera que por amparar el derecho a la efectiva tutela judicial, se vulneraría otro derecho, también fundamental y recogido en el propio artículo 24 de la Constitución , cual es el derecho al proceso con las garantías debidas de contradicción y prueba, porque el incidente de suspensión no es trámite idóneo para decidir la cuestión objeto del pleito (AATS 22 de noviembre de 1993 [RJ 1993, 8943] y 7 de noviembre de 1995 [RJ 1995, 8134] y STS de 14 de enero de 1997 [RJ 1997, 129], entre otros)".

Debemos reconocer que las causas o motivos de nulidad invocados por el recurrente, basadas en autorizaciones administrativas de contratos similares precedentes, no constituyen ninguno de los supuestos en los que excepcionalmente cabe la aplicación de la doctrina de la apariencia de buen derecho, de acuerdo con la doctrina jurisprudencial que acabamos de recoger, pues no cabe apreciar ninguna nulidad manifiesta en la Resolución impugnada, que tampoco se ha dictado en cumplimiento o ejecución de una disposición general declarada nula, ni existe una sentencia que anule el acto impugnado en una instancia anterior, ni en fin, existe un criterio jurisprudencial reiterado que preconice la improcedencia del acto impugnado.

Como hemos indicado, la parte actora basa la apariencia de ilegalidad de la Resolución impugnada en que las autoridades de la competencia, tanto la Comisión europea como las españolas, han amparado unos acuerdos que la parte recurrente considera iguales a los que ahora se declaran anticompetitivos, cuestión esta que exige para su decisión el examen de las alegaciones y prueba de las partes, entre otras cuestiones, sobre si el contrato de 24 de julio de 2006, al que se refiere la Resolución impugnada, contiene las mismas cláusulas que los contratos precedentes, si las condiciones de mercado y de los intervinientes eran las mismas que en los casos anteriores, y la vinculación de la Administración a otros actos precedentes, todo lo cual que excede del ámbito de la pieza de medidas cautelares.

[...] En cuanto a las sanciones impuestas a Sogecable, S.A. y Audivisual Sport, S L., en el pronunciamiento cuarto de la Resolución impugnada, por importes de 150.000 euros y 100.000 euros respectivamente, la Sala ha de valorar los intereses en conflicto, en la forma prevenida por el artículo 130 LJCA , que exige como presupuesto para la adopción de medidas cautelares que la ejecución del acto pueda hacer perder al recurso su finalidad legítima.

La ponderación de los intereses en conflicto que exige el artículo 130 LJCA ofrece un resultado distinto, en relación con las multas por importes de 150.000 euros y 100.000 euros, según se aporte o no por la parte recurrente garantía de su importe, a resultas de lo que se decida en esta vía jurisdiccional sobre la conformidad a derecho de las sanciones.

La suspensión de la ejecución de las multas sin garantía, hasta que recaiga una sentencia definitiva en este recurso, supone dejar sin protección a los intereses públicos.

El Tribunal Supremo, en la sentencia de 5 de octubre de 2004 (RJ 20050), ha reconocido que la suspensión sin garantía puede causar perjuicio a los intereses públicos:

"pero también es cierto que, inexistente la garantía previa, es, en principio, incuestionable la causación de perjuicios a unos intereses superiores, los generales o públicos, a los que se deja sumidos en el puro desamparo,"

Por el contrario, el resultado de la ponderación de intereses es muy distinto, en caso de constitución de garantía, pues debe estimarse en principio que el interés público no sufre menoscabo sí el cumplimiento de las sanciones se encuentra debidamente garantizado.

La Sala sigue de esta forma los criterios establecidos por la jurisprudencia del Tribunal Supremo en relación con la ponderación de los perjuicios, que tienen en cuenta la mayor o menor exigencia que el interés público presenta en cada caso, que obliga a exigir correlativamente unos perjuicios mayores o menores para acordar la suspensión.

Así, la STS de 26 de septiembre de 2007 (recurso 3741/2005), y las que en ella se citan, establecen que:

"Como declara la jurisprudencia, cuando las exigencias de ejecución que el interés público presenta son tenues bastarán perjuicios de escasa entidad para provocar la suspensión; por el contrario, cuando aquella exigencia es de gran intensidad, sólo perjuicios de elevada consideración podrán determinar la suspensión de la ejecución

del caso."

En el presente caso entiende la Sala que la constitución de las garantías previstas en el artículo 133.1 LJCA es la mejor vía de conciliación de los intereses en conflicto, el de la parte recurrente en no efectuar el pago de las multas hasta que los Tribunales de lo Contencioso Administrativo se hayan pronunciado sobre su conformidad a derecho, y el interés de la Administración en la ejecución de sus actos, ya que la garantía despeja cualquier duda sobre el pago futuro de las multas en caso de desestimación del recurso contencioso administrativo.

Por ello, ofrecida por la parte actora la constitución de garantía, la Sala estima que procede la suspensión de la Resolución impugnada, en el apartado que se refiere a las multas impuestas a los recurrentes, sujeta a la condición de la constitución de garantía en forma de aval bancario, por la cuantía que suman dichas multas, que ascienden a 150.000 euros y 100.000 euros, en el plazo de los 30 días siguientes al de notificación de este auto.>>

Por su parte, el ulterior Auto de 27 de junio de 2.011 , desestimatorio del recurso de súplica, afirma:

<< [...] La parte recurrente había solicitado la medida cautelar de suspensión de la Resolución de la CNC de 18 de abril de 2010 en sus apartados 3º, 4º y 7º, que respectivamente declaran una determinada conducta contraria a la LDC; imponen unas sanciones y efectúan una intimación al cese de las conductas declaradas contrarias a la LDC.

La Sala, en su auto impugnatorio, acordó la medida cautelar de suspensión de las multas, sujeta a la condición de constitución de garantía, y denegó la suspensión de los demás pronunciamientos que solicitaba la parte recurrente.

En el recurso de súplica (reposición), la parte actora alega que la Sala ha basado la denegación en razones de unidad de criterio con otros pronunciamientos que denegaron la medida cautelar de suspensión de la misma Resolución de la CNC, solicitadas por otros interesados, si bien en los casos citados como precedentes, se interesaba la suspensión de los pronunciamientos 1º, 2º y 7º, que sólo declaran la ilegalidad de los contratos con los clubes a partir de la temporada 2012/13, mientras que en este recurso se solicitaba la suspensión de los pronunciamientos 3º, 4º y 7º, que son de aplicación inmediata, porque declaran la incompatibilidad de los acuerdos con normas de la competencia a partir de la temporada 2009/10, a lo que añade alegaciones relativas al requisito de periculum in mora y fumus boni iuris.

[...] No obstante ser diferentes los pronunciamientos cuya suspensión se interesa en otros autos de esta Sala (recursos 371/10 , 376/10 , 377/10 , 378/10 y 545/10), interpuestos por otros interesados contra la misma Resolución de la CNC, a los pronunciamientos cuya suspensión se interesa en el presente recurso, sin embargo, las razones para la denegación de la suspensión son los mismos.

En los citados procedimientos, como en estos autos, se interesa la suspensión de unos pronunciamientos que la Sala considera no pueden ser objeto de una medida cautelar de suspensión. Tanto los apartados 1º y 2º, como los apartados 3º y 4º de la Resolución impugnada, contienen unos pronunciamientos de la CNC sobre distintos pactos y acuerdos entre empresas, que se declaran contrarios al artículo 1 LDC y 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea .

Como decíamos en el auto impugnado, no es posible la suspensión de una declaración de infracción sin efectuar un pronunciamiento sobre el fondo del asunto, examinando la conformidad o no a derecho de la conducta enjuiciada en vía administrativa, lo que excede del ámbito de conocimiento del procedimiento de medidas cautelares, y tampoco es posible la suspensión de la intimación al cese de una conducta que se ha declarado antijurídica por la Administración encargada por el ordenamiento jurídico de preservar y garantizar la existencia de una competencia efectiva en los mercados. Lo que si es posible en esta pieza de medidas cautelares es la suspensión de las consecuencias sancionadoras que se atribuyen a la infracción, y así la Sala, a solicitud de la parte actora, ha acordado de forma cautelar la suspensión del pago de las multas impuestas.

[...] A lo anterior se añade, a mayor abundamiento, que ni siquiera es posible resolver en esta pieza de medidas cautelares, porque pertenece al fondo del asunto, si como sostiene la codemandada Mediaproducción, SL, los derechos de los recurrentes en relación con la explotación de derechos audiovisuales del fútbol surgen del Acuerdo de 24 de julio de 2006, que no ha desplegado ninguna eficacia jurídica desde julio de 2008, según argumenta dicha parte demandada en su escrito de 25 de noviembre de 2010, de forma que es una cuestión que la Sala desconoce, porque no existe coincidencia en las posturas de las partes, si la suspensión de los apartados 3º y 4º de la Resolución impugnada supone la explotación de unos derechos audiovisuales derivados de un Acuerdo que ha perdido su eficacia con anterioridad a la Resolución impugnada en este recurso.

También, a mayor abundamiento, la parte actora alega unos daños en relación con las temporadas 2010/2011 y 2011/2012, que en ningún momento concreta ni cuantifica, ni siquiera de forma aproximada, aún a pesar de que parte de los referidos daños -los referidos a la temporada 2010/2011- estarían ya consumados en el momento de la interposición del recurso de súplica.>>

SEGUNDO. - El recurso de casación se articula mediante cuatro motivos. En el primero de ellos, acogido al apartado 1.c) del artículo 88 de la Ley de la Jurisdicción, se denuncia la quiebra de las normas reguladoras de los Autos y de las que rigen los actos y garantías procesales, con cita de los artículos 129 LJCA y 24 CE, causante de indefensión. Los tres restantes motivos se amparan en el apartado 1.d) del referido artículo 88 de la Ley procesal. El segundo y tercer motivos se fundan en la supuesta infracción del artículo 130 de la Ley jurisdiccional y del artículo 24 de la Constitución, por cuanto la denegación de la medida cautelar de suspensión haría perder su finalidad legítima al recurso. Se aduce que la sentencia de fondo que se dictará como pronto en 2012 carecerá de toda efectividad, pues la resolución impugnada declara la incompatibilidad con las normas de competencia de unos acuerdos para las temporadas de la liga de fútbol 2010/11 y 2011/12, y la eventual anulación de estas declaraciones en caso de una sentencia estimatoria sobre el fondo en el año 2012 o 2013 ya no podía ser efectiva por haber transcurrido dichas temporadas. Se añade, en el tercer motivo la vulneración del artículo 14 CE argumentando que los pronunciamientos de la CNC producen una injustificada discriminación entre los contratos individuales con los clubs de fútbol - compatible con las normas de competencia- y el Acuerdo de 24 de julio de 2006 sobre la explotación de tales derechos - incompatible con las normas de competencia-. En el último motivo se invoca la infracción del artículo 24.2 CE en la medida que el Auto no ha tomado en consideración el principio de presunción de inocencia al realizar la valoración previa circunstanciada de los intereses en conflicto, que exigía matizar en el procedimiento de

medidas cautelares el principio de ejecutividad de los actos administrativos de naturaleza sancionadora.

TERCERO.- El primero de los motivos casacionales, articulados al amparo del apartado c) del artículo 888 LJCA resulta inviable. La alegación sobre la quiebra del artículo 24.1 CE originada por la respuesta de la sala sobre la improcedencia de la medida cautelar en lo que se refiere a la declaración de incompatibilidad con la Ley de Defensa de la Competencia no tiene su encaje en este cauce procesal previsto en el apartado c) LJCA.

Este motivo, cuyo fundamento estriba en la crítica a la fundamentación de la resolución denegatoria de las medidas cautelares, aparece defectuosamente formulado bajo el apartado c) del artículo 88.1 de la Ley jurisdiccional, en cuyo ámbito se encuadran las vulneraciones procesales de la sentencia, esto es el *error in procedendo*, y no las infracciones que el Tribunal de instancia haya cometido al aplicar la normativa por la que se rige el acto administrativo impugnado, es decir, el *error in iudicando*, que tiene acogida en el apartado d) del mismo precepto. La orientación del motivo a través del apartado c) sería procedente de imputarse la falta de motivación a la Sentencia, lo que, con evidencia, no ocurre.

La parte recurrente pretende hacer valer únicamente la infracción del derecho a la tutela judicial efectiva originada por la respuesta de la Sala en orden a la improcedencia de la adopción de la medida instada, pero, con independencia del acierto de esta decisión, es lo cierto que no se denuncia ninguna vulneración de las garantías procedimentales a las que se refiere el aludido precepto. La vía elegida es manifiestamente improcedente e impide que entremos en el examen del motivo en el que en definitiva, se muestra la disconformidad con el razonamiento de fondo que sustenta la decisión denegación de la medida cautelar. En fin, no se alega la quiebra de alguna de las formas procesales ni tampoco se esgrime indefensión salvo la que la parte deduce de la mera desestimación de la pretensión cautelar y lo que trasluce el motivo es la discrepancia con las conclusiones a las que llega el Tribunal *a quo*, lo que queda extramuros del motivo, que en su caso, debió articularse a partir del apartado d) del referido precepto.

CUARTO .-Por lo que se refiere a los restantes motivos, arguye la parte recurrente en el segundo de ellos la infracción del artículo 130 de la Ley de la Jurisdicción y del artículo 24 de la Constitución por no haber adoptado la Sala de instancia la medida de suspensión interesada, referida a los pronunciamientos 3º, 4º y 7º de la resolución de la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia, y sostiene que esta denegación determina la pérdida de finalidad del recurso y en fin, de la efectividad de la eventual sentencia estimatoria que pudiera recaer en autos.

El motivo debe ser rechazado. En efecto, la recurrente parece afirmar que la sola denegación por la Sala de instancia de la adopción de la medida cautelar implica la quiebra del artículo 130 LJCA, pues solo a través de la suspensión se impediría que el recurso perdiera su finalidad. Pues bien, este planteamiento es inviable pues de ser así, implicaría la necesidad de la adopción automática de la medida cuando se refiera a situaciones con un ámbito temporal limitado, como el presente, cuyos efectos se constriñen, como máximo a la temporada de fútbol 2011/2012.

Pero en todo caso, este argumento de la irreversibilidad de los perjuicios carece de vigencia en la actualidad atendiendo a la concreta circunstancia señalada por la propia entidad recurrente, que también recoge la sala de instancia, sobre la duración máxima

de los contratos, a los que se refieren los pronunciamientos 3º y 4º (declaración de incompatibilidad de los acuerdos con el artículo 1 de la Ley 15/2007 y 101 TFUE) y 7º (intimación de cese en las conductas prohibidas) de la resolución de la CNC cuya suspensión se interesa, sobre explotación de los derechos de fútbol, limitada como máximo, a la temporada de la liga año 2011/2012.

Como se enfatiza en el escrito del recurso de casación, los perjuicios derivados de la ejecución de la resolución recurrida se referían exclusivamente a los contratos sobre la temporada futbolística 2011/2012. Así, la propia recurrente viene a reconocer que en el momento actual la medida cautelar interesada carece de trascendencia, dada la expiración de los contratos individuales con los clubs de fútbol, al haber concluido ya la mencionada temporada.

Y es que en efecto, los pronunciamientos impugnados de la resolución de la CNC declaran los acuerdos sobre los que se sustenta el modelo de explotación de los derechos de fútbol de Liga y Copa instaurados en AVS conforme al Acuerdo de 24 de Julio de 2006, contrarios a los artículos 1 LDC y 101 TFUE a partir de la temporada 2009/10 (pronunciamiento 3º.) Y por ello la decisión afecta también a los acuerdos de puesta en común y explotación conjunta en AVD durante las tres siguientes temporadas siendo la última de ellas, la temporada 2011/2012.

Pues bien, en relación a la pérdida de finalidad del recurso, cabe señalar que aun en el supuesto que esta Sala pudiera estimar el recurso de casación por la incorrecta apreciación por parte de la Sala de instancia de los presupuestos necesarios para la adopción de la medida cautelar solicitada, es lo cierto que esta carecería en este momento de objeto, pues como la propia parte reconoce, la suspensión instada se refiere a contratos de la liga y la copa de diversas temporadas futbolísticas, siendo la última de ellas la temporada 2011-2012, que concluyó en el mes de Mayo de 2012.

Ello evidencia que, aun cuando actuáramos como Tribunal de instancia *ex* artículo 95.2 LJCA , no concurriría ya el presupuesto necesario para la adopción de la medida cautelar, esto es, que su ejecución haga perder su finalidad legítima al recurso, dada la consumación de los contratos de referencia.

Así las cosas, al haber finalizado la última temporada, y habiendo expirado pues, los contratos individuales con los clubes a los que se refieren las resoluciones de la CNC, que la recurrente sitúa en Mayo de 2012, no cabe apreciar ahora la existencia de un perjuicio real y actual derivado de la ejecutividad de la misma que sea necesario ponderar a los efectos cautelares, y desde esa perspectiva, nuestro pronunciamiento ha de limitarse a constatar la desaparición del elemento del *periculum in mora* o de un perjuicio irreparable en el que se sustentaba la quiebra del artículo 130 LJCA y 24 CE .

QUINTO .- La misma suerte desestimatoria ha de seguir el tercer motivo de casación en el que se invoca el *fumus boni iuris* que pone en relación con la desigual consideración de los contratos individuales con los clubes de futbol que se declaran compatibles con las normas sobre competencia hasta el final de la temporada 2011/2012 respecto al Acuerdo de 24 de junio de 2006 sobre puesta en común y explotación de tales derechos cuya incompatibilidad declara a partir de la temporada 2009/2010, es decir por tres temporadas al menos.

Argumenta la recurrente que la Sala de instancia ha vulnerado la doctrina de la apariencia de buen derecho dado que existe jurisprudencia comunitaria sobre casos similares que han sido resueltos en sentido favorable a la posición defendida por la

parte.

Tampoco puede prosperar el motivo. No apreciamos que la Sala haya obviado la aplicación al presente supuesto del criterio de la apariencia de buen derecho, pues aun cuando nos encontramos ante supuestos que presentan una similar problemática, es lo cierto que presentan la suficiente complejidad como para no poder dilucidar en sede cautelar el grado de semejanza que puedan tener. Así, las citas jurisprudenciales y las alegaciones de la parte acerca de la discriminación entre los acuerdos individuales y aquellos de puesta en común de la explotación no son suficientes para afirmar en este momento una hipotética identidad de supuestos hasta el punto de predeterminar una probable estimación de su recurso en función de la aplicación del mencionado criterio de *fumus boni iuris* en sede cautelar. Se trata, por el contrario, de dos tipos contractuales diferenciados respecto a los cuales la CNC establece distintas cautelas, y en fin, son cuestiones complejas sobre las que no se advierte a primera vista de forma manifiesta un criterio jurisprudencial reiterado que sirva de fundamento para la adopción de la medida cautelar.

Finalmente, tampoco se advierte la infracción del principio de presunción de inocencia que se invoca en el último motivo de casación, en la medida en que no incide en este concreto supuesto en la decisión sobre la ejecutividad de la resolución de la CNC, en lo que se refiere a un determinado modelo de explotación y sus efectos sobre la competencia, decisión sobre la ejecutividad que ha de ajustarse a los criterios y pautas establecidas en el la Ley Jurisdiccional.

SEXTO. - De lo expuesto en los anteriores fundamentos de derecho se deriva la desestimación de todos los motivos formulados y, con ello, del recurso de casación.

En aplicación de lo dispuesto en el artículo 139.2 de la Ley jurisdiccional se imponen las costas a la parte recurrente que no podrá exceder de 2000 Euros.

En atención a lo expuesto, en nombre del Rey, y en ejercicio de la potestad jurisdiccional que emana del Pueblo español y nos confiere la Constitución

FALLAMOS

Primero .- NO HA LUGAR y por lo tanto DESESTIMAMOS el recurso de casación interpuesto por "Sogecable SA" y "Audiovisual Sport SL", contra los autos de fecha 18 de abril y 27 de junio de 2011 dictados por la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional en la pieza separada de medidas cautelares dimanante del recurso 374/2010.

Segundo .- Se imponen las costas de la casación a la parte recurrente, en los términos fundamentados respecto de la determinación del límite máximo de su cuantía.

Así por esta nuestra sentencia, que deberá insertarse por el Consejo General del Poder Judicial en la publicación oficial de jurisprudencia de este Tribunal Supremo, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos .-Pedro Jose Yague Gil.-Manuel Campos Sanchez-Bordona.-Eduardo Espin Templado.-Jose Manuel Bandres Sanchez-Cruzat.- Maria Isabel Perello Domenech.-Rubricado.- **PUBLICACIÓN.**- Leída y publicada fue la anterior sentencia en el mismo día de su fecha por la Magistrada Ponente Excmá. Sra. D^ª. Maria Isabel Perello Domenech, estando constituida la Sala en audiencia pública de lo que, como Secretaria, certifico.