***A U D I E N C I A N A C I O N A L***

***Sala de lo Contencioso-Administrativo***

***SECCIÓN OCTAVA***

|  |  |
| --- | --- |
| ***Núm. de Recurso:*** | **0000704*/*2011** |
| ***Tipo de Recurso:*** | **PROCEDIMIENTO ORDINARIO** |
| ***Núm. Registro General:*** | **02611*/*2011** |
| ***Demandante:*** | **GESTEVISION TELECINCO, S.A.** |
| ***Procurador:*** | **D. ISACIO CALLEJA GARCÍA** |
| ***Demandado:*** | **MINISTERIO DE INDUSTRIA, COMERCIO Y TURISMO** |
| ***Codemandado:*** | **RADIO Y TELEVISIÓN ESPAÑOLA, S.A.** |
| ***Abogado Del Estado*** |  |
|  |  |
|  |  |
| ***Ponente IImo. Sr.:*** | **D. FERNANDO LUIS RUIZ PIÑEIRO** |

**S E N T E N C I A Nº:**

**IImo. Sr. Presidente:**

D. FERNANDO LUIS RUIZ PIÑEIRO

**Ilmos. Sres. Magistrados:**

Dª. MERCEDES PEDRAZ CALVO
D. JUAN CARLOS FERNÁNDEZ DE AGUIRRE FERNÁNDEZ
Dª. ANA ISABEL GÓMEZ GARCÍA

Madrid, a veintiuno de marzo de dos mil catorce.

VISTOS por la Sección Octava de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional el recurso contencioso administrativo **nº 704/2011** promovido por el Procurador de los Tribunales **D. Isacio Calleja García,** en nombre y representación de **GESTEVISION TELECINCO, S.A**., contra la resolución de fecha 1 de abril de 2011, de la Secretaría de Estado de Telecomunicaciones y para la Sociedad de la Información, por la que se archiva la solicitud de intervención contra Televisión Española al no existir contravención de la dispuesto en la Ley 8/2009, de 28 de agosto, de Financiación de la Corporación RTVE y en la Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de la Comunicación Audiovisual.

Ha sido parte recurrida la Secretaría de Estado de las Telecomunicaciones y para la Sociedad de la Información, representada por el Abogado del Estado y Corporación de Radio y Televisión Española, S.A., representada por el Procurador de los Tribunales D. Roberto de Hoyos Mencía.

**ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** Una vez interpuesto el presente recurso, se reclamó el expediente a la Administración y siguiendo los trámites legales, se emplazó a la parte recurrente para la formalización de la demanda, lo que verificó mediante escrito que obra en autos. Termina suplicando a la Sala que dicte sentencia por la que se acuerde estimar el recurso y se condene a la Administración a iniciar expediente sancionador frente a RTVE por incumplimiento de la Ley 8/2009 y 7/2010, así como que se requiera a RTVE a subastar públicamente los derechos de la Champions que aún ostenta hasta la temporada 2014/2015.

**SEGUNDO.-** Emplazado el Abogado del Estado para que contestara a la demanda, así lo hizo en escrito en el que, tras expresar los hechos y fundamentos de derecho que estimó convenientes, terminó solicitando que se dictara una sentencia desestimatoria del recurso, con imposición de costas.

Como consecuencia del recibimiento a prueba, compareció en autos Corporación de Radio y Televisión Española, S.A., instando la nulidad de actuaciones, lo que así se acordó por auto de fecha 28 de febrero de 2013.

Concedido plazo para contestar la demanda RTVE presentó escrito en el que insta a inadmisibilidad de recurso por falta de legitimación de la actora respecto de la primera pretensión ejercitada referida al inicio de expediente sancionador. Respecto de la segunda pretensión se alega también la inadmisibilidad, al amparo del artículo 9.c) LRJCA por no haberse agotado la vía administrativa, toda vez que es una pretensión que se ejercita por primera vez en vía jurisdiccional.

La Sala dictó auto de fecha 6 de mayo de 2013 desestimando las alegaciones previas formuladas y acordando la continuación del recurso.

Corporación de Radio y Televisión Española S.A. contestó la demanda mediante escrito en que, tras exponer los hechos y fundamentos de derechos que considero oportunos, termina suplicando la inadmisibilidad del recurso y, subsidiariamente, su desestimación, con expresa imposición de costas.

**TERCERO.-** Se practicó la prueba solicitada y admitida por la Sala, tras lo cual las parte presentaron, por su orden, escritos de conclusiones. Las actuaciones quedaron pendientes de señalamiento para votación y fallo, la cual tuvo lugar el día 19 de marzo de 2014.

**CUARTO.-** La cuantía de este recurso es indeterminada.

Ha sido Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado **D. FERNANDO LUIS RUIZ PIÑEIRO,** quien expresa el parecer de la Sala.

**FUNDAMENTOS DE DERECHO**

**PRIMERO.-** El acto recurrido es la Resolución de la SETSI, de 1 de abril de 2011 por la que se archiva la denuncia presentada por la hoy recurrente contra RTVE con motivo de la adjudicación de los derechos de emisión de la Liga de Fútbol de Campeones. Señala la resolución impugnada:

<<Con fecha 16 de febrero de 2011 ha tenido entrada …un escrito de Gestevisión Telecinco, S.A. por el que solicita que se requiera de inmediato a la Corporación de Radio y Televisión Española para que retire la oferta que ha presentado para la adquisición de los derechos de emisión televisiva de la Liga de fútbol de Campeones organizada por la UEFA para las temporadas 2012/2013, 2013/2014 y 2014/2015.

Asimismo, también solicita que se sancione a la Corporación RTVE por contravenir la Ley 8/2009, de 28 de agosto, de Financiación de la Corporación RTVE, así como la Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de la Comunicación Audiovisual.

Según su escrito de denuncia, la UEA está procediendo a subastar la adjudicación de los derechos de emisión televisiva de la Liga de Fútbol de Campeones correspondiente a las temporadas… La UEFA ha dividido estos derechos en dos paquetes: el primero comprendería los partidos a celebrar los miércoles, incluyendo una semifinal y la final; y otro relativo a los partidos clasificatorios que se celebren los martes, incluyendo la otra semifinal.

Además de Telecinco, las entidades DTS…., Antena 3 …La Corporación RTVE y Televisión de Cataluña TV3 han participado formalmente en esta subasta presentando sus correspondientes ofertas antes del día 3 de febrero pasado… LA UEFA adjudicó a DTS el paquete correspondiente a los miércoles para su emisión mediante televisión de pago. Sin embargo, tras considerar que las ofertas presentadas por el resto de licitadores no eran suficientemente atractivas desde un punto de vista económico, ha dejado desierta la subasta …dando al resto de los participantes iniciales la posibilidad de presentar una segunda oferta.

Según su escrito, parece ser que además de Telecinco, a esta segunda ronda de la subasta organizada por el UEFA ha concurrido también la Corporación RTVE..>>.

Estos antecedentes nos parecen de interés de cara a situar el debate que se plantea en los autos, resolviendo la SESTI en sentido contrario a lo pretendido en base a los siguientes razonamientos:

<<El artículo 20 de la Ley General de la Comunicación Audiovisual incluye entre los acontecimientos de interés general para la sociedad susceptibles de ser incluidos en el catálogo que debe fijar el Consejo Estatal de Medios Audiovisuales, y que han de emitirse por televisión en abierto y con cobertura estatal “la final de la Champions League de fútbol”… Así pues, la retransmisión de la Liga de Campeones de Fútbol, o al menos algunos de sus partidos, además de constituir un contenido televisivo de gran valor comercial, tiene una especial consideración de acontecimiento de interés general, que en modo alguno es incompatible con la misión de servicio público atribuida a la Corporación RTVE, de la misma manera que también puede emitir películas de estreno, si bien con las limitaciones impuestas en su Ley de Financiación….

En virtud de la misión de servicio público que se atribuye a la Corporación RTVE, se e imponen una serie de limitaciones y obligaciones adicionales a las impuestas a los operadores privados. El artículo 3.1 de la LTVE establece que “….La Corporación no podrá utilizar ningún ingreso de los establecidos en el artículo anterior para sobrecotizar frente a competidores por derechos sobre contenidos de gran valor comercial”.

Asimismo, el artículo 9.1, letra i) de la LTVE establece, entre las obligaciones adicionales de servicio público “limitar al 10% del presupuesto anual total de aprovisionamientos, compras y servicios exteriores la adquisición de derechos de emisión de los eventos deportivos oficiales catalogados por el Consejo Estatal de Medios Audiovisuales como de interés general y de gran interés para la sociedad que se fijarán en el contrato-programa, con exclusión de los Juegos Olímpicos y Paralímpicos”.

Por su parte, el artículo 43.7 de la LGCA (prohíbe) sobrepujar frente a competidores privados por derechos de emisión sobre contenidos de gran valor en el mercado audiovisual…

….En ningún momento se prohíbe el acceso de la Corporación RTVE a contenidos de alto valor comercial, siempre que los mismos no sean incompatibles con su misión de servicio público. En efecto, ni la LTVE ni la LGCA prohíben “pujar” sino solo sobrecotizar o sobrepujar. Por otra parte, si no pudieran hacerlo, no tendría ningún sentido imponer una limitación del 10% de su presupuesto de aprovisionamiento para la adquisición de eventos deportivos de gran interés….

Partiendo por tanto de la base de que no hay ningún impedimento legal para que la Corporación RTVE opte a la obtención de los derechos televisivos en cuestión, queda claro que la primera oferta que presentó la Corporación RTVE era absolutamente lícita, bajo la condición de respetar la limitación del 10% del presupuesto a que alude el artículo 9.1 de la LTVE. Sólo podría haber sido ilícita, …..si no hubiera sido proporcionada o no hubiera respetado el principio del inversor en una economía de mercado. Pero el hecho de que la UEFA hubiera declarado desestimado todas las ofertas avala la conclusión de que, de haber presentado la Corporación RTVE una oferta desproporcionada, con toda probabilidad dicha oferta hubiera resultado la adjudicataria.

…En el caso presente, la Corporación RTVE ha procedido a presentar una segunda oferta a instancias de la UEFA, sabiendo únicamente que su oferta inicial, igual que las de los demás competidores, era insuficiente. No consta en absoluto que la Corporación RTVE haya mejorado su oferta en atención a las ofertas de los demás competidores. Por otra parte, la adjudicación se ha consumado a partir de la segunda oferta de la Corporación RTVE, que en realidad sería la primera desde que la UEFA declaró desierta la primera puja, por lo que no cabría calificar la actuación de la Corporación RTVE como “sobrepujar permanentemente” tal y como se indica en la nota al pie de página del apartado 95 de la Comunicación. Tampoco cabe inferir que dicha oferta exceda de las necesidades de la misión de servicio público, puesto que la emisión de acontecimientos deportivos se incluye dentro de dicha misión de acuerdo con el artículo 3.2 de la LTVE.

Cabría cuestionar que, sabiendo que había un operador privado de ámbito estatal como Telecinco que también estaba interesado en optar a los derechos y que por tanto habría cumplido con el objetivo legal de que determinados acontecimientos de interés general se emitan en abierto, la Corporación RTVE haya presentado una segunda oferta, por lo que la segunda oferta ya supondría automáticamente una sobrecotización en perjuicio de un operador privado.

No obstante, si se aceptara este argumento, quedaría vacía de contenido la posibilidad de que la Corporación RTVE acceda a determinados contenidos de alto valor. En efecto, bastaría con que cualquier operador privado presentara una oferta, por baja que esta fuera, para que la Corporación RTVE quedara automáticamente excluida de cualquier proceso de esta naturaleza. Justamente, la limitación del 10% del presupuesto opera como garantía de que la Corporación RTVE no pueda optar indiscriminadamente a cualquier evento deportivo de alto valor comercial, puesto que cualquier esfuerzo extra que quiera hacer para adquirir los derechos de un evento deportivo automáticamente limita su capacidad para optar a otros eventos de igual naturaleza, por lo que, al igual qe el resto de operadores privados, deberá priorizar sus objetivos>>.

Y la resolución acuerda “archivar la solicitud de intervención …al no existir contravención de lo dispuesto en la Ley 8/2009 …y en la Ley 7/2010..”

**SEGUNDO.-** En el escrito de demanda se reconoce que la primera subasta por el paquete A1 (First Pick Tuesday) fue declarada desierta, dando a los participantes iniciales la posibilidad de presentar una segunda oferta. La parte considera que el hecho de participar en la segunda puja vulnera las citadas leyes LTVE y LGCA. Para ello se afirma que RTVE “no puede utilizar los ingresos públicos para pujar por derechos de gran valor comercial (como la Champions League)”.

Se cita el artículo 3 LTVE en cuanto dispone que “la Corporación no podrá utilizar ningún ingreso de los establecidos en el artículo anterior para sobrecotizar frente a competidores por derechos sobre contenidos de gran valor comercial” y se hace referencia en dicho precepto, en relación con el anterior, a ingresos que suponen a casi totalidad de los mismos (el 99% se dice en la demanda). La LGCA reconoce que la final de la Champions es un acontecimiento de interés general para la sociedad, evidenciándose el gran valor comercial, pero no de los partidos previos clasificatorios. Se entiende, en definitiva, que los operadores públicos no pueden utilizar la compensación pública para competir con los operadores privados en la adquisición de contenidos de gran valor.

Se añade que la puja de RTVE incumple los límites de financiación de la Corporación. Se alude también la Mandato-Marco de RTVE que orienta la adquisición de derechos de emisión de retransmisiones deportivas a la atención de deportes minoritarios y de deportes femeninos, así como que la adquisición respecto de competiciones profesionales se produzca en condiciones económicas razonables. Y se insiste en el incumplimiento del límite del 10% para la adquisición de derechos de eventos deportivos oficiales.

Pues bien, con carácter previo a examinar, en su caso, la cuestión planteada debemos examinar la pretendida inadmisibilidad que se alega, que coincide con la ya planteada en alegaciones previas. A estos efectos debemos remitirnos a lo afirmado en el auto de fecha 6 de mayo de 2013, si bien consideramos oportuno añadir lo siguiente: Por un lado que la resolución recurrida pone fin a la vía administrativa como se indica en la misma y la legitimación de la actora no es negada en forma alguna. También debemos señalar que nos parece claro el interés de la recurrente en el presente recurso, pues la decisión que se adopte puede incidir en la esfera legítima de sus expectativas como operador privado. Por otro lado no es baladí, a los efectos que nos ocupan, que se inicie o no el expediente que se pretende, pues de resultas del mismo podría darse una, la menos, recuperación parcial de las referidas expectativas legítimas. Y todo ello lo señalamos sin perjuicio de la procedencia o improcedencia de la estimación del recurso. Para finalizar, resaltamos que la LGCA prevé, para determinados supuestos infractores (art. 61.3) que el infractor deba reponer la situación alterada a su estado originario, por lo que el interés legítimo de la parte nos parece poco discutible.

**TERCERO.-** En cuanto a la cuestión de fondo que se plantea, coincidimos con la SETSI en los razonamientos de la resolución impugnada en orden a rechazar la solicitud formulada.

La primera cuestión planteada debe remitirse a lo dispuesto en el artículo 20 LGCA, en cuanto es factible incluir y, por tanto, adquirir los derechos de la final de la Champions League de fútbol. Y ello debe ponerse en relación con los artículos 3.1 y 9.1 LTVE y 43.7 LGCA. Los primeros impiden sobrecotizar frente a competidores sobre contenidos de gran valor comercial, así como exceder el límite del 10% del presupuesto para adquirir derechos de emisión de eventos deportivos de interés general y de gran interés para la sociedad. Y el último precepto de los citados dispone que no puede RTVE subcotizar ni sobrepujar frente a competidores privados.

Pero ninguno de los supuestos citados concurre en el presente caso. Nos parece claro que las previsiones de las normas citadas no impiden, o dicho de otra forma no prohíben, que RTVE pueda concurrir a la subasta para la adquisición de los derechos de emisión que nos ocupan. En este punto debemos resaltar que dicha subasta no aparece como escindible, es decir, contiene la emisión de los martes y una semifinal. Con ello queremos resaltar que no se alega, ni parece factible, que pudiera pretenderse sólo la semifinal o sólo algún partido de martes, pues debe pujarse por el total del paquete ofrecido. Esta segunda subasta es la que contempla la resolución impugnada y, como decimos, no permite pujar por parte de la misma, sino que debe hacerse por el paquete completo.

Entendemos que la resolución impugnada resuelve con acierto la primera cuestión, pues RTVE podía concurrir a la subasta que, si bien tiene un alto valor comercial, no resulta incompatible con la misión de servicio público, coincidiendo con su alto interés deportivo y su evidente interés para la sociedad.

Y expuesto lo anterior, queda claro que la situación de hecho producida no es una sobrepuja o sobrecotización, pues la primera subasta se declaró desierta al no haberse efectuado ninguna oferta suficientemente atractiva y se permitió que los licitadores de la misma pudieran presentar nuevas ofertas. De esta forma, RTVE concurre a la segunda subasta, sin que conste que conociera el contenido de las ofertas efectuadas por otros competidores. Nos remitimos en este punto a lo afirmado en la resolución impugnada sobre la interpretación del término sobrecotizar o sobrepujar. Y concluimos como lo hace la resolución, en el sentido de entender que no se ha infringido tampoco este ámbito de la normativa citada.

La prueba practicada, por otra parte, avala que RTVE no excedió los límites previstos para pujar en la concreta subasta de los derechos de emisión objeto de litis.

A estos efectos nos remitimos al certificado aportado, en el que el Director Económico Financiero de la Corporación RTVE afirma que en el ejercicio 2012, el porcentaje final queda fijado en un 9’65% del total de aprovisionamientos y servicios exteriores del presupuesto aprobado. También se ha aportado similar certificado, referido al ejercicio 2013, en que se afirma que el porcentaje final quedará fijado en el entorno del 3% del total de aprovisionamientos y servicios exteriores del presupuesto de dicho ejercicio. Respecto del ejercicio 2011 se certifica que los derechos adquiridos no han superado el 10% previsto en la Ley y para el ejercicio 2012 fue del 9’65%, por lo que tampoco se superó el referido porcentaje máximo.

Entendemos, por último que no procede acordar la práctica de la prueba solicitada en conclusiones, pues los datos de que disponemos son suficientes para resolver la cuestión planteada y no es razonable pensar que dicha prueba pueda desvirtuar la que hemos reflejado. En este sentido cabe señalar que el propio ámbito revisor de la jurisdicción, así como el alcance y contenido del acto impugnado no avalan la pretensión actora de revisar la previsión presupuestaria de la Corporación RTVE o su ejecución, sino que debemos limitarnos a examinar si la referida puja era factible y si se excedió el límite previsto, cuestiones que hemos ya examinado. Por ello, la prueba que se insta como diligencia final, caso de practicarse, entendemos que no añade nuevos elementos de juicio susceptibles de variar el criterio desestimatorio del recurso.

**CUARTO.-** Procede, en definitiva, desestimar el recurso y en virtud de lo dispuesto en el artículo139 LRLCA, en su redacción vigente al momento de interposición del recurso, no procede hacer especial pronunciamiento en cuanto a las costas causadas.

**VISTOS** los preceptos citados y demás de general y pertinente aplicación,

**F A L L A M O S**

1.- Desestimarel recurso contencioso-administrativo formulado por el Procurador de los Tribunales **D. Isacio Calleja García**, en nombre y representación de **GESTEVISION TELECINCO, S.A**., contra la resolución de fecha 1 de abril de 2011, de la Secretaría de Estado de Telecomunicaciones y para la Sociedad de la Información, por la que se archiva la solicitud de intervención contra Televisión Española al no existir contravención de la dispuesto en la Ley 8/2009, de 28 de agosto, de Financiación de la Corporación RTVE y en la Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de la Comunicación Audiovisual, resolución que consideramos conforme a derecho.

2.- No hacer pronunciamiento en costas.

Así por esta nuestra sentencia, que se notificará a las partes haciéndoles saber que contra la misma no cabe interponer recurso, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.