

CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL Num.: 220/2013
Ponente Excmo. Sr. D.: Ignacio Sancho Gargallo
Votación y Fallo: 23/10/2014
Secretaría de Sala: Ilmo. Sr. D. José María Llorente García

TRIBUNAL SUPREMO
Sala de lo Civil

SENTENCIA N°: 634/2014

Excmos. Sres.:

D. José Ramón Ferrándiz Gabriel
D. Ignacio Sancho Gargallo
D. Francisco Javier Orduña Moreno
D. Rafael Sarazá Jimena
D. Sebastián Sastre Papiol

En la Villa de Madrid, a nueve de Enero de dos mil quince.

La Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los Magistrados al margen indicados, ha visto los recursos extraordinario por infracción procesal y recursos de casación interpuestos respecto la sentencia dictada en grado de apelación por la Audiencia Provincial de Madrid, sección 12ª, como consecuencia de autos de juicio ordinario seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 36 de Madrid.

El recurso fue interpuesto por las entidades Audiovisual Sport S.L. y Sogecable S.A., representadas por el procurador Argimiro Vázquez Guillén y la entidad Mediaproducción, S.L.U., representada por el procurador Manuel Lanchares Perlado.

Autos en los que también ha sido parte la entidad TVC Multimedia S.L., que no se ha personado ante este Tribunal Supremo.

ANTECEDENTES DE HECHO

Tramitación en primera instancia

1. El procurador Argimiro Vázquez Guillén, en nombre y representación de la entidad Audiovisual Sport S.L., interpuso demanda de juicio ordinario ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 36 de Madrid, contra la entidad Mediaproducción S.L., para que se dictase sentencia:

"por la que, estimando íntegramente la demanda,

a) Condene a Mediaproducción S.L. a dar efectivo cumplimiento al Acuerdo de 24 de julio de 2006, suscrito con mi mandante y con Sogecable, S.A. en todos sus términos; y en concreto:

1) Condene a Mediaproducción S.L. a aportar a AVS los documentos contractuales relativos a los siguientes clubes: Valencia CF, Levante UD, SAD y Villarreal CF., SAD, así como los relativos al F.C. Barcelona.

2) Condene a Mediaproducción S.L. a comunicar a los clubes Valencia, C.F., Levante, U.D., S.A.D., Villarreal C.F., S.A.D., Sevilla, C.F., Real Sociedad, S.A.D. y F.C. Barcelona, la cesión de derechos a favor de mi mandante en los términos del Anexo I del Acuerdo de 24 de julio de 2006.

3) Condene a Mediaproducción, S.L. a pagar a mi mandante AVS la cantidad que le adeuda de veintiocho millones ciento sesenta y nueve mil seiscientos noventa y un euros con treinta y cuatro céntimos de euro (28.169.69,34€), más la suma de cuatro millones quinientos siete mil ciento cincuenta y un euros con sesenta y un céntimos de euros (4.507.151,61 €), en concepto de IVA aplicable; más los intereses moratorios, calculados al tipo del interés legal del dinero, desde el día

siguiente al de vencimiento del respectivo periodo voluntario de pago de cada una de las facturas emitidas a su cargo; y ello sin perjuicio de que la determinación exacta de la cantidad adeudada sólo se verifique tras la fase probatoria y el cabal conocimiento de las condiciones económicas convenidas entre Mediapro y los clubes Valencia, C.F., Levante U.D., S.A.D. y Villareal C.F., S.A.D.

4) Condene a Mediaproducción S.A. a abstenerse de comunicar y contratar con clubes de fútbol de Primera y Segunda División la cesión de derechos audiovisuales.

5) Condene a Mediaproducción S.L. a aportar a AVS los derechos audiovisuales de los clubes Real Club Celta de Vigo, S.A.D., Club Atlético Osasuna, Real Club Deportivo de la Coruña, S.A.D. y Reial Club Deportiu Espanyol, con los que ha llegado a acuerdos en vulneración de la cláusula quinta del Acuerdo de 24 de julio de 2006, en las condiciones económicas que se determinarán, bien en la fase probatoria del juicio bien en la de ejecución de sentencia, a tenor de las bases establecidas en el Fundamento jurídico-material 5, aptdo. 2, de esta demanda.

6) Condene a Mediaproducción S.L. a comunicar a los clubes identificados en el pedimento anterior la existencia de dicha cesión de derechos, con el alcance que, en cada caso, proceda.

7) Condene a Mediaproducción S.L. a indemnizar a AVS los daños y perjuicios materiales y morales causados por los incumplimientos contractuales denunciados, en la cantidad de cinco millones seiscientos treinta y tres mil novecientos treinta y ocho euros (5.633.938 €).

b) Y todo ello con expresa imposición de las costas procesales a la demandada Mediaproducción S.L."

2. El procurador Argimiro Vázquez Guillén, en nombre y representación de la entidad Audiovisual Sport S.L., presentó escrito de ampliación de demanda y pidió al Juzgado dictase sentencia:

"por la que, además de estimar en su totalidad los pedimentos contenidos en dicha demanda inicial, estime asimismo íntegramente esta ampliación, y, en consecuencia:

a) Condene a Mediaproducción S.L. a dar efectivo cumplimiento al Acuerdo de 24 de julio de 2006, suscrito con mi mandante y con Sogecable S.A., en todos sus términos, y en concreto, por lo que respecta a esta ampliación de demanda:

*1) Condene a Mediaproducción S.L. a pagar a mi mandante AVS la cantidad adicional que le adeuda de veinticinco millones setecientos veintidós mil cuatrocientos ochenta y cinco euros con setenta y tres céntimos de euros (25.721.485,73 €); más los intereses moratorios de dicha suma, calculados al tipo del interés legal del dinero, desde el día siguiente al de vencimiento del periodo voluntario de pago de la factura emitida a su cargo; más el IVA correspondiente, que deberá asimismo ser satisfecho por la demandada, y que asciendo a cuatro millones ciento once mil cuatrocientos treinta y siete euros con setenta y dos céntimos de euros (4.115.437,72 €).
(sic)*

2) Condene a Mediaproducción S.L. a aportar a AVS los derechos audiovisuales de todos y cada uno de los clubes que participan en las competiciones españolas de Liga de Primera y Segunda División, no incluidos en la solicitud núm. 5 de nuestra demanda inicial, con los que ha llegado a acuerdos en vulneración de la cláusula quinta del Acuerdo de 24 de julio de 2006, clubes y derechos audiovisuales se determinarán con toda exactitud en la fase probatoria del juicio, en las condiciones económicas que asimismo se determinarán, bien en la fase probatoria del proceso bien en la de ejecución de la sentencia, a tenor de las bases establecidas en el Fundamento

jurídico-material 5, aptdo. 2, de la demanda principal, presentada el día 3 de julio de 2007.

3) Condene a Mediaproducción S.L. a comunicar a los clubes a que se refiere el pedimento anterior la existencia de dicha cesión de derechos, con el alcance que, en cada caso, proceda.

4) Condene a Mediaproducción S.L. a indemnizar a AVS los nuevos daños y perjuicios materiales y morales causados por los nuevos incumplimientos contractuales denunciados, en la cantidad de cinco millones ciento cuarenta y cuatro mil doscientos noventa y siete euros con quince céntimos de euro (5.144.297,15€)

b) Y todo ello con expresa imposición de las costas procesales de esta ampliación a la demandada Mediaproducción, S.L."

3. El procurador Argimiro Vázquez Guillén, en nombre y representación de la entidad Audiovisual Sport S.L., presentó una nueva ampliación de la demanda inicial, y suplicó al Juzgado dictase sentencia:

"por la que se condene a Mediaproducción S.L. a dar efectivo cumplimiento al Acuerdo de 24 de julio de 2006, suscrito con mi mandante y con Sogecable S.A. en todo sus términos; y en concreto, por lo que a esta ampliación se refiere, a mantener a AVS en el pacífico goce y disfrute de los derechos audiovisuales de los clubes de fútbol Real Racing Club, S.A.D., Atlético Club, Real Zaragoza, Valencia, Villarreal, Levante y Sevilla, así como de cualesquiera otros que sean de su legítima titularidad; y, en consecuencia, mientras el Acuerdo de 24 de julio de 2006 esté y siga vigente, se prohíba a Mediaproducción S.L. disponer y explotar por si o por medio de terceros dichos derechos, o perturban en modo alguno el pacífico goce de los mismos por AVS; y que se condene a Mediaproducción S.L. a indemnizar a AVS en la cantidad adicional que ciframos inicialmente, sin perjuicio de lo que resulte de la prueba, en la suma de doscientos millones de euros (200.000.000

€); con expresa condena en costas de la demandada *Mediaproducción S.L.*".

4. El procurador Argimiro Vázquez Guillén, en nombre y representación de la entidad Audiovisual Sport S.L., presentó una tercera ampliación de la demanda, y pidió al Juzgado dictase sentencia:

*"por la que, con estimación de la demanda, y por lo que a la presente ampliación se refiere, se declare que los derechos audiovisuales de los clubes: Real Madrid Club de Fútbol, Real Club Deportivo Mallorca S.A.D., Fútbol Club Barcelona, Real Valladolid Club de Fútbol S.A.D., Unión Deportiva Almería S.A.D., Real Betis Balompié S.A.D., Real Club Recreativo de Huelva S.A.D., Club Atlético Osasuna, Club Atlético de Madrid S.A.D., Real Club Deportivo Espanyol de Barcelona S.A.D., Real Club Deportivo de La Coruña S.A.D. y Getafe Club de Fútbol S.A.D. para la temporada futbolística 2007/08, son de AVS; y se condene a Mediaproducción S.L., a estar y pasar por la antedicha declaración y a no disponer ni explotar por sí o por medio de tercero ni utilizar en forma alguna los derechos audiovisuales de dichos clubes, durante la temporada futbolística 2007/08, a salvo la utilización que pueda producirse en el marco jurídico del Acuerdo de 24 de julio de 2006; y que se condene a Mediaproducción S.L. a indemnizar a AVS en la cantidad adicional que ciframos inicialmente, sin perjuicio de lo que resulte de la prueba, en la suma de cincuenta millones de euros (50.000.000 €); con expresa condena en costas de la demandada *Mediaproducción S.L.*".*

5. La procuradora Consuelo Rodríguez Chacón, en representación de Mediaproducción S.L., contestó a la demanda y suplicó al Juzgado dictase sentencia:

"desestimando íntegramente dicha demanda, con expresa imposición de costas a la actora."

6. La representación de la demandada Mediaproducción S.L., formuló demanda reconventional contra Audiovisual Sport S.L., Sogecable S.A. y TVC Multimedia S.L., y suplicó al Juzgado dictase sentencia:

"mediante la que:

1) Se declare que la resolución del Acuerdo de 24 de julio de 2006, efectuada por Mediapro en fecha 21 de agosto de 2007, fue realizada conforme a Derecho.

2) Se condene a Audiovisual Sport S.L., a Sogecable S.A. y a TVC Multimedia S.L. a estar y pasar por dicha declaración.

3) Se condene a Sogecable S.A. y a Audiovisual Sport, S.L. a indemnizar a mi representada los daños y perjuicios sufridos, que se cuantificarán en periodo probatorio. Los daños y perjuicios que aquéllas deberán indemnizar, con arreglo a lo establecido en el fundamento de derecho segundo de la presente reconvenición, son los siguientes:

(i) Lucro cesante sufrido por Mediapro derivado de no haber entrado en el capital social de AVS conforme a lo pactado en el Acuerdo de 24 de julio de 2006.

(ii) Daños y perjuicios que Mediapro sufra a consecuencia de las reclamaciones que los operadores internacionales realicen a Mediapro y/o Sogepac por no haber podido disfrutar de la señal para retransmitir en el ámbito internacional los partidos correspondientes a la Liga española y Copa de S.M. el Rey y de las reclamaciones que, asimismo, Mediapro reciba de La Forta por no haber podido disfrutar de la señal para retransmitir los encuentros de segunda división y los resúmenes del campeonato nacional de Liga.

(iii) Daño emergente y lucro cesante sufrido por Mediapro a consecuencia de no haber podido efectuar la producción de los partidos a emitir en la ventana de pago por visión, conforme a lo pactado en la "side letter".

(iv) Lucro cesante consistente en el precio que AVS debería haber pagado a Mediapro, a partir del 21 de agosto de 2007, para retransmitir en las ventanas de pago y pago por visión, durante las jornadas primera a tercera de la temporada 2007/2008 (y todas aquellas sucesivas jornadas en las que lo siga haciendo), partidos en los que hayan participado o participen los Clubes Racing, Athlétic, Zaragoza, Valencia, Levante, Villareal, Murcia y Sevilla, cuyos Derechos Audiovisuales corresponden exclusivamente a Mediapro.

4) Subsidiariamente a todo lo anterior:

(i) Se declare resuelto el Acuerdo de 24 de julio de 2006 por desistimiento unilateral ad nutum de Mediapro

(ii) Se condene a Audiovisual Sport S.L., a Sogecable S.A. y a TVC Multimedia S.L. a estar y pasar por dicha declaración.

5) En todo caso, se condene a las demandadas reconvenzionales a pagar las costas del presente procedimiento."

7. La procuradora Consuelo Rodríguez Chacón, en representación de la entidad Mediaproducción S.L., contestó a las tres ampliaciones de demanda formuladas por la parte actora y pidió al Juzgado dictase sentencia.

"desestimando íntegramente tanto la demanda inicial, como las tres ampliaciones de demanda posteriores, con expresa imposición de costas a la parte demandante."

8. El procurador Argimiro Vázquez Guillén, en representación de la entidad Audiovisual Sport, S.L., contestó a la demanda reconvenzional y suplicó al Juzgado que dictase sentencia:

"por la que, respecto de dicha reconvección, declare no haber lugar a ninguno de los pedimentos en ella contenidos; con expresa condena en costas de la reconviniente, Mediapro; y, para el improbable caso de que estime la pretensión de desistimiento unilateral ad nutum de Mediapro respecto del Acuerdo de 24 de julio de 2006, suscrito con mi mandante, entre otros, declare la

obligación de Mediapro de indemnizar los daños y perjuicios que tal desistimiento ocasione a mi mandante."

9. La procuradora María del Valle Gili Ruiz, en representación de la sociedad Sogecable S.A., contestó a la demanda reconvenicional y pidió al Juzgado dictase sentencia:

"por la que desestime íntegramente la demanda reconvenicional formulada por Mediapro contra mi mandante, con expresa imposición a Mediapro de las costas causadas a mi mandante."

10. La procuradora María Jesús González Díez, en representación de la entidad TVC Multimedia S.L., contestó a la demanda reconvenicional y suplicó al Juzgado dictase sentencia:

"por la que, en virtud de lo expuesto:

a) se tenga a mi mandante por parcialmente allanada a la pretensión resolutoria principal formulada por Mediaproducción S.L. contra TVCM, S.L. por entender que la resolución es procedente en base exclusivamente a los motivos expuestos en el cuerpo de este escrito.

b) se decrete la no imposición de costas a mi mandante en la demanda reconvenicional principal en méritos de las circunstancias concurrentes.

c) se tenga a mi mandante por allanada a la pretensión resolutoria subsidiaria formulada por Mediaproducción S.L. contra TVCM S.L.

d) se decrete la no imposición de costas a mi mandante en la demanda reconvenicional subsidiaria formulada por Mediaproducción S.L."

11. La procuradora Consuelo Rodríguez Chacón, en representación de la entidad Mediaproducción S.L., amplió la demanda reconvenicional presentada y suplicó al Juzgado dictase sentencia:

"conforme a los pedimentos siguientes, que incluyen los de la reconvenición inicial, y los añadidos mediante la presente ampliación de la reconvenición:

1) *Se declare que la resolución del Acuerdo de 24 de julio de 2006, efectuada por Mediapro en fecha 21 de agosto de 2007, fue realizada conforme a Derecho.*

2) *Se condene a Audiovisual Sport S.L., a Sogecable S.A. y a TVC Multimedia S.L. a estar y pasar por dicha declaración.*

3) *Se condene a Sogecable S.A. y a Audiovisual Sport, S.L. a indemnizar a mi representada los daños y perjuicios sufridos, que se cuantificarán en periodo probatorio. Los daños y perjuicio que aquéllas deberán indemnizar, con arreglo a lo establecido en el fundamento de derecho segundo de la presente reconvención, son los siguientes:*

(i) Lucro cesante sufrido por Mediapro derivado de no haber entrado en el capital social de AVS conforme a lo pactado en el Acuerdo de 24 de julio de 2006.

(ii) Daños y perjuicios que Mediapro sufra a consecuencia de las reclamaciones que los operadores internacionales realicen a Mediapro y/o Sogepac por no haber podido disfrutar de la señal para retransmitir en el ámbito internacional los partidos correspondientes a la Liga española y Copa de S.M. el Rey y de las reclamaciones que, asimismo, Mediapro reciba la La Forta por no haber podido disfrutar de la señal para retransmitir los encuentros de segunda división y los resúmenes del campeonato nacional de Liga.

(iii) Daño emergente y lucro cesante sufrido por Mediapro a consecuencia de no haber podido efectuar la producción de los partidos a emitir en la ventana de pago por visión, conforme a lo pactado en la "side letter".

(iv) Lucro cesante consistente en el precio que AVS debería haber pagado a Mediapro, a partir del 21 de agosto de 2007, para retransmitir en las ventanas de pago y pago por visión, durante las jornadas primera a tercera de la temporada 2007/2008 (y todas aquellas sucesivas jornadas en las que lo

siga haciendo), partidos en los que hayan participado o participen los Clubes Racing, Athletic, Zaragoza, Valencia, Levante, Villarreal, Murcia y Sevilla, cuyos Derechos Audiovisuales corresponden exclusivamente a Mediapro.

4) Subsidiariamente a todo lo anterior:

(i) Se declare resuelto, desde la fecha de la Sentencia, el Acuerdo de 24 de julio de 2006, por desistimiento unilateral ad nutum de Mediapro.

(ii) Se declare que, desde el día 9 de octubre de 2007 y hasta la fecha de la sentencia, Audiovisual Sport S.L. estaba obligada a cumplir las obligaciones que le incumbían conforme a la Cláusula Tercera del meritado Acuerdo y la "Side Letter" de la misma fecha, contra el cumplimiento por parte de Mediapro de las obligaciones que, conforme a la Cláusula Sexta del mismo Acuerdo de 24 de julio de 2006, recíprocamente le incumben.

(iii) Se condene a Audiovisual Sport, S.L. a Sogecable S.A. y a TVC Multimedia, S.L. a estar y pasar por dichas declaraciones.

(iv) Se condene a Audiovisual Sport, S.L. y a Sogecable S.A. a indemnizar a Mediapro todos los daños y perjuicios que ésta sufra, en el caso de que, desde el día 9 de octubre de 2007 y hasta la fecha de la Sentencia, incumplan o contribuyan al incumplimiento de cualquiera de las obligaciones que incumben a Audiovisual Sport, S.L. conforme a la Cláusula Tercera del Acuerdo de 24 de julio de 2006 y a la "Side Letter", y ello, en la cuantía que se acredite en período probatorio.

5) Subsidiariamente a todo lo anterior, y para el caso de que no se declare resuelto el Acuerdo de 24 de julio de 2006, manteniéndose por tanto su vigencia:

(i) Se declare que, desde el día 9 de octubre de 2007, Audiovisual Sport S.L. estaba y continúa obligada a cumplir las obligaciones que le incumbían conforme a la Cláusula Tercera

del meritado Acuerdo y la "Side Litter" de la misma fecha, contra el cumplimiento por parte de Mediapro de las obligaciones que, conforme a la Cláusula Sexta del mismo acuerdo de 24 de julio de 2006, recíprocamente le incumben.

(ii) Se condene a Audiovisual Sport S.L. a Sogecable S.A. y a TVC Multimedia S.L. a estar y pasar por dichas declaraciones.

(iii) Se condene a Audiovisual Sport, S.L. y a Sogecable S.A. a indemnizar a Mediapro todos los daños y perjuicios que ésta sufra, en el caso de que desde el día 9 de octubre de 2007 incumplan o contribuyan al incumplimiento de cualquiera de las obligaciones que incumben a Audiovisual Sport, S.L. conforme a la Cláusula Tercera del Acuerdo de 24 de julio de 2006 y a la "Side Letter"; y ello, en la cuantía que se acredite en periodo probatorio.

6) En todo caso (es decir, de forma acumulativa tanto a las pretensiones principales como a las subsidiarias) se condene a Audiovisual Sport, S.L. a pagar a Mediapro la cantidad de doce millones cuatrocientos setenta y cuatro mil cincuenta euros y cuarenta y ocho céntimos de euro (12.474.050,48 euros), más el IVA correspondiente, que asciende a la suma de un millón novecientos noventa y cinco mil ochocientos cuarenta y ocho euros y 7 céntimos de euros (1.995.848,07 euros).

7) En todo caso, se condene a las demandadas reconvenzionales a pagar las costas del presente procedimiento."

12. El procurador Argimiro Vázquez Guillén, en representación de la entidad Audiovisual Sport S.L., contestó a la ampliación de la demanda reconvenzional y pidió al Juzgado dictase sentencia:

"por la que, respecto de ampliación de la reconvección, declare no haber lugar ninguno de los pedimentos en ella contenidos; con expresa condena en costas de la reconviniente, Mediapro, y declaración de la mala fe y temeridad de aquella."

13. La procuradora María del Valle Gili Ruiz, en representación de la entidad Sogecable S.A., contestó a la ampliación de la demanda reconvenzional mencionada y suplicó al Juzgado dictase sentencia:

"por la que, estimando la falta de legitimación pasiva de mi mandante, el fraude procesal denunciado, y, en todo caso, la falta de acción y la total y absoluta falta de justificación de los presupuestos de la tutela pretendida de contrario, se desestime íntegramente la ampliación a la demanda reconvenzional; con expresa imposición a Mediapro de las costas causadas a mi mandante, y declaración de la mala fe y temeridad de aquella."

14. El Juez de Primera Instancia núm. 36 de Madrid dictó Sentencia con fecha 15 de marzo de 2010, con la siguiente parte dispositiva:

"FALLO: Que estimando íntegramente la demanda principal y las tres ampliaciones a la demanda interpuestas por el Procurador Sr. Vázquez Guillén en nombre y representación de AUDIOVISUAL SPORT, SL contra MEDIAPRODUCCIONES SL, representada por el Procurador Sr. Rodríguez Nogueira:

- Debo condenar y condeno a la demandada Mediaproducción SL a entregar a AVS los documentos contractuales de los siguientes clubes: Valencia C.F., Levante U.D. SAD, Villareal C.F. y F.C. Barcelona y a comunicar a dichos clubes y al Sevilla C.F. y la Real Sociedad S.A.D., la cesión de derechos a favor de AVS en los términos del Anexo I del Acuerdo de 24 de julio de 2006 y abstenerse de comunicar y contratar con clubes de Primera y Segunda División la cesión de derechos audiovisuales.

- Debo condenar y condeno a Mediaproducción SL a aportar a AVS los derechos audiovisuales de los clubes Real Club Celta de Vigo y Club Atlético Osasuna, Real Club Deportivo de la Coruña y Real Club Deportivo Espanyol, al vulnerar la cláusula 5º del Acuerdo y a comunicar a los mencionados clubes la existencia de dicha cesión de derecho a AVS.

- Condenar a Mediaproducción SL a aportar los derechos audiovisuales de los clubes que participan en las competiciones españolas de Liga de Primera y Segunda División: Real Madrid, Real Murcia, Gimnastic de Tarragona, Deportivo Alavés, Albacete, Unión Deportiva Almería, Club Deportivo Castellón, Córdoba, Sociedad Deportiva Eibar, Club Deportivo El Ejido, Elche, Racing Club de Ferrol, Sporting de Gijón, Deportivo de Huelva, Xerez Club Deportivo, Unión Deportiva Las Palmas, Málaga, Club Numancia de Soria, Club Deportivo Mallorca, Valladolid y Unión Deportiva Salamanca y a notificar a estos clubes la cesión de derechos a AVS.

- Se declara que los derechos audiovisuales del Real Madrid Club de Fútbol, Real Club Deportivo Mallorca SAD, Fútbol Club Barcelona, Real Valladolid Club de Fútbol SAD, Unión Deportiva Almería SAD, Real Betis Balompié SAD, Real Club Recreativo de Huelva SAD, Club Atlético Osasuna, Club Atlético de Madrid SAD, Real Club Deportivo Espanyol de Barcelona SAD, Real Club Deportivo de la Coruña SAD y Getafe Club de Fútbol SAD, para la temporada 2007/08 pertenecían a AVS ordenando a la demandada a estar y pasar por dicha declaración.

- Se declara que los derechos audiovisuales de los clubes de fútbol Real Racing Club S.A.D., Athletic Club, Real Zaragoza, Valencia, Villarreal, Levante y Sevilla son de titularidad de AVS prohibiendo a Mediaproducción disponer por sí o por tercero de dichos derechos.

- Se condena a Mediaproducción a pagar a AVS la cantidad de 62.192.216,50 euros en concepto de facturas pendientes de pago. Y a los intereses legales de dicha suma desde la fecha de la Primera Audiencia Previa.

- Se condena a Mediaproducción a pagar a AVS la cantidad de 35.134.000 euros en concepto de daños y perjuicios.

- Se condena a Mediaproducción SL al pago de las costas causadas en la demanda principal y de las tres ampliaciones de la misma.

Se desestima la demanda reconvencional y la ampliación a la demanda reconvencional interpuestas por MEDIAPRODUCCIÓN SL, representada por el Procurador D. Ramón Rodríguez Nogueira, contra, contra AUDIOVISUAL SPORT SL representada por el procurador D. Argimiro Vázquez Guillén, contra SOGECABLE SA, representada por la procuradora D^a M^a del Valle Gili Ruiz y contra TVC MULTIMEDIA SL, representada por la procuradora D^a M^a Jesús González Díez, absolviendo a los demandados de la pretensión ejercitada en su contra con imposición de costas al demandante reconvencional Mediaproducción SL.

Se inadmite el allanamiento realizado por TVC Multimedia SL sin declaración de costas."

Tramitación en segunda instancia

15. La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la representación de la entidad Mediaproducción S.L.

La resolución de este recurso correspondiente a la sección 12^a de la Audiencia Provincial de Madrid, mediante Sentencia de 14 de noviembre de 2012, cuya parte dispositiva es como sigue:

"FALLAMOS: Que ESTIMANDO PARCIALMENTE el recurso de apelación interpuesto por MEDIAPRODUCCIÓN, S.L. contra la sentencia de fecha 15 de marzo de 2010 dictada en autos 1052/07 del Juzgado de Primera Instancia nº 36 de Madrid en los que fue actora-reconvenida AUDIOVISUAL SPORT, S.L. y reconvenidas SOGECABLE, S.A. y TVC MULTIMEDIA, S.L., DEBEMOS REVOCAR Y REVOCAMOS la referida sentencia, y DEBEMOS ESTIMAR Y ESTIMAMOS PARCIALMENTE la pretensión reconvencional subsidiaria de la demandada-reconviniendo, y en consecuencia:

- DEBEMOS DECLARAR Y DECLARAMOS resuelto el contrato objeto de autos, si bien con efectos de la fecha de conclusión de los partidos de fútbol de Liga de Primera y Segunda División de la Temporada 2008/2009, a cuyo efecto se oficiará a la Liga

Profesional de Fútbol para que determine la fecha de conclusión de dicha temporada, considerándose como fecha de conclusión la correspondiente al día siguiente al último partido disputado en la referidas competiciones. Condenando a las reconvenidas a estar y pasar por dicha declaración.

- En consecuencia con lo indicado en el anterior párrafo, la aportación y declaración de titularidad de derechos a la que se refieren los párrafos 3º, 4º, 5º y 6º de la sentencia recurrida, deben entenderse efectivos hasta la fecha de resolución del contrato.

- Supliendo la omisión de pronunciamiento de la sentencia recurrida, declaramos que las condiciones económicas de la cesión de derechos audiovisuales solicitada en el apartado 5 del suplico de la demanda inicial y en el apartado 2 de la primera ampliación de demanda, que son acogidos en el fallo de la sentencia recurrida, en sus párrafos 3º y 4º, se realizarán a precios razonables y de mercado.

- Fijamos el importe que la demandada deberá abonar a la actora en concepto de cantidades impagadas en la cifra de 62.168.274,16 €, en vez de los 62.191.216,50 €, establecidos en la sentencia recurrida.

- Dejando sin efecto la imposición de las costas causadas en la primera instancia, no haciendo imposición de las mismas.

- Manteniendo la resolución recurrida en el resto de sus pronunciamientos.

- Todo lo indicado sin hacer imposición de las costas causadas en esta alzada."

Interposición y tramitación de los recursos extraordinario por infracción procesal y recursos de casación

16. El procurador Manuel Lanchares Perlado, en representación de la entidad Mediaproducción S.L.U., interpuso recurso extraordinario por infracción

procesal y recurso de casación ante la Audiencia Provincial de Madrid, sección 12ª.

Los motivos del recurso extraordinario por infracción procesal fueron:

1º) Infracción del art. 408.3 LEC en relación con el art. 218.1 LEC.

2º) Infracción del art. 218.1 LEC en relación con el art. 412.1 LEC.

3º) Infracción del art. 24 de la Constitución.

4º) Infracción del art. 218.1 de la LEC."

Los motivos del recurso de casación fueron:

1º) Infracción del art. 1281, párrafo primero, del Código Civil.

2º) Infracción de los arts. 1091 y 1258 del Código Civil, en relación con los arts. 1101, 1102 y 1270, párrafo segundo del mismo Código.

3º) Infracción de los arts. 6.3 y 1255 del Código Civil, en relación con los arts. 1.1 y 1.2 de la Ley 15/2007 de Defensa de la Competencia y los arts. 101.1 y 101.2 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

4º) Infracción de los arts. 1261.3º, 1274 y 1275 del Código Civil.

5º) Infracción de los arts 1125, párrafo 1º, 1128, párrafo primero y 1205 del Código Civil.

6º) Infracción del art. 1281, párrafo primero, del Código Civil.

7º) Infracción del párrafo final del art. 1100 del Código Civil y de la configuración jurisprudencial.

8º) Infracción del art. 1124 del Código Civil.

9º) Infracción del art. 1106 del Código Civil.

10º) Infracción del art. 7.1 del Código Civil."

17. El procurador Argimiro Vázquez Guillén, en nombre y representación de las entidades Audiovisual Sport, S.L. y Sogecable, S.A., interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación ante la Audiencia Provincial de Madrid, sección 12ª.

El motivo del recurso extraordinario por infracción procesal fue:

"1º) Infracción del art. 218.1 de la LEC."

Los motivos del recurso de casación fueron:

"1º) Infracción del art. 4.1 en relación con el art. 1705 del Código Civil, en relación con los arts. 224 y 225 del Código de Comercio.

2º) Infracción del art. 1256 del Código Civil y art. 7.1 y 2 del Código Civil.

3º) Infracción subsidiaria de los arts. 609 en relación con los arts. 1462, 1464 y 7.1 y 2 del Código Civil."

18. Por diligencia de ordenación de 23 de enero de 2013, la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 12ª, tuvo por interpuestos los recursos extraordinario por infracción procesal y recursos de casación mencionados y acordó remitir las actuaciones a la Sala Primera del Tribunal Supremo con emplazamiento de las partes para comparecer por término de treinta días.

19. Recibidas las actuaciones en esta Sala, comparecen, como parte recurrente, las entidades Audiovisual Sport S.L. y Sogecable S.A., representadas por el procurador Argimiro Vázquez Guillén y la entidad Mediaproducción, S.L.U., representada por el procurador Manuel Lanchares Perlado.

20. Esta Sala dictó Auto de fecha 10 de septiembre de 2013, cuya parte dispositiva es como sigue:

"1º) ADMITIR LOS RECURSOS EXTRAORDINARIO POR INFRACCIÓN PROCESAL Y DE CASACIÓN interpuestos por la representación procesal de la mercantil MEDIAPRODUCCIÓN S.L.U., contra la Sentencia dictada, con fecha 14 de noviembre de 2012, por la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 12ª), en el rollo de apelación nº 3/2011, dimanante de los autos de juicio ordinario nº 1052/2007 del Juzgado de Primera Instancia nº 36 de Madrid.

2º) ADMITIR LOS RECURSOS EXTRAORDINARIO POR INFRACCIÓN PROCESAL Y DE CASACIÓN interpuestos por la

representación procesal de las mercantiles AUDIOVISUAL SPORT S.L. y SOGECABLE S.A., contra la Sentencia dictada, con fecha 14 de noviembre de 2012, por la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 12ª), en el rollo de apelación nº 3/2011, dimanante de los autos de juicio ordinario nº 1052/2007 del Juzgado de Primera Instancia nº 36 de Madrid."

21. Dado traslado, las representaciones procesales de las entidades Audiovisual Sport S.L. y Sogecable S.A. y Mediaproducción S.L.U., presentaron respectivos escritos de oposición a los recursos formulados de contrario.

22. Al no solicitarse por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 23 de octubre de 2014, en que ha tenido lugar.

23. Por complejidad del asunto, no ha sido posible dictar la sentencia en el plazo legalmente establecido.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. IGNACIO SANCHO GARGALLO,

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Resumen de antecedentes

1. Para la resolución del presente recurso debemos partir de la relación de hechos relevantes acreditados en la instancia.

i) El 24 de julio de 2006, las entidades Audiovisual Sport, S.L. (en adelante, AVS), Mediaproducción, S.L. (en adelante, Mediapro), Televisió de Catalunya Multimedia, S.L. (en adelante, TVC) y Sogecable, S.A. (en adelante, Sogecable), suscribieron un acuerdo sobre la explotación de los derechos audiovisuales de los partidos de fútbol de las competiciones de la Liga y la Copa del Rey.

AVS estaba participada en un 80% por Sogecable y en un 20% por TVC.

Según el expositivo primero del acuerdo, AVS era titular de los derechos audiovisuales de los siguientes clubes de fútbol:

- F.C. Barcelona, para las temporadas 2006/2007 y 2007/2008.
- Real Madrid, C.F., para las temporadas 2006/2007 y 2007/2008. Respecto de la temporada 2008/2009 tenía un derecho de opción.
- Club Atlético de Madrid C.F. S.A.D., para las temporadas 2006/2007, 2007/2008 y 2008/2009.
- Real Club Deportivo de La Coruña S.A.D., para las temporadas 2006/2007, 2007/2008 y 2008/2009.
- Real Betis Balompié S.A.D., para las temporadas 2006/2007, 2007/2008 y 2008/2009.
- Real Sociedad de Fútbol S.A.D.
- Real Club Deportivo Espanyol de Barcelona S.A.D., para las temporadas 2006/2007 y 2007/2008.
- Real Club Recreativo de Huelva S.A.D., para las temporadas 2006/2007, 2007/2008 y 2008/2009.
- Real Club Deportivo Mallorca S.A.D., para las temporadas 2006/2007, 2007/2008 y 2008/2009.
- Sevilla Fútbol Club S.A.D., para las temporadas 2006/2007 y 2007/2008 (derechos de tanteo).
- Club Atlético Osasuna, para las temporadas 2006/2007, 2007/2008 y 2008/2009.
- Getafe C.F. S.A.D., para las temporadas 2006/2007, 2007/2008 y 2008/2009.
- Real Club Celta de Vigo S.A.D., para las temporadas 2006/2007, 2007/2008 y 2008/2009.

- Club Gimnastic de Tarragona S.A.D. para las temporadas 2006/2007, 2007/2008 y 2008/2009.
- Los clubes que participan en la competición de Segunda División en la temporada 2006/2007.

Por su parte, según el expositivo segundo del acuerdo, Mediapro, que operaba en el mercado de adquisición y gestión de los derechos deportivos, era titular de los derechos audiovisuales siguientes:

- F.C. Barcelona, para las temporadas 2008/2009, 2009/2010, 2010/2011, 2011/2012 y 2012/2013.
- Real Racing Club, S.A.D., para las temporadas 2006/2007, 2007/2008, 2008/2009, 2009/2010 y 2010/2011.
- Atlético Club, para las temporadas 2006/2007, 2007/2008, 2008/2009, 2009/2010 y 2010/2011.
- Real Zaragoza, S.A.D., para las temporadas 2006/2007, 2007/2008, 2008/2009, 2009/2010 y 2010/2011.
- Real Sociedad de Fútbol S.A.D.

En la parte expositiva del acuerdo también se afirmaba que el objeto del acuerdo era garantizar la continuidad del modelo de explotación de los derechos audiovisuales de los distintos clubes de fútbol que participaban en la Liga y en la Copa del Rey. Y se añadía, expresamente, que «en virtud de la integración de DTS Distribuidora de Televisión Digital S.A. en Sogecable S.A., el Consejo de Ministros impuso una serie de condiciones a Sogecable, que ésta debe cumplir por sí o a través de su participación en AVS. Estas condiciones no se aplican a otros operadores y su vigencia concluye el 20 de noviembre de 2007. La suscripción del presente Acuerdo se hace respetando escrupulosamente dichas condiciones y de ahí que determinadas previsiones solamente sean de aplicación en caso de inaplicación de las condiciones aludidas.».

ii) En la cláusula segunda de este acuerdo, Mediapro cedía a AVS los derechos audiovisuales de que disponía entonces, que se reseñaban en el

expositivo segundo, por las temporadas y con los precios previstos en el anexo 1.

iii) Por su parte, en la cláusula tercera, AVS cedía a Mediapro el derecho a comercializar un partido de Liga de Primera División y cuatro partidos de Segunda División por jornada, en abierto, en directo y en diferido a partir de las doce de la noche del día en que concluya la jornada de Liga, resúmenes de cada jornada para comercializar a una televisión nacional generalista..., durante las temporadas 2006/2007 a 2008/2009, y sucesivas.

En la cláusula sexta, se preveía que, en contraprestación a esta cesión, Mediapro debía abonar a AVS la cantidad de 150.000.000 euros en la temporada 2006/2007. Finalizada esta temporada, había que hacer un balance del coste total de los derechos y la proporción que suponía esta cifra sobre el total del coste de los derechos de la temporada 2006/2007, siendo ese el porcentaje a aplicar al coste total de los derechos de las temporadas 2007/2008 y 2008/2009, como precio de esos derechos. Y se establecía una forma de pago fraccionado.

Sin perjuicio de lo anterior, Mediapro podía compensar con los pagos previstos, las cantidades anticipadas a los clubes de fútbol que se detallaban en el anexo I, salvo el anticipo del FC Barcelona, respecto del que Mediapro y AVS debían acordar su financiación.

A partir de la temporada 2009/2010, las partes debían acordar el precio a satisfacer por la explotación de estos derechos, y a falta de acuerdo en un plazo de 45 días antes del primer partido de la temporada, se aplicarían los mismos parámetros establecidas para la determinación de las temporadas 2007/2008 y 2008/2009.

iv) En la cláusula cuarta, TVC vendía a Mediapro su participación en el 20% del capital social de AVS, y Sogecable vendía a Mediapro una participación el 5% del capital social de AVS.

v) En la cláusula quinta, se atribuía a AVS la adquisición de los derechos de los clubes de fútbol que participaran en las competiciones de Liga de Primera y Segunda División, distintos de los enunciados en los expositivos 1 y 2, para las temporadas 2006/2007 y sucesivas.

En esta misma cláusula, se reconocía que correspondía a AVS la renovación de los derechos de todos los clubes de fútbol que participen en las competiciones de Liga de fútbol de Primera y Segunda División, al vencimiento de los contratos entonces vigentes y de los contratos que se suscribieran en cumplimiento del párrafo anterior. Como única excepción, AVS y Mediapro encomendaban a Sogecable la renovación de los derechos del Real Madrid, C.F. para las temporadas 2009/2010 y sucesivas, con el fin de adaptar el contrato con este equipo a las condiciones generales que se inferían del acuerdo.

vi) En la cláusula séptima se dispone, entre otras cuestiones, que «Asimismo - las partes- garantizan que han obtenido todas las autorizaciones, licencias, permisos y consentimientos públicos y privados necesarios para la firma, cumplimiento, validez y eficacia del presente contrato, y no existe ninguna norma aplicable que limite, restrinja o impida la explotación en exclusiva de derechos cedidos...».

2. La demandante, AVS, alegaba en su *demanda* que Mediapro había incumplido el acuerdo de 24 de julio de 2006, por los siguientes motivos:

i) por no haber aportado los contratos suscritos con los clubes de fútbol cuyos derechos se comprometió a aportar a AVS, ni haber notificado a los clubes la cesión de los derechos realizada en aquel acuerdo.

ii) por haber negociado y adquirido, con posterioridad al acuerdo, derechos audiovisuales de diversos clubes de fútbol, contraviniendo a su juicio lo pactado en el contrato, el cual confería en exclusiva a la actora dicha facultad.

iii) por haber dejado de pagar la suma de 28.169.691,34 €, más 4.507.151,61 euros de IVA (32.676.842,95 euros), correspondientes al precio estipulado por la cesión de los derechos de emisión de partidos de fútbol.

La demandante pedía la condena de la demandada a aportar los contratos de explotación de derechos audiovisuales a que se había comprometido en el acuerdo, así como a pagar la cantidad adeudada de 28.169.691,34 euros más IVA.

3. Con posterioridad, el 31 de julio de 2007, AVS realizó la *primera ampliación de la demanda*, en la que indicaba, entre otras cuestiones, que Mediapro había

anunciado públicamente que había suscrito unos contratos por los que adquiriría los derechos audiovisuales de la práctica totalidad de los clubes de fútbol que disputan la Primera y la Segunda División de la Liga de Fútbol, incumpliendo lo convenido en el acuerdo de 24 de julio de 2006. También denunciaba que Mediapro había dejado de pagar a AVS la factura correspondiente al primer pago de la temporada futbolística 2007/2008, y adeudaba por tal concepto la suma de 25.721.485,73 euros más IVA (29.836.923,45 euros). En este escrito de ampliación de demanda, solicitaba, entre otras pretensiones, que se condenase a Mediapro a abonar la referida cantidad (29.836.923,45 euros), así como a aportar a AVS los derechos audiovisuales de todos los clubes no incluidos en su demanda inicial y con los que la demandada hubiera llegado a acuerdos de cesión de derechos audiovisuales.

4. El 27 de agosto de 2007, AVS presentó una *segunda ampliación de la demanda*, en la que manifestaba, en resumen y entre otras cuestiones, que el 31 de julio de 2007 Mediapro le había dirigido una comunicación en la que le proponía un acuerdo transitorio para la explotación de derechos audiovisuales de la temporada 2007/2008, y de dicha misiva se desprendía que consideraba sin efecto el contrato de 24 de julio de 2006.

Y añadía que AVS, al considerar inaceptables los términos de esta propuesta y que el contrato seguía en vigor, había dirigido una comunicación a Mediapro en la que le requería el cumplimiento de sus obligaciones en el plazo de tres días, y avisaba que, en caso contrario, procedería a no entregar la señal audiovisual.

La demandada remitió diversos comunicados en los que claramente expresaba su voluntad de seguir explotando por sí misma los derechos audiovisuales que, a juicio de la demandante, le estaban cedidos a ella en virtud del contrato de 24 de julio de 2006.

En esta segunda ampliación de la demanda, AVS solicitaba la condena de la demandada a dar cumplimiento al contrato de 24 de julio de 2006, y que fuera condenada Mediapro a pagar una indemnización de 200 millones euros, sin perjuicio de lo que pudiera resultar de la prueba.

5. AVS aún realizó una *tercera ampliación de su demanda*, el 12 de septiembre de 2007, en la que alegaba que Mediapro había cedido y comercializado ilegítimamente derechos audiovisuales correspondientes a la actora. Y solicitaba, entre otras pretensiones, que se condenara a la demandada a abonar 50 millones de euros, sin perjuicio de lo que pudiera resultar de la pericial a practicar.

6. Mediapro, que se opuso a la demanda y formuló *reconvención*, argumentó en ese primer escrito de alegaciones que el contrato de 24 de julio de 2006 no le prohibía adquirir en el futuro derechos audiovisuales de clubes de fútbol. En primer término, porque iría en contra del principio de libre competencia y, en cualquier caso, porque no se estipulaba así en el contrato.

También alegaba que en el contrato de 24 de julio de 2006 se había pactado la venta a la demandada de las participaciones de las que era titular TVC, y que representaban un 20% del capital social, así como la venta por parte de Sogecable de un 5% del capital social de la entidad actora. Dicha venta debía formalizarse antes del 30 de octubre de 2006.

En el contrato se indicaba que todas las partes habían obtenido las licencias y permisos necesarios para la firma, cumplimiento, validez y eficacia del contrato, lo cual no era cierto, porque ni AVS ni Sogecable disponían de la preceptiva autorización de las autoridades de la Competencia para que Sogecable pudiese adquirir el control exclusivo sobre AVS, autorización que era precisa al eliminarse el derecho de veto que los estatutos otorgaban a TVC.

El 4 de octubre de 2006, es decir sólo 26 días antes de la fecha máxima fijada para la entrada de la demandada en el capital de la actora, Sogecable solicitó de las autoridades de la Competencia autorización para la ejecución de los acuerdos alcanzados en el contrato de 24 de julio de 2006. Como consecuencia de ello, el Consejo de Ministros autorizó la operación de concentración mediante acuerdo de 23 de marzo de 2007, si bien modificó sustancialmente el modelo de negocio, al limitar a tres temporadas la duración de los nuevos contratos de Sogecable y de AVS, lo que hacía inviable la cesión por tiempo indefinido de los derechos de emisión que se habían pactado con la demandada, y suprimía la autonomía de AVS para elegir

partidos y horarios, al prever el nombramiento de un fideicomisario a tales efectos.

Ante el incumplimiento del contrato en que habían incurrido AVS y Sogecable, Mediapro les dirigió una comunicación el 26 de abril de 2007, en la que se consideraba legitimada para no adquirir el 25% del capital social, dadas las condiciones impuestas por el acuerdo del Consejo de Ministros, y les conminaba de nuevo a iniciar negociaciones para hallar una solución a la situación creada.

Y a la vista de la posterior comunicación de AVS, en la que le indicaba que iba a proceder al corte de la señal, Mediapro remitió otra comunicación, el 20 de agosto de 2007, en la que indicaba que, salvo que desistiesen del anuncio de retirar la señal, daría por resuelto el contrato.

Sobre la base de los anteriores hechos relatados en su escrito de contestación de la demanda, Mediapro solicitó que se desestimase la demanda, y formuló una reconvención contra AVS, Sogecable y TVC. En la reconvención pedía la declaración de que la resolución del contrato se había realizado con arreglo a derecho, y la condena de AVS y Sogecable a indemnizarle solidariamente los daños y perjuicios causados. Subsidiariamente, pedía que se declarase resuelto el contrato por voluntad unilateral de la reconviniente.

TVC se allanó a la reconvención y Sogecable se opuso a la misma.

7. La *sentencia dictada en primera instancia* estimó la demanda, con sus tres ampliaciones, y desestimó la reconvención.

a) En su argumentación, la sentencia parte de la consideración de cuál era la finalidad del contrato, conforme a su recta interpretación. Entiende que en la cláusula quinta «las partes ratifican su voluntad de que fuera AVS quien explotará los derechos audiovisuales durante las temporadas 2006/2007 a 2008/2009, encomendado a AVS la adquisición de los derechos audiovisuales de aquellos clubes no incluidos en los expositivos 1 y 2 del contrato, y la renovación de los contratos, tanto de los ya suscritos como de los que podían suscribirse, salvo los derechos del Real Madrid para las temporadas 2009/2010 y sucesivas, cuya renovación se encomendó a Sogecable». Y sobre la base de lo anterior, la finalidad del acuerdo era «garantizar la

continuidad del modelo actual de explotación de los derechos audiovisuales, sin perjuicio de las cláusulas sobre el pago y la entrada de Mediapro en el capital de AVS».

b) Luego, la sentencia centra las pretensiones de las partes en torno a la vigencia del contrato del siguiente modo: «AVS solicita el cumplimiento y Sogecable se opone a la resolución; mientras que Mediapro solicita por vía reconvenzional la resolución del contrato y TVC se allana a la resolución».

c) Para, a continuación, analizar los incumplimientos denunciados por AVS: i) En primer lugar, aprecia que ha existido un incumplimiento injustificado, a la vista de la finalidad antes descrita del contrato, por parte de Mediapro, de la obligación de entregar los contratos correspondientes a los clubes Valencia, Levante y Villarreal, y de notificar a estos clubes y al Sevilla y la Real Sociedad la cesión de los derechos contratados a favor de AVS; ii) También estima acreditado que Mediapro ha incumplido el contrato, al no haber aportado el contrato suscrito con el FC Barcelona, ni haberle notificado la cesión, y haber concertado contratos de cesión de derechos audiovisuales con 39 clubes, al margen de AVS.

d) Frente a la pretensión de Mediapro de que se tuviera por resuelto el contrato por haber contravenido AVS y Sogecable la cláusula séptima, porque no habían obtenido las autorizaciones correspondientes, la sentencia argumenta que este incumplimiento, en su caso, sería imputable a Sogecable, que es la entidad que debía obtener aquellas autorizaciones, y que así lo hizo con retraso el día 4 de octubre de 2006. De tal forma que el posible incumplimiento sólo podría ser imputable a Sogecable y no a AVS.

En el mismo sentido, tampoco serían imputables a AVS que no se hubiera verificado la venta de las acciones de AVS a favor de Mediapro, pues eran TVC y Sogecable quienes debían obtener las autorizaciones previas de las autoridades administrativas. Conviene recordar que TVC debía transmitir a Mediapro el 20% de las participaciones de AVS y Sogecable el 5%.

Respecto de la venta por parte de TVC, la sentencia deja constancia de que en las actas del Consejo de Administración de AVS de los días 10 de abril y 4 de mayo de 2007, TVC se opuso a la modificación de los estatutos de AVS,

como paso previo para la venta de las participaciones, porque Mediapro no quería comprar las participaciones.

La sentencia considera probado, por no haberse discutido, que Sogecable pidió la preceptiva autorización el día 4 de octubre de 2006 y que, tras los correspondientes trámites, el Consejo de Ministros aprobó la concentración el día 23 de marzo de 2007, aunque con limitaciones:

i) En primer lugar, «subordina la aprobación de la operación de concentración económica consistente en el control de Sogecable sobre AVS a las siguientes garantías: el acceso de terceros sin exclusiva y en los términos referidos en la condición segunda a los partidos de fútbol emitidos en la ventana de pago por visión, siempre que haya operadores interesados en ellos, que caso de aumentar los partidos emitidos en la venta de televisión de pago la explotación de tales partidos se tienen que hacer en régimen de no exclusiva y en los mismos términos el acceso de terceros a las imágenes de los partidos de fútbol por internet y telefónica móvil, la cesión y comercialización directa o indirectamente realizada por Sogecable a terceros de los derechos audiovisuales de Liga y Copa de S.M. El Rey, deberá hacer en condiciones objetivas (...)».

ii) También se establecía una limitación en la duración de los nuevos contratos respecto de cualquier modalidad de emisión audiovisual, de tres años.

La sentencia entiende que la primera limitación en nada influía en los derechos de Mediapro, al referirse a partidos de fútbol emitidos en régimen de pago por visión y televisión por pago, pues a Mediapro correspondían los derechos de explotación de un partido en abierto por jornada de primera división, cuatro partidos por jornada de segunda división y los resúmenes de la jornada. Y la limitación temporal tampoco le afectaba porque se refería a nuevos contratos y no a los que ya estaban firmados.

Concluye la magistrada que si Mediapro ya no estaba interesada en el cumplimiento del contrato era porque había conseguido, durante el año 2006 y el primer semestre de 2007, negociar con los clubes de fútbol los derechos de

explotación, dejando al margen a AVS, en franco incumplimiento del contrato. Y añade que «un retraso de seis meses en la compra de participaciones no es un elemento esencial del contrato».

e) La sentencia también declara acreditados los incumplimientos denunciados en las tres ampliaciones de la demanda, y cifra lo que debe pagar Mediapro a AVS: por las facturas pendientes de la cesión de derechos, 62.191.216,50 euros; y por indemnización de daños y perjuicios, 35.134.000 euros.

8. La *sentencia de apelación* estima parcialmente el recurso de apelación formulado por Mediapro.

a) En primer lugar y frente a la pretensión de resolución del contrato por incumplimiento de AVS, la Audiencia entiende que no consta que haya existido incumplimiento, ni que, en su caso, fuera de tal entidad que autorizara a la resolución del contrato.

La sentencia de apelación considera acreditado que Mediapro «sabía que el contrato quedaba sujeto a la aprobación de las Autoridades de Competencia». Para justificarlo, argumenta que «nos hallamos ante un contrato que es suscrito por una entidad que -aparte de su experiencia en el sector y de haber tenido que solicitar autorización por una operación de concentración en la que intervenía-, tenía directo conocimiento, e incluso intervención como asesora, en la actuación de la entidad en la que la recurrente pretendía integrarse - AVS- como consecuencia del contrato objeto de autos, la cual además había quedaba directamente concernida por un anterior Acuerdo del Consejo de Ministros a consecuencia de una operación de concentración que presentaba claras similitudes con la que determina el contrato objeto de autos, y que por lo demás imponía a la hoy actora y a Sogecable restricciones a la negociación y contratación de derechos audiovisuales como los que son objeto de autos».

Añade que «(e)l hecho de que el contrato indicase que se contaba con todas las autorizaciones precisas para la firma, cumplimiento, validez y eficacia del contrato (cláusula 7ª) no obsta a lo indicado...».

Y, «aun considerando a efectos dialécticos que existiese un incumplimiento contractual, éste no se revela como apto para motivar la resolución contractual, ni para justificar el incumplimiento de sus propias obligaciones

sobre la base de la excepción de contrato no cumplido». Entre otras razones, porque no consta acreditado que el hecho de adquirir las participaciones después del 23 de marzo de 2007, en que se obtuvo la autorización del Consejo de Ministros, hubiera frustrado las legítimas expectativas de Mediapro. «Desde el punto de vista estrictamente económico, el hecho de entrar tardíamente en el capital social, tampoco consta que le hubiera ocasionado perjuicios».

La Audiencia razona que, de lo actuado, no constaba que las condiciones impuestas por el acuerdo del Consejo de Ministros [i) la limitación a tres temporadas la duración de los nuevos contratos, que hacía inviable la cesión en exclusiva y por tiempo indefinido de la actora a favor de la recurrente para la emisión en abierto y comercialización de los resúmenes y ii) la previsión del nombramiento de un fideicomisario para la elección de partidos y horarios] hubieran supuesto una modificación del contrato, porque hubieran conllevado un cambio sustancial en el modelo de explotación que se perseguía. Y concluye que de la prueba practicada no se desprende que la aplicación de las condiciones impuestas por acuerdo del Consejo de Ministros hubiera supuesto detrimento o quebranto ni para Mediapro, ni para el desarrollo de la actividad de AVS.

b) Mediapro en su recurso de apelación entendía que el hecho de haber contratado con determinados clubes de fútbol durante la temporada 2006-2007 la cesión de los derechos audiovisuales, no infringía la cláusula quinta del contrato. Y que una interpretación como la realizada por el juzgado de primera instancia, como ya dejó planteado en su contestación a la demanda, debía ser nula por contrariar los principios de orden público económico que salvaguardan la libre competencia. Razonaba que, como el Consejo de la Comisión Nacional de Competencia de 14 de abril de 2010 había declarado que la cláusula quinta es contraria al artículo 1 de la ley 15/2007, dicha cláusula debía considerarse nula de pleno derecho y ser declarada nula por el tribunal de apelación.

Frente a ello, la Audiencia precisa que «ni la juzgadora de instancia ni esta Sala pueden declarar nula dicha cláusula contractual en este procedimiento, dado que la hoy recurrente no solicitó dicha declaración de nulidad». Y aclara

que Mediapro, al contestar a la demanda, lo que alegó fue que, de interpretarse la cláusula contractual en la forma propuesta por AVS, dicha cláusula sería contraria a derecho, por lo cual entendía que la única forma en que la cláusula podía producir efectos, y en consecuencia ser interpretada, era la interpretación que proponía. Es decir, que dicha cláusula otorga una preferencia a AVS para contratar con los clubes de fútbol, pero, caso de no hacerlo, no le impedía a Mediapro contratar estos derechos audiovisuales con los clubes de fútbol. Por lo tanto, no constaba que hubiera objetado la nulidad de la cláusula, sino que hacía una interpretación distinta.

c) A continuación, la Audiencia vuelve a ratificar la interpretación que de la cláusula quinta se hacía en la sentencia de primera instancia, en el siguiente sentido: «lo que las partes acordaron fue encomendar a la actora la adquisición y renovación de los derechos audiovisuales de los clubes de fútbol. Ciertamente es que no se le prohíbe de forma expresa a la hoy recurrente la adquisición de dichos derechos, pero resulta evidente que, desde el momento en que se indicaba que se encomendaba a la actora la adquisición y renovación de los derechos de los clubes de fútbol, ello de forma implícita pero clara e inequívoca privaba a la recurrente y demás contratantes de tal posibilidad».

Y entiende que el hecho de que la Resolución de la CNC de 14 de abril de 2010 haya declarado que la cláusula quinta así interpretada era contraria al art. 1 LCD, no puede determinar su nulidad por cuatro razones:

- i) En primer lugar, porque la demandada no había postulado la nulidad de la cláusula, sino una interpretación diferente.
- ii) En segundo lugar, porque no podía entenderse que lo decidido en aquella resolución, resolviera una cuestión que hubiera sido oportunamente planteada en el presente procedimiento judicial.
- iii) En tercer lugar, porque la «aplicación en un proceso del efecto prejudicial de lo resuelto en otro proceso diferente, requiere que la resolución cuyo efecto prejudicial se pretende aplicar sea firme, ya que ello supone una aplicación específica del principio de cosa juzgada (STS de 16 de junio de 1994 , 20 de septiembre de 1996,

20 de noviembre de 2000 , 28 de octubre de 2005 , 13 de julio de 2006 y 13 de junio de 2003). La resolución de la CNC, si bien se desprende de la documental aportada en el Rollo de apelación es ejecutiva, no es firme al ser objeto de procedimiento contencioso administrativo».

iv) y, en cuarto lugar, la recurrente, si bien solicitaba en un apartado de su recurso que la Audiencia declarara la nulidad de la cláusula en consonancia con lo acordado por la CNC, en realidad lo que planteaba en el recurso era lo mismo que había planteado en la instancia, es decir, que dada la nulidad de la cláusula referida, debía acogerse su interpretación de la cláusula, que estima no es contraria a la libre competencia.

d) La cantidad a la que en primera instancia fue condenado a pagar Mediapro era 62.191.216,50 euros, que era la suma de lo que estaba pendiente de pago de las facturas de la temporada 2006/2007, una vez practicadas las compensaciones aceptadas (32.354.293,05 euros), y 29.836.923,45 euros (IVA incluido), del primero de los pagos de la temporada 2007/2008.

En relación con la primera cantidad, la correspondiente a la temporada 2006/2007, la Audiencia analiza si procedía descontar lo que pretendía la apelante (las cantidades que AVS reconoció debían ser compensadas, el pago realizado a la Real Sociedad, las deudas por servicios de asesoramiento, la correspondiente a la producción de un partido de fútbol y el pago realizado al Fútbol Club Barcelona). Y concluye que sí que debía descontarse 6.410 euros más el 16% de IVA, por servicios; y 13.367,22 euros, más el 16% de IVA, de la producción del partido Espanyol-Deportivo.

En relación con la cantidad de 29.836.923,45 euros, de la temporada 2007/2008, que Mediapro discutía que debiera pagar por no haber recibido la señal, la Audiencia argumenta que cuando esta suma «es objeto de reclamación en la ampliación de demanda de 31 de julio de 2007, dicha deuda era líquida, vencida y exigible a tenor de lo pactado expresamente por las partes, ya que éstas no condicionaban dicho pago a la previa prestación de los servicios (*artículo 1113 del Código Civil*), estableciéndose con respecto al primero de los pagos anuales, que es el que analizamos, que habría de

efectuarse antes del 1 de julio de cada año y por ello, es notorio, antes de que comenzase la temporada futbolística». A lo que añade que «(e)l hecho de que la actora suspendiese la emisión de la señal en aplicación de la excepción de contrato incumplido, no lleva a otra conclusión (...). Por tanto, si bien la actora dejó de prestar la señal audiovisual, lo hizo en un momento posterior a aquél en que, con arreglo a lo pactado, la deuda ya era exigible y había sido emitida la correspondiente factura con arreglo a lo estipulado contractualmente». Y rechaza que AVS obtenga un enriquecimiento injusto con ello.

e) La Audiencia también rechaza la objeción planteada por la apelante de que no procede la condena a indemnizar daños y perjuicios, dado que ha existido una "*mutatio libelli*" inadmisibile, pues, para cuantificar los perjuicios que reclamaba, la demandante presentó el 22 de enero de 2008 un informe pericial que los evaluaba en 109.006.000 euros, contemplando como tales los daños ocasionados por no poder cumplir sus compromisos con terceros y con Canal Satélite Digital, así como el valor razonable de los derechos audiovisuales. En este último concepto se cuantifica el valor de las cantidades que, a tenor de la cláusula sexta del contrato, la apelante tendría que haber pagado por las 19 primeras jornadas de la temporada 2007/2008, lo cual nunca se había reclamado por la elemental razón de que durante la temporada referida no proporcionó la señal audiovisual.

La sentencia de apelación rechaza esta objeción porque la demandante reclamó en su demanda y ampliaciones el pago de los daños y perjuicios que entendía que la conducta de la demandada le había provocado, sin que pudiera entenderse, a juicio de la Audiencia, que limitase dichos perjuicios a los ocasionados como consecuencia de la imposibilidad de cumplir sus compromisos con terceras personas.

Y en relación con la cuantificación realizada por el informe pericial, la Audiencia concluye que el «dictamen resulta ponderado y razonable, sin que de su ratificación en el acto de juicio (1:22:30 a 2:35:00 de la segunda sesión), se desprendan motivos para apartarse de sus conclusiones, sino que por el contrario a través de lo manifestado en el acto de juicio, a juicio de esta Sala, se corrobora lo ponderado, racional y razonable de dicho dictamen, de cuyas conclusiones no hay motivo para apartarse».

f) La sentencia de apelación también rechaza la alegación contenida en el recurso de apelación de que la sentencia de primera instancia había incurrido en incongruencia *extra petitum*, que se basaba en que la demandante solicitaba la aportación de los derechos audiovisuales de determinados clubes de fútbol, en las condiciones económicas que se fijasen en la fase probatoria o en ejecución de sentencia, y la sentencia recurrida, al condenar a efectuar tales aportaciones, omite toda referencia a las condiciones económicas en que debe realizarse la aportación. La Audiencia advierte que no se trata de una incongruencia *extra petitum*, sino que la sentencia ha omitido la referencia a las condiciones económicas de la aportación de los derechos, sin argumentar el por qué de tal omisión. En consecuencia, corrige tal omisión y completa la sentencia, en el sentido de que la aportación de los derechos debía realizarse «a precios razonables y de mercado».

g) La Audiencia también advierte que la sentencia de primera instancia había omitido dar respuesta a la pretensión reconvenzional subsidiaria, que solicitaba la resolución del contrato por desistimiento unilateral, y resuelve la cuestión en el siguiente sentido:

i) Estima parcialmente la pretensión subsidiaria del reconviniente, y declara resuelto el contrato, pero con efectos del día de la conclusión de la Liga de Fútbol de Primera y Segunda División en la temporada 2008/2009. El día de dicha conclusión deberá fijarse en fase de ejecución de sentencia mediante oficio dirigido a la Liga de Fútbol Profesional.

ii) Se considerará fecha de conclusión de dicha temporada, la correspondiente al día siguiente a la del último partido disputado en cualquiera de ambas ligas, es decir, al partido de cualquiera de ambas ligas que se disputase en fecha más avanzada.

iii) En consecuencia con ello, la aportación de derechos a que resulta condenada la parte recurrente, debe entenderse limitada temporalmente en el mismo sentido, es decir, hasta la conclusión de la temporada de fútbol 2008/2009.

h) En consecuencia con todo lo anterior, la Audiencia declara resuelto el contrato con efectos desde la fecha de la conclusión de los partidos de fútbol de la Liga de Primera y Segunda División de la Temporada 2008/2009; y, por ello, la aportación y declaración de derechos debía entenderse efectivos hasta aquella fecha. También declara que la cesión de derechos audiovisuales acordada en la sentencia de primera instancia debía realizarse a precios de mercado. Fija el importe de las cantidades adeudadas en 62.168.274,16 euros. Deja sin efectos la imposición de costas. Y mantiene el resto de los pronunciamientos de la sentencia de primera instancia.

9. La sentencia de apelación fue recurrida por Mediapro y por AVS. Mediapro formuló recurso extraordinario por infracción procesal, sobre la base de cuatro motivos, y recurso casación, articulado en diez motivos. En ambos recursos se impugnan diferentes pronunciamientos de la sentencia, que guardan relación con la estimación en parte de las pretensiones ejercitadas en la demanda y en sus ampliaciones, así como con la desestimación en parte de las pretensiones contenidas en la reconvención, en concreto la procedencia de la resolución del contrato por incumplimiento de la demandante.

En el caso de AVS, tanto el recurso extraordinario por infracción procesal, con un único motivo, como el recurso de casación, con tres motivos, se refieren al mismo pronunciamiento de la sentencia, que es la resolución del Acuerdo de 24 de julio de 2006 por desistimiento unilateral *ad nutum* de Mediapro, que debía surtir efectos desde la fecha de conclusión de la temporada 2008/2009.

Primer motivo del recurso extraordinario por infracción procesal de Mediapro: nulidad de la cláusula quinta del acuerdo de Acuerdo de 24 de julio de 2006

10. *Formulación del motivo primero.* El motivo se formula al amparo del ordinal 2º del art. 469.1 LEC, en relación con el art. 218.1 LEC y la jurisprudencia que declara que la nulidad de pleno derecho de un negocio jurídico se puede hacer valer por vía de excepción en la contestación a la demanda, e incluso ser apreciada de oficio por los tribunales. La sentencia recurrida habría negado, indebidamente, que pudiera declararse la nulidad de la cláusula quinta del Acuerdo de 24 de julio de 2006, en atención a que Mediapro no formula una

pretensión reconvenzional pidiendo la declaración de nulidad de la referida cláusula.

Procede estimar el motivo por las razones que exponemos a continuación.

11. Estimación del motivo primero. Frente a una reclamación que se basa en un incumplimiento contractual de las obligaciones asumidas por una de las partes en un contrato, en este caso, en la cláusula quinta del Acuerdo de 24 de julio de 2006, la demandada puede pedir que se declare la nulidad de la cláusula, mediante una reconvección, o excepcionar la nulidad para que no prospere la reclamación fundada en la infracción de la cláusula.

La reconvección viene regulada en el art. 406 LEC y tiene la consideración de una demanda, razón por la cual se da traslado de ella al demandante reconviniente para que conteste (art. 407 LEC). La cuestión suscitada requiere de un concreto pronunciamiento judicial de estimación o desestimación de la declaración de nulidad solicitada.

Cuando se objeta la nulidad del acuerdo contractual en el que se funda la reclamación del demandante, el tribunal puede analizar la validez del acuerdo y, en la medida en que constituye un presupuesto de la pretensión ejercitada en la demanda, desestimar esta pretensión o reclamación si aprecia la nulidad del acuerdo. El art. 408.2 LEC establece un tramite procesal especial para esta excepción, porque concede al demandante la facultad de solicitar del juzgado que le conceda un plazo de diez días para contestar a la alegación de nulidad. La concesión de este trámite depende de que sea formalmente solicitado por el demandante, debemos entender que dentro de los diez días siguientes a la notificación de la contestación a la demanda. Ya se haya pedido a tiempo este trámite y, consiguientemente, se haya concedido, ya se haya dejado de pedir, la alegación de nulidad del acuerdo contractual da lugar a que el tribunal examine, como presupuesto de la pretensión o reclamación del demandante basada en dicho acuerdo, su validez, a los meros efectos de estimar o desestimar la pretensión del demandante.

En nuestro caso, Mediapro no solicitó mediante la reconvección la nulidad de la cláusula quinta, razón por la cual no precedía un expreso pronunciamiento

que se estimara o desestimara la pretensión de que se declarara la nulidad de la cláusula quinta.

Pero es claro que en el escrito de contestación a la demanda expresamente se afirma, para justificar que no existe incumplimiento de la cláusula quinta, que «una prohibición de competencia como la que propugna AVS, de duración indefinida, sería radicalmente nula, por contraria a los principios del orden público económico que salvaguardan la libre competencia».

Aunque Mediapro propugne una interpretación de la cláusula quinta según la cual no existiría la obligación de no hacer, cuyo incumplimiento se le imputa en la demanda, y del que deriva reclamación judicial de cumplimiento y de indemnización de daños y perjuicios, afirma expresamente que una interpretación de la cláusula como la que propone la demandante sería nula por contravenir el Derecho de Competencia, en concreto, los arts. 1 LDC y 101 TFUE.

La Audiencia no es que haya desestimado que la cláusula quinta fuera nula, por entender que no contradecía el derecho de la competencia, o porque dicha contravención no afectara a su validez, sino que expresamente argumentó: «ni la juzgadora de instancia ni esta Sala pueden declarar nula dicha cláusula contractual en este procedimiento, dado que la hoy recurrente no solicitó dicha declaración de nulidad».

Con ello deja de pronunciarse sobre la validez de la cláusula quinta, una vez entendió que debía dársele el alcance interpretativo postulado por la demandante, y respecto del cual la demandada había alegado expresamente que sería contrario al Derecho de Competencia, y por lo tanto sí había sido suscitado por la demandada.

Consecuencias de la estimación del motivo primero del recurso extraordinario por infracción procesal de Mediapro

12. La estimación de este motivo primero del recurso extraordinario por infracción procesal de Mediapro conlleva, en primer lugar, que dejemos sin efecto el pronunciamiento judicial afectado, y que resolvamos la cuestión no abordada por la Audiencia, a la vista de las alegaciones vertidas en el recurso de casación de Mediapro, en concreto en el motivo tercero.

Este motivo tercero de casación se fundaba en la infracción de los arts. 6.3 y 1255 CC, en relación con los arts. 1.1 y 1.2 LDC, y los arts. 101 y 101.2 TFUE, en tanto la cláusula quinta del acuerdo de 24 de julio de 2006, interpretada como lo habían hecho el Juzgado de Primera Instancia y la Audiencia, es nula de pleno derecho, y, por tanto, no puede haber sido incumplida por Mediapro.

El recurrente argumenta que esta cláusula, tal y como es interpretada por el tribunal de instancia, constituye una prohibición por tiempo indefinido de competir con AVS y con Sogecable en el mercado de adquisición de derechos audiovisuales. En consecuencia, la sentencia condena a Mediapro «a abstenerse de comunicar y contratar con clubes de Primera y Segunda División la cesión de derechos audiovisuales». Y advirtió que el Consejo Nacional de la Competencia, en Resolución de 14 de abril de 2010, había declarado que la cláusula quinta contenía una prohibición para Mediapro, por tiempo indefinido, de competir con AVS y Sogecable en el mercado de adquisición de derechos audiovisuales de clubes de fútbol, y que, por tanto, era un pacto frontalmente contrario al Derecho de Defensa de la Competencia.

13. La cláusula quinta contraria a los arts. 1 LCD y 101 TFUE. Junto con el escrito de oposición al recurso de casación de AVS, Mediapro aportó la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-administrativo (sección 6ª) de la Audiencia Nacional de 22 de mayo de 2013 (recurso núm. 374/2010), que desestima el recurso interpuesto contra aquella Resolución del CNC de 14 de abril de 2010 (documento núm. 2). Esta sentencia fue declarada firme por la Secretaria de aquel tribunal, mediante la Diligencia de Ordenación de 14 de octubre de 2013.

En el apartado 4º de la parte dispositiva de la Resolución de 14 de abril de 2010, expresamente se declara 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 SM 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».

15. Vinculación del pronunciamiento de la autoridad de la competencia revisado por sentencia firme de un tribunal contencioso-administrativo. Bajo la normativa actualmente en vigor, no existe ninguna norma legal que, de forma equivalente al art. 16.1 RCE 1/2003 respecto del carácter vinculante de las decisiones de la Comisión Europea, disponga que las resoluciones dictadas por las autoridades nacionales, en nuestro caso la Comisión Nacional de la Competencia (en la actualidad, Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia), vinculen necesariamente al tribunal del orden jurisdiccional civil en el enjuiciamiento de las acciones civiles basadas en las mismas conductas, en este caso en la apreciación de la nulidad del pacto contractual declarado contrario a la Competencia.

Una decisión de la Comisión Nacional de la Competencia como la que dictó el 14 de abril de 2010 es un acto administrativo, sujeto a ese régimen, que no impedía a la jurisdicción civil el enjuiciamiento sobre la misma cuestión, aunque pudiera constituir un instrumento de convicción de gran autoridad. Pero como la Resolución de la Comisión Nacional de la Competencia sobre la ilicitud del pacto entre empresas contenido en la cláusula quinta del contrato fue objeto de recurso contencioso-administrativo, la resolución judicial firme que lo resuelve sí vincula al tribunal civil (incluye el mercantil, en cuanto forma parte de este orden jurisdiccional civil) que debe pronunciarse sobre la nulidad de aquella cláusula. Esta previa resolución contencioso administrativa produce un efecto condicionante o prejudicial para el posterior enjuiciamiento del tribunal civil.

Por esta razón, hemos de partir de que el pacto entre empresas que contiene la cláusula quinta es contrario al art. 1 LDC y al art. 1 TFUE. La consecuencia es la prevista en el apartado 2 de ambos preceptos, la nulidad de pleno derecho del pacto contractual. En cuanto la normativa *antitrust* comunitaria (arts. 101 y 102 TFUE) y nacional (arts. 1 y 2 LDC) tiene carácter imperativo, pues a través de ella se establecen límites a la autonomía de la voluntad de los particulares con la finalidad de tutelar el interés público -español o comunitario- en el mantenimiento de la Competencia, la nulidad de los pactos contractuales que infringen dicha normativa se justifica por el traspaso de estos límites a la autonomía privada de la voluntad (arts. 6.3 y 1255 CC).

La consecuencia de la nulidad de esta cláusula quinta del Acuerdo de 24 de julio de 2006 es que, como sus efectos son *ex tunc*, se entiende que no vinculaba a las partes, y deben dejarse sin efecto los pronunciamientos de la sentencia de la Audiencia en relación con este incumplimiento y con la condena indemnizatoria.

16. Pero el *alcance de la nulidad*, aunque no sea formalmente declarada, pues no se ha interesado expresamente mediante la correspondiente acción, y por lo tanto a los meros efectos de resolver sobre la procedencia de las pretensiones ejercitadas por las partes en relación con el cumplimiento de dicho contrato, sobrepasa al pacto de no competencia contenido en la cláusula quinta. Afecta a todo el acuerdo contractual de 24 de julio de 2006, en atención a la vinculación que esta cláusula tenía con el resto, para dar cumplimiento a lo que expresamente se manifestaba en el expositivo del acuerdo sobre la finalidad perseguida por las partes: garantizar la continuidad del modelo de explotación de los derechos audiovisuales de los distintos clubes de fútbol que participaban en la Liga y en la Copa del Rey que se contiene en el propio acuerdo. Con este acuerdo se pretendía acabar con la competencia entre AVS y Mediapro en la obtención de los derechos audiovisuales de los clubes, para evitar su encarecimiento, y ambas entidades se repartían su explotación en la forma prevista en las cláusulas del acuerdo. En este sentido, cabe apreciar que el acuerdo en su conjunto tenía por objeto restringir la competencia, y todas sus cláusulas estaban relacionadas en función de la finalidad perseguida.

Es cierto que no necesariamente la nulidad de una cláusula contractual por contravención de las normas de Defensa de la Competencia debe dar lugar a la nulidad de todo el negocio o contrato, pues cabría la nulidad parcial que afectaría sólo a aquella cláusula. En este sentido, en la Sentencia 460/2009, de 30 de junio, advertíamos que bajo la doctrina del Tribunal de Justicia «la nulidad del art. 81.2 TCE se aplica únicamente a aquellos elementos del acuerdo afectados por la prohibición (...) o al acuerdo en su totalidad si no es posible separar dichos elementos del propio acuerdo (STJCE de septiembre de 2008, C-279/2006)», y «en el campo del derecho interno se admite la

posibilidad de nulidad parcial con arreglo al aforismo '*utile per inutile non vitiatur*'».

Pero como se afirma en la doctrina, para que pueda apreciarse la nulidad parcial, a falta de una previsión legal específica, es necesario que los contenidos del contrato afectados por la nulidad sean divisibles o separables del resto del contrato y, además, o bien que las partes hubiesen hipotéticamente querido el negocio igualmente, aun con la amputación de los contenidos ilícitos, o bien que se trate de una imperatividad establecida para prevenir el fraude de una norma de protección. Y así, en el caso resuelto en la Sentencia 460/2009, de 30 de junio, concluimos que la nulidad alcanzaba a la totalidad del contrato porque la supresión de la cláusula restrictiva (de fijación de precios) afectaba a un elemento estructural y a la economía del negocio, sin que fuera posible entender que se podía mantener el fijado en relación con una libertad de precio, ya que para ello era precisa una voluntad concorde de las dos partes.

En nuestro caso, en función de aquella finalidad (asegurar la continuidad del modelo de explotación de los derechos audiovisuales de los clubes de fútbol que participan en la Liga y en la Copa del Rey), se pactó la cesión exclusiva e indefinida en el tiempo de los derechos de que disponía Mediapro y que se enunciaban en el anexo I, y la entrada de Mediapro en el accionariado de AVS. Y, para materializar esta cesión, también se convino la aportación por parte de Mediapro de los contratos suscritos con los clubes de fútbol cuyos derechos se había comprometido a aportar a AVS, y que notificara a los clubes la cesión de los derechos realizada en aquel acuerdo. En consecuencia, la nulidad del pacto de no competencia se extiende también a estos extremos del contrato de 24 de julio de 2006, y en concreto a la obligación de aportar los derechos en exclusiva que tenía Mediapro, lo que da lugar a que no pueda prosperar la pretensión de condena a su aportación ni la indemnización basada en aquel incumplimiento, pues no cabe hablar de incumplimiento.

En este sentido y por la misma razón, tampoco podían prosperar las pretensiones ejercitadas en la reconvención y en su ampliación, de que se declarase que la resolución del contrato, realizada por Mediapro, y fundada en el incumplimiento de AVS y Sogecable, y su consiguiente condena a la

indemnización de daños y perjuicios causados, ni la interesada de forma subsidiaria de resolución del contrato por voluntad unilateral de Mediapro.

17. Liquidación de la relación jurídica existente entre AVS y Mediapro durante la temporada 2006/2007. Lo expuesto acerca del alcance de la nulidad del Acuerdo de 24 de julio de 2006, no impide que podamos reconocer eficacia a la relación jurídica que existió entre las partes (AVS y Mediapro), respecto del recíproco intercambio de derechos habido durante la única temporada en que de facto existió, la temporada 2006/2007, en la medida en que durante aquella temporada Mediapro cedió los derechos de los que era titular, por el precio de adquisición, y AVS le cedió a su vez el derecho a comercializar un partido de Liga de Primera División y cuatro partidos de Segunda División por jornada, en abierto, en directo y en diferido a partir de las doce de la noche del día en que concluya la jornada de Liga, los resúmenes de cada jornada para comercializar a una televisión nacional generalista y a las autonómicas públicas para España y Andorra. Y que este reconocimiento lo hagamos para liquidar la relación jurídica, con arreglo a la lógica de lo convenido respecto de las contraprestaciones que debían abonarse las partes por el intercambio recíproco de derechos durante esa temporada, y en relación con la reclamación de la suma que Mediapro adeuda a AVS correspondiente a la última factura de aquella temporada (2006/2007).

De la cantidad convenida en contraprestación a la sublicencia de los derechos de retransmisión para la temporada 2006/2007 (150.000.000 euros), que la sentencia de primera instancia declaró pendiente de pago, una vez descontadas las compensaciones aceptadas, y condenó a Mediapro a su satisfacción, no procede descontar ninguna otra cantidad más allá de las aquellas que la Audiencia admitió (6.410 euros más el 16% de IVA, por servicios y 13.367,22 euros, más el 16% de IVA, de la producción del partido Espanyol-Deportivo).

En concreto, no procede la compensación pretendida por Mediapro de los 11.000.000 euros correspondientes a la prima que alega haber satisfecho al FC Barcelona por la temporada 2006/2007, porque los derechos correspondientes a esta temporada ya correspondían a AVS, al igual que los de la temporada siguiente, y si se comprometió a satisfacer aquella prima o

sobreprecio lo fue en atención a la cesión, por Mediapro, de los derechos correspondientes a las temporadas 2008/2009 y siguientes. En la medida en que, como consecuencia de la nulidad del acuerdo no resulta procedente exigir la obligación acordada de que fueran cedidos a aquellos derechos por Mediapro a AVS, dejaba de estar justificada la asunción por AVS de la obligación de pago de esta prima, aunque correspondiera a aquella temporada 2006/2007. Y en este sentido fue consignada la cantidad por AVS, supeditada a que se hiciera efectiva la cesión de los derechos que Mediapro había adquirido del FC Barcelona para las temporadas 2008/2009 y siguientes. Tampoco procede la compensación del anticipo de 20.000.000 euros abonado por Mediapro al FC Barcelona, porque lo era para las temporadas 2008/2009 y siguientes, ajenas a la relación jurídica objeto de liquidación (correspondiente a la temporada 2006/2007).

En cuanto a la compensación de 5.000.000 euros que habría abonado Mediapro a la Real Sociedad, en virtud de un contrato de opción de compra de 1 de junio de 2006, no resulta admisible porque esta cuantía no se halla incluida entre las detalladas en el Anexo I del contrato que, conforme a la reseñada cláusula sexta pudieran ser compensadas por Mediapro con cargo al precio que debía abonar por la sublicencia de los derechos de retransmisión. La cláusula sexta debe interpretarse con la segunda, en la que expresamente se pactaba que "el coste para AVS de los derechos cedidos es el que se relaciona igualmente en el anexo I». Y se añadía que «MP -Mediapro- se compromete a satisfacer a los Clubes relacionados en el expositivo 2 y cuyos derechos se ceden a AVS cualesquiera otras cantidades, diferentes de las relacionadas en el Anexo I, que hubieran acordado con dichos Clubes, en virtud de los contratos que haya firmado con ellos, garantizando la plena indemnidad de AVS por las cantidades que excedieran del valor que las partes asignan en este Acuerdo». Las cantidades que Mediapro podía compensar con cargo al precio de la sublicencia de los derechos de retransmisión, prevista en la cláusula sexta, eran únicamente las detalladas en el Anexo I, de ahí que, siempre en relación con las cantidades correspondientes a los derechos efectivamente cedidos de la temporada 2006/2007, no cabe compensar esta cantidad de 5 millones de euros abonada en el contrato de

opción de compra entre Mediapro y la Real Sociedad, que por otra parte era anterior al Acuerdo de 24 de julio de 2006, pues no se halla especificado en el Anexo I.

Por otra parte, respecto de la suma correspondiente a la primera factura de la temporada 2007/2008 (29.836.923,45 euros, IVA incluido), en la medida en que no existió el intercambio efectivo de derechos durante esa temporada, no resulta procedente su condena al pago, pues la justificación de su exigencia radicaría en la contraprestación a la cesión efectiva de unos derechos que no fueron realmente puestos a su disposición, al cortar la señal AVS antes del comienzo de la temporada 2007/2008.

De este modo, Mediapro adeuda a AVS por la sublicencia de derechos de retransmisión de la temporada 2006/2007 la suma de 32.331.350,71 euros.

Costas

18. Estimado el recurso extraordinario por infracción procesal interpuesto por la representación de Mediaproducción, S.L., no procede hacer expresa condena en costas.

En la medida en que la estimación del anterior recurso ha impedido conocer y resolver los restantes recursos (de casación de Mediaproducción, S.L. y extraordinario por infracción procesal y de casación de Audiovisual Sport, S.L. y Sogecable, S.A.), al haber asumido este tribunal la instancia, tampoco imponemos las costas generadas por dichos recursos a ninguna de las partes.

La estimación en parte del recurso de apelación de Mediaproducción, S.L. conlleva que tampoco hagamos expresa condena por las costas generadas por este recurso.

Como las pretensiones ejercitadas en la demanda por Audiovisual Sport, S.L. y sus sucesivas ampliaciones han sido estimadas en parte, tampoco imponemos a ninguna de las partes las costas generadas por la demanda en la primera instancia.

La desestimación íntegra de las pretensiones ejercitadas en la reconvención y en su ampliación, conlleva que imponemos a Mediaproducción, S.L. las costas generadas en primera instancia por la reconvención.

Por lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

FALLAMOS

Estimamos el recurso extraordinario por infracción procesal interpuesto por la representación de Mediaproducción, S.L. contra la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (sección 12ª) de 14 de noviembre de 2012 (rollo núm. 3/2011), que dejamos sin efecto y en su lugar acordamos la estimación en parte del recurso de apelación formulado por la representación de Mediaproducción, S.L. contra la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 36 de Madrid de 15 de marzo de 2010 (juicio ordinario núm. 1052/2007), en el siguiente sentido:

1º Estimamos en parte las pretensiones ejercitadas por Audiovisual Sport, S.L. en su demanda principal y en las tres ampliaciones de demanda, en cuanto que condenamos a la demandada Mediaproducción, S.L. a pagar a Audiovisual Sport, S.L. la suma de 32.331.350,71 euros más los intereses devengados desde la fecha de la primera audiencia previa, y absolvemos a Mediaproducción, S.L. del resto de las pretensiones ejercitadas contra ella; sin hacer expresa condena en costas.

2º Confirmamos la desestimación de la demanda reconvencional y su ampliación interpuesta por Mediaproducción, S.L. contra Audiovisual Sport, S.L., Sogecable, S.A. y TVC Multimedia, S.L., y la condena a Mediaproducción, S.L. al pago de las costas ocasionadas en primera instancia.

No procede hacer expresa condena en costas respecto del recurso de casación interpuesto por la representación de Mediaproducción, S.L. contra la reseñada Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (sección 12ª) de 14 de noviembre de 2012 (rollo núm. 3/2011); ni tampoco respecto de los

recursos extraordinario por infracción procesal y de casación formulados por Audiovisual Sport, S.L. y Sogecable, S.A.

Publíquese esta resolución conforme a derecho y devuélvanse a la Audiencia los autos originales y rollo de apelación remitidos con testimonio de esta resolución a los efectos procedentes.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.- José Ramón Ferrándiz Gabriel.- Ignacio Sancho Gargallo.- Francisco Javier Orduña Moreno.- Rafael Sarazá Jimena.- Sebastián Sastre Papiol.- Firmado y Rubricado.

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. **Ignacio Sancho Gargallo**, ponente que ha sido en el trámite de los presentes autos, estando celebrando Audiencia Pública la Sala Primera del Tribunal Supremo, en el día de hoy; de lo que como secretario de la misma, certifico.