

Roj: SAP M 20219/2012 - ECLI:ES:APM:2012:20219  
Id Cendoj: 28079370122012100508  
Órgano: Audiencia Provincial  
Sede: Madrid  
Sección: 12  
Nº de Recurso: 3/2011  
Nº de Resolución: 670/2012  
Procedimiento: Recurso de Apelación  
Ponente: FERNANDO HERRERO DE EGAÑA OCTAVIO DE TOLEDO  
Tipo de Resolución: Sentencia

**AUD.PROVINCIAL SECCION N. 12**

**MADRID**

**SENTENCIA: 00670/2012**

**AUDIENCIA PROVINCIAL DE MADRID**

**SECCIÓN DOCE**

**ROLLO.- RECURSO DE APELACIÓN 3/2011**

**AUTOS.- 1052/2007 -ORDINARIO-**

**PROCEDENCIA.- JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA Nº 36 DE MADRID**

**DEMANDANTE/APELADO.- AUDIOVISUAL SPORT, S.L.**

**PROCURADOR.- D. ARGIMIRO VÁZQUEZ GUILLÉN**

**DEMANDADO/APELANTE.- MEDIAPRODUCCIÓN, S.L.**

**PROCURADOR.- D. MANUEL LANCHARES PERLADO**

**DEMANDADOS/APELADOS.- SOGECABLE, S.A. / TVC MULTIMEDIA, S.L.**

**PROCURADOR.- Dª Mª DEL VALLE GILI RUIZ / Mª JESÚS GONZÁLEZ DÍEZ**

**PONENTE.- Ilmo. Sr. Don Fernando Herrero de Egaña y Octavio de Toledo.**

**SENTENCIA Nº 670**

**Ilmos. Sres. Magistrados:**

**DON JOSÉ MARÍA TORRES FERNÁNDEZ DE SEVILLA**

**DON Fernando Herrero de Egaña y Octavio de Toledo**

**DOÑA MARÍA ÁNGELES RODRÍGUEZ ALIQUE**

En MADRID, a catorce de noviembre de dos mil doce.

VISTO en grado de apelación ante esta Sección Duodécima de la Audiencia Provincial de MADRID, los Autos de PROCEDIMIENTO ORDINARIO 1052/2007, procedentes del JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA Nº 36 de MADRID, a los que ha correspondido el Rollo 3/2011, en los que aparece como parte demandante-apelada AUDIOVISUAL SPORT, S.L. representada por el Procurador D. ARGIMIRO VÁZQUEZ GUILLÉN, como demandada-apelante MEDIAPRODUCCIÓN, S.L. representada por el Procurador D. MANUEL LANCHARES PERLADO y demandadas-apeladas SOGECABLE, S.A. representada por la Procuradora Dª MARÍA DEL VALLE GILI RUIZ y TVC MULTIMEDIA, S.L. representada por la Procuradora Dª MARÍA JESÚS GONZÁLEZ DÍEZ, sobre acción de cumplimiento contractual y reclamación de cantidad, siendo Magistrado Ponente el Ilmo. Sr. D. Fernando Herrero de Egaña y Octavio de Toledo.

**ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** Se aceptan los antecedentes de hecho de la sentencia apelada.

**SEGUNDO.-** Seguido el juicio por sus trámites legales ante el Juzgado de Primera Instancia nº 36 de Madrid, por el mismo se dictó sentencia con fecha 15 de marzo de 2010, cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente.- "Que Estimando íntegramente la demanda principal y las tres ampliaciones a la demanda interpuestas por el 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 Athletic 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, Villareal, 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 reconvenicional y la ampliación a la demanda reconvenicional 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 Dª Mª del Valle Gili Ruiz y contra TVC MULTIMEDIA SL, representada por la procuradora Dª Mª Jesús González Díez, absolviendo a los demandados de la pretensión ejercitada en su contra con imposición de costas al demandante reconvenicional Mediaproducción SL. Se inadmite el allanamiento realizado por TVC Multimedia SL sin declaración de costas".

Notificada dicha resolución a las partes, por MEDIAPRODUCCION, S.L. se interpuso recurso de apelación alegando cuanto estimó pertinente. Admitido dicho recurso se dio traslado a las otras partes que se opusieron al mismo, y cumplidos los trámites correspondientes, se remitieron los autos originales del juicio a este Tribunal donde han comparecido los litigantes, sustanciándose el recurso por los trámites legales, y señalándose para la deliberación, votación y fallo del mismo el pasado día 19 de septiembre de 2012 en que ha tenido lugar lo acordado.

**TERCERO.-** En la tramitación de este procedimiento se han observado las prescripciones legales excepto el plazo para dictar sentencia dada la complejidad del asunto y el volumen de las actuaciones.

## FUNDAMENTOS JURIDICOS

**PRIMERO.-** Procede realizar un somero resumen de las alegaciones realizadas por la actora y la demandada-reconviniente, al simple objeto de establecer una primera aproximación a las cuestiones planteadas en este proceso, sin perjuicio de aludir a lo largo de la presente resolución a cualesquiera otras alegaciones o pretensiones que se estimen conducentes a la resolución de este recurso.

La demandante, Audiovisual Sport, interpuso demanda contra Mediaproducción en la que indicaba, en esencia y entre otras cuestiones, que el 24 de julio de 2006 se suscribió un contrato en el que intervenían la actora y la demandada, así como TVC multimedia y Sogecable. Dicho contrato, continúa

indicando la demandante, tenía por objeto garantizar la continuidad del modelo de explotación de los derechos audiovisuales de las competiciones de Liga y Copa del Rey. Por virtud del mismo la demandada cedía a la actora sus derechos de explotación audiovisual de diversos clubes de fútbol, cediendo la actora a la demandada, por precio de 150 millones #, los derechos audiovisuales para la emisión en abierto para España y Andorra de la liga de primera y segunda división, así como los derechos de emisión en cualquier modalidad para el resto del mundo.

Entiende la demandante que la parte contraria ha incumplido el referido contrato por los siguientes motivos:

- No ha aportado los contratos suscritos con los clubes de fútbol cuyos derecho aportó a la entidad actora, ni ha notificado a los clubes la cesión de los derechos realizada a favor de la actora.

- La demandada ha negociado y adquirido diversos contratos relativos a los 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.

- La demandada, continúa indicando la demanda, ha dejado de pagar 28.169.691,34 #, correspondientes al precio estipulado por la cesión de los derechos de emisión de partidos de fútbol.

Solicitaba la actora, en esencia, se condenase a la demandada a aportar los contratos concertados por ésta con diversos clubes de fútbol, así como a abonar 28.169.691,34 # más IVA.

Posteriormente, el 31 de julio de 2007 presentó la actora ampliación de su demanda en la que indicaba, entre otras cuestiones, que la demandada había anunciado públicamente haber suscrito contratos por los que adquiriría los derechos audiovisuales de la práctica totalidad de los clubes de fútbol que disputan la Primera y Segunda división de la Liga de Fútbol, incumpliendo nuevamente, entendía la demandante, el contrato suscrito. Igualmente había impagado la demandada la factura correspondiente al primer pago de la temporada futbolística 2007/2008, adeudando por tal concepto 25.721.485,73 # más IVA. Solicitaba, entre otras pretensiones, se condenase a la demandada a abonar la referida cantidad, así como a aportar a la demandante los derechos audiovisuales de todos los clubes no incluidos en su demanda inicial y con los que la demandada hubiese llegado a acuerdos.

El 27 de agosto de 2007 presentó nueva ampliación de la demanda. En dicha ampliación manifestaba, en resumen y entre otras cuestiones, que el 31 de julio de 2007 la demandada le dirigió una comunicación en la que le proponía un acuerdo transitorio para la explotación de derechos audiovisuales de la temporada 2007/2008, desprendiéndose de dicha misiva que consideraba sin efecto el contrato suscrito el 24 de julio de 2006. Considerando los términos de dicha propuesta no aceptables, y entendiendo que el contrato seguía en vigor, dirigió comunicación a la demandada requiriéndole el cumplimiento de sus obligaciones en plazo de tres días, y 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. Solicitaba la demandante se dictase sentencia por la que se condenase a la demandada a dar cumplimiento al contrato de 24 de julio de 2006, reclamando una indemnización de 200 millones #, sin perjuicio de lo que de la prueba resultase.

Amplió nuevamente la demanda el 12 de septiembre de 2007, indicando esencialmente que la demandada había cedido y comercializado ilegítimamente derechos audiovisuales correspondientes a la actora. solicitaba, entre otras pretensiones, se condenase a la demandada a abonar 50 millones de euros, sin perjuicio de lo que resultase de la pericial a practicar.

**SEGUNDO.-** La demandada se opuso a la demanda y formuló reconvencción.

Indicaba la demandada, en esencia y entre otras cuestiones, que el contrato no le prohibía adquirir en el futuro derechos audiovisuales de clubes de fútbol, en primer término por que iría en contra del principio de libre concurrencia y en cualquier caso porque no se estipulaba así en el contrato.

Señaló igualmente en su contestación, 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, indica la demandada, no era cierto, dado que ni la actora ni Sogecable disponían de la preceptiva autorización

de las Autoridades de Competencia para que Sogecable pudiese adquirir el control exclusivo sobre la actora, 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 a las autoridades de 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 modificando sustancialmente el modelo de negocio, al limitar a tres temporadas la duración de los nuevos contratos de Sogecable y de la actora, haciendo inviable la cesión por tiempo indefinido de los derechos de emisión que se habían cedido a la demandada, suprimiendo la autonomía de la actora para elegir partidos y horarios al prever el nombramiento de un fideicomisario a tales efectos.

Dado el incumplimiento en que entendía que incurrían, tanto la actora como Sogecable, y tras un extenso intercambio de comunicaciones, se comunicó el 26 de abril de 2007 a la actora y a Sogecable que la demandada se consideraba legitimada para no adquirir el 25% del capital social, dadas las condiciones impuestas por el acuerdo del Consejo de Ministros, conminándoles de nuevo a iniciar negociaciones para hallar una solución a la situación creada.

Dada la comunicación que la actora le dirigió indicando que procedería al corte de la señal, la demandada remitió comunicación de 20 de agosto de 2007, indicando que, salvo que desistiesen del anuncio de retirar la señal, daría por resuelto el contrato.

Sobre la base de los hechos relatados en la contestación formulaba reconvención contra la actora, Sogecable y TVC.

Solicitaba la demandada, entre otras pretensiones, se desestimase la demanda y se declarase que la resolución del contrato se había realizado con arreglo a derecho, y se condenase a la actora y a Sogecable a indemnizar solidariamente los daños y perjuicios causados, y subsidiariamente se declarase resuelto el contrato por voluntad unilateral de la reconviniendo.

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

La sentencia que se recurre, estimó la demanda y desestimó la reconvención.

**TERCERO.-** Se aceptan y se dan por reproducidos los fundamentos de la resolución recurrida, salvo en aquello en que puedan quedar contradichos por los fundamentos de esta resolución.

Cabe señalar que a lo largo de esta resolución se hará mención de algunas de las manifestaciones vertidas por diversos intervinientes en el proceso, realizándose tal designación indicando, de forma aproximada, el momento en que dichas manifestaciones quedaron recogidas en la grabación de las diferentes sesiones del acto de juicio.

**CUARTO.-** La demandada indica como primer motivo de su recurso que ha existido una incorrecta interpretación del contrato objeto de autos, tanto en lo relativo a la importancia del pacto relativo a la entrada en el capital de la actora, como con respecto a la posibilidad por parte de la demandada de adquirir derechos de explotación de derechos audiovisuales de clubs de fútbol tras la firma del contrato.

No obstante, dado que, tal y como por otro lado advierte el propio recurrente, reitera y ahonda en tales alegaciones en los posteriores motivos de su recurso, y dado que la interpretación del contrato cobra relevancia cuando se pone en conexión con el incumplimiento, o en general con las consecuencias jurídicas que del contrato se pretenden extraer, se efectuarán las consideraciones que sean precisas sobre la interpretación del contrato al tiempo de resolver las cuestiones con respecto a las que guardan relación y que se exponen en otros apartados del recurso.

**QUINTO.-** El recurrente considera que la sentencia recurrida no se ajusta a derecho ni a los hechos probados al desestimar la pretensión reconvencional, dados los incumplimientos en los que incurrió la actora y Sogecable.

Indica que se incumplió el contrato desde el momento en que en la cláusula 7 se manifestaba por dichas entidades que contaban con todas las autorizaciones necesarias para la ejecución del contrato, cuando lo cierto es que no contaban con la autorización de las Autoridades de Competencia. Considera la recurrente que tal actuación entraña la existencia de un incumplimiento doloso que produjo dos efectos: Impidió la entrada de la recurrente en el capital de la actora-reconvenida en la fecha pactada, e impidió la entrada en dicho capital



en las condiciones pactadas, dado que el acuerdo del Consejo de Ministros de 23 de marzo de 2007 impuso ocho condiciones que modificaban de manera esencial el modelo de negocio contemplado en el contrato.

Para que el incumplimiento contractual provoque la resolución del contrato es preciso la concurrencia de tres requisitos como son: el incumplimiento de lo estipulado en el contrato, que dicho incumplimiento haya producido un perjuicio grave y esencial, es decir que sea de tal entidad que frustre la finalidad del contrato, malogrando las legítimas aspiraciones del contratante perjudicado por el incumplimiento (Ver Sentencias del Tribunal Supremo de 3 de marzo de 2005 , 20 de septiembre y 31 de octubre de 2006 , entre otras).

**SEXTO.-** En el presente supuesto no consta el incumplimiento contractual ni que, de haber existido, fuera de entidad tal que autorice a la resolución contractual que pretende el recurrente por vía de reconversión.

En primer lugar, como con acierto señala la sentencia recurrida, la hoy recurrente ha sido parte en operaciones de concentración, como es el expediente N-06022, aportado con la contestación a la demanda reconversional como documento 16, el cual fue promovido por la hoy recurrente y la otra entidad que intervenía en la operación. Se indica en dicho documento que el 6 de marzo de 2006 había tenido entrada en el Servicio de Defensa de la Competencia notificación relativa a la integración de la hoy recurrente y el Grupo Árbol mediante la constitución de una empresa a la que se aportarían las acciones correspondientes al 100 por 100 del capital de ambos grupos (folios 3946 y siguientes).

Igualmente señala con acierto la sentencia recurrida que la demandada fue asesora de la actora, tal y como afirma la demandante (folio 3) y reconoce la hoy recurrente al contestar a la demanda (folio 1317), aportando como documento 4 los contratos suscritos a tal efecto.

Del contenido del contrato de 21 de junio de 2001 (folios 1508 y siguientes), aportado con la contestación, se desprende que la recurrente participaba con la dirección de la hoy actora en la determinación de los objetivos de negocio, optimización de la comercialización de los productos, proposición al Consejo de Administración de los planes de actuación necesarios para la mejor gestión de la compañía y ejecución de las acciones y medidas precisas para la consecución de los objetivos y fines. Dicho contrato fue prorrogado posteriormente por otro de 31 de julio de 2003 (folio 1516).

Consta igualmente que la actora y Sogecable habían quedado sujetas anteriormente a Acuerdo del Consejo de Ministros de 29- 11-2002 (folio 11.050 y vuelto), acuerdo que tuvo su origen en la integración de Vía Digital en Sogecable y debido a la acumulación en manos de Sogecable de derechos de tanteo, retracto y opciones de compra de más de la mitad de los clubes de fútbol de Primera División y la excesiva duración del periodo de exclusividad en la adquisición de dichos derechos, y por el que, entre otras cuestiones, se establecía que Sogecable no podía ejercer derechos de tanteo, retracto y opciones de compra o prórroga que poseía o controlaba, directa, indirectamente o por medio de la hoy actora, en la negociación para la adquisición de derechos de retransmisión de partidos de fútbol, e igualmente se indicaba que la duración de los derechos de retransmisión de partidos de fútbol que se adquiriesen no podría exceder de tres años.

Por tanto, 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 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.

Todo lo indicado lleva a inferir racionalmente ( artículo 386 de la Ley de Enjuiciamiento Civil ) que la recurrente sabía que el contrato quedaba sujeto a la aprobación de las Autoridades de Competencia.

Cabe añadir que resulta racional inferir ( artº 386 LEC ) que un contrato como el que es objeto de autos, por su complejidad y envergadura económica ha tenido que ser objeto de análisis y estudio por los servicios jurídicos de la recurrente, y una somera lectura del mismo pone de relieve que afecta a la práctica totalidad de la actividad audiovisual en materia de retransmisión de partidos de fútbol, y que al afectar al desenvolvimiento de dicho mercado habría de obtener la autorización correspondiente de las Autoridades de Competencia, lo cual, incluso prescindiendo de las circunstancias anteriormente referidas, lleva a dar por acreditado el conocimiento que la entidad recurrente tenía de la necesidad de obtener dicha autorización; y aún con mayor razón se llega a tal conclusión si ello se pone en relación con las particulares circunstancias que en el presente supuesto concurrían y que queda referidas en los anteriores párrafos de este fundamento.

El 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, folio 79) no obsta a lo indicado, pese a que así se indique en una cláusula que, por lo demás, parece más de estilo que verdaderamente sustancial, pero en todo caso y con independencia de tal apartado del contrato, la recurrente, dado lo indicado, había de conocer que suscribía un contrato sometido a la aprobación de las Autoridades de Competencia.

Por otro lado, de tal cláusula se desprende que se pretenden referir las partes a las licencias y autorizaciones previas a la suscripción del contrato, pero el Acuerdo del Consejo de Ministros proviene de la actuación de las Autoridades de Competencia ante el contrato ya suscrito.

Pero es más, ante la indicación de la sentencia recurrida sobre el hecho de que la recurrente desconociese la necesidad de solicitar autorización al Servicio de Defensa de la Competencia, el recurrente no rebate tales conclusiones (folio 10.928 y 10.929); indica que lo esencial no es tal conocimiento por parte de la recurrente, si no si tal hecho era conocido por Sogecable y la actora y en consecuencia si ambas mintieron al indicar en el contrato que contaban con las autorizaciones necesarias.

Ahora bien, es evidente que si la recurrente conocía la necesidad de someter la operación a la autorización correspondiente, no puede alegar que ha sido objeto de engaño, ni puede alegar que se vieron frustradas sus expectativas contractuales por motivo de una declaración contractual que no respondía a la realidad.

Por tanto, se desprende de lo actuado que la hoy recurrente no ignoraba la necesidad de someter el acuerdo a la aprobación de las Autoridades de Competencia, y es más, así se viene a indicar en la sentencia recurrida sin que el recurrente combata tal apreciación, señalando que no es esencial dicho conocimiento, sino el conocimiento que tenía la actora y Sogecable, si bien como queda indicado, tal conocimiento sí es relevante, dado que de la ignorancia de dicho dato deriva la posibilidad de que la actora haya sido objeto del engaño que alega ha llevado al incumplimiento del contrato.

**SÉPTIMO.-** Alega el recurrente la Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de junio de 2007, en la que se consideraba que la ignorancia por parte del comprador de la necesidad de solicitar una autorización administrativa para el funcionamiento del negocio, no era reprochable a éste, ya que en el contrato se hacía constar la plena disponibilidad de la farmacia que era objeto de dicho contrato, lo cual pudo llevar a la compradora entender que dicha autorización administrativa había sido obtenida previamente por el demandado.

La recurrente no planteó en su contestación ni en la reconvencción que la cláusula séptima del contrato le hubiese llevado a considerar que existía una autorización previa de las autoridades de competencia, su planteamiento ha sido el de entender que la actora y Sogecable le ocultaron la necesidad de solicitar la aprobación del contrato una vez suscrito, no alegándose la errónea creencia de que ya se había recabado y obtenido dicha autorización. Por ello el supuesto que contempla la sentencia que se aduce no es coincidente con el presente en los términos en que fue expuesto en la instancia, planteamiento que es el que ha de mantenerse en esta alzada, en cuyo seno no cabe la introducción de cuestiones nuevas ( artículo 456.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil ), ya que ello supondría subvertir los términos en que quedó trabada la litis, ocasionando la consiguiente indefensión a la parte contraria que no podrá alegar oportunamente, y sobre todo no podrá probar aquello que estime conducente a su derecho.

En todo caso, cabe añadir que de haber existido una autorización previa a la firma del contrato en el que iba a ser parte la hoy recurrente, resulta obvio que, aparte de haberse hecho constar expresamente en el prolijo contrato suscrito, la recurrente hubiera debido de tener conocimiento de su tramitación, aun cuando únicamente fuese por su papel de asesora de la entidad actora, ello aparte de que el simple anuncio de la intención de suscribir un contrato como el que es objeto de autos hubiera tenido, indudablemente, repercusión y notoriedad cuando menos en el ámbito profesional en el que la actora se desenvuelve. Aun mayor notoriedad, cuando menos en el referido sector profesional, hubiera tenido una hipotética solicitud de autorización ante las autoridades de competencia para la suscripción del contrato objeto de autos.

**OCTAVO.-** En todo caso, 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.

Indica el recurrente que la necesidad de someter la operación a la aprobación de las Autoridades de Competencia motivó un retraso con respecto al momento previsto para la venta de las participaciones a la recurrente.

El acuerdo del Consejo de Ministros que autorizaba la operación con determinadas condiciones, se produjo el 23 de marzo de 2007, estando pactado en el contrato que la venta de participaciones se realizaría antes del 30 de octubre de 2006.

No consta debidamente acreditado, a juicio de esta Sala, que el hecho de adquirir las participaciones después del 23 de marzo de 2007 haya frustrado las legítimas expectativas de la recurrente. No se alega ni desprende de lo actuado que la entrada de la recurrente en el capital social de la actora durante el término de tiempo que media desde el 30 de julio de 2006 hasta el momento en que fue aprobada la operación, le hubiera permitido tomar algún tipo de decisión o acuerdo relevantes en el seno de la sociedad actora, y que el retraso padecido le haya impedido adoptar.

Desde el punto de vista estrictamente económico, el hecho de entrar tardíamente en el capital social, tampoco consta que le hubiera ocasionado perjuicios, habiendo indicado a este respecto el Sr. Lamothe que incluso le benefició, ya que al mantenerse el mismo valor por la compra de las participaciones, y no habiendo existido reparto de dividendos, su adquisición en momento posterior supondría menores intereses para sufragar la operación de compra de las participaciones (1:23:30 y 1:40:00, ambos de la tercera sesión).

**NOVENO.-** Por otro lado, tampoco se desprende de lo actuado que las condiciones impuestas por el acuerdo del Consejo de Ministros hayan supuesto una modificación del contrato, en términos tales que permitan considerar que han motivado un cambio sustancial en el modelo de explotación que a través del contrato objeto de autos se perseguía.

En primer lugar, al plantear la contestación a la demanda y reconvención la hoy recurrente, para argumentar que el referido acuerdo del Consejo de Ministros modificaba sustancialmente el modelo de negocio, aludió en particular a dos condiciones impuestas, como eran: a) la limitación a tres temporadas la duración de los nuevos contratos, haciendo con ello 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 b) la previsión del nombramiento de un fideicomisario para la elección de partidos y horarios (folio 1343).

Ahora bien, la cuestión no es tanto determinar que ha existido una modificación de los términos previstos en el contrato, como el hecho de determinar que dicha modificación altera sustancialmente los términos contractuales.

No basta, en consecuencia, aducir tales modificaciones, debiendo argumentarse y probarse en qué términos concretos dichas modificaciones inciden en la finalidad contractual prevista. Corresponde al recurrente acreditar que tales circunstancias suponen una frustración de sus legítimas expectativas, tanto desde su posición como demandado ( artículo 217.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil ), como en lo que se refiere a su posición como reconviniente ( artículo 217.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil ), dado que en definitiva quien alega el incumplimiento del contrario debe acreditarlo.

Indudablemente, determinar que el incumplimiento es relevante por frustrar las legítimas aspiraciones del contratante que lo alega, implica en el presente supuesto determinar hasta qué punto las condiciones impuestas por el acuerdo del Consejo de Ministros incidían en el funcionamiento y desarrollo del contrato, y qué consecuencias económicas provocaron la aplicación de las condiciones referidas. Es decir, lo esencial es determinar si la aplicación de dichas condiciones por el acuerdo del Consejo de Ministros hubieran supuesto una merma o quebranto económico sustancial al recurrente de haber adquirido las participaciones societarias.

A este respecto resulta significativo el hecho de que en la pericial realizada a instancia de la propia recurrente, para evaluar el quebranto económico que se le produjo como consecuencia de no haber entrado a formar parte del capital de la entidad actora, se considere que ello implica un perjuicio o lucro cesante de 66,4 millones # (folio 9389). Dicha pericia analiza la actividad y resultados obtenidos por la entidad actora, y sobre tal base determina dicho lucro cesante derivado de la no adquisición de las participaciones (folios 9378 y siguientes).

Por tanto, en dicho informe se evalúa cuál ha sido el resultado económico de la entidad actora, la cual, obviamente, en el desarrollo de su cometido se ha visto sometida a las prescripciones del acuerdo del Consejo de Ministros. Lógicamente si, como pretende la demandada, el acuerdo del Consejo de Ministros hubiera supuesto un quebranto o frustración de sus expectativas contractuales en lo relativo a la adquisición del 25% capital de la actora, el resultado de la explotación de la actividad debería ser negativo, o cuando menos no excesivamente productivo, ya que de lo contrario, se ha de concluir -en principio y salvo que conste que de no haber mediado el Acuerdo referido los beneficios serían superiores- que dichas condiciones impuestas por el Consejo de Ministros no impedirían alcanzar el fin contractual propuesto.



El hecho de que pese a la vigencia de las referidas condiciones del Consejo de Ministros, se entienda que la no adquisición del 25% del capital social supone un lucro cesante de 63.4 millones #, indudablemente es un dato que, lejos de llevar a concluir que el acuerdo del Consejo de Ministros supuso una traba o impedimento para el logro de los fines contractuales propuestos, lleva a considerar que pese a ello la actividad desarrollada por la actora fue lucrativa; tanto es así que el perito al ratificar su informe no dudó en afirmar que la adquisición de las participaciones de la entidad actora hubieran sido una buena inversión (13:40 de la tercera sesión).

Cierto es que dicha pericia no se pronuncia sobre si los beneficios podrían haber sido superiores de no haber mediado el acuerdo del Consejo de Ministros, entre otras cuestiones por que no era el objeto de la misma, si bien aparte de recordar que al recurrente le corresponde la carga de la prueba sobre la incidencia que el acuerdo del Consejo de Ministros tuvo en el contrato, en todo caso las conclusiones alcanzadas por la pericia llevan a deducir que dicho acuerdo no impedía la obtención de elevados beneficios económicos como consecuencia del contrato.

Por lo demás, de la restante prueba practicada no se desprende que la aplicación de las condiciones impuestas por acuerdo del Consejo de Ministros hayan supuesto detrimento o quebranto ni para el recurrente ni para el desarrollo de la actividad por parte de la entidad actora.

**DÉCIMO.-** Si bien lo indicado ya llevaría a desestimar tal aspecto del recurso, cabe añadir que el hecho de que se limite a tres temporadas la duración de los contratos de Sogecable y de la actora, no lleva por sí sólo a considerar que el contrato impidiese a la recurrente alcanzar sus expectativas durante el tiempo establecido en el acuerdo del Consejo de Ministros. No se desprende de lo actuado que tal restricción temporal impida al recurrente alcanzar sus aspiraciones contractuales al menos hasta el cumplimiento de dicho plazo.

Como queda indicado, el resultado económico no se desprende de lo actuado que se haya resentido, y por otro lado, ni la actora ni Sogecable han dado muestras de pretender obstar la continuación de las cesiones una vez cumplido el plazo marcado por el referido Acuerdo, por lo demás, la actora pretende en este proceso la declaración de eficacia y continuidad del contrato sin limitación temporal (folio 399).

Tal particular del Acuerdo del Consejo de Ministros si acaso -y haciendo abstracción, a efectos dialécticos, del conocimiento de la recurrente de la necesidad de contar con la aprobación de las Autoridades de Competencia-, permitiría reconsiderar el carácter indefinido del contrato limitándolo a tres años, durante los cuales, se desprende de lo actuado, y tal y como era previsible, los derechos y obligaciones de las partes no han sufrido detrimento o variación con respecto a lo estipulado en el contrato como consecuencia del referido Acuerdo.

Lo que no cabe es pretender por tal hecho, apenas transcurrido un año de vigencia, la resolución de un contrato que fijaba el marco de desenvolvimiento de la actividad empresarial de las partes para los años venideros, y que en el marco del referido Acuerdo del Consejo de Ministros, claramente es apto para lograr la finalidad contractual propuesta sin detrimento de las posiciones contractuales de las partes, y ello ante la eventual conclusión de la cesión dos años después, conclusión que por otro lado ni la actora ni Sogecable consta que hayan dado muestras de realizar. Antes al contrario, como ya se indicaba, se desprende de lo actuado y de las pretensiones deducidas en este litigio que la actora ha optado y continua optando por su duración indefinida, y el recurrente, precisamente sobre la base de su carácter indefinido insta la resolución unilateral del mismo.

Menos aún cabe, sobre la base de tal Acuerdo del Consejo de Ministros, incumplir los términos del contrato, haciéndolo útil en aquello que favorece al recurrente e ignorándolo en lo que entiende le perjudica.

Todo ello, cabe insistir, aparte del hecho de que el actor, se desprende de lo actuado, conocía que el contrato debía someterse a la aprobación de las Autoridades de Competencia.

Por otro lado, la figura del fideicomisario se preveía para supuestos en los que no existiese acuerdo entre los operadores que emitían partidos de fútbol de la Liga y Copa del Rey en pago por visión y Sogecable, con respecto al partido a emitir en dicha modalidad (folio 1710). La hoy recurrente adquiría por virtud del contrato los derechos a la emisión de los partidos de fútbol de la Liga y la Copa del Rey para su emisión en abierto (folios 74), con lo cual no se aprecia la incidencia del acuerdo del Consejo de Ministros en lo que se refiere a los intereses de la hoy recurrente.

En lo que se refiere a los intereses de la propia actora, y con ello del interés del recurrente de entrar a formar parte del capital social, tampoco consta que dicho acuerdo del Consejo de Ministros supusiese una restricción sustancial de su capacidad de decisión en esta materia; en definitiva se remitía a negociar con los interesados en la emisión mediante la modalidad de pago por visión, y caso de no alcanzar un acuerdo



con ellos la designación de un fideicomisario independiente que lo determinase, todo lo cual no significa, a juicio de esta Sala, una modificación en el sistema de explotación, y menos aún una modificación sustancial y relevante del mismo, en términos tales que permita suponer que la hoy recurrente vio frustrada la finalidad que perseguía a la hora de suscribir el contrato objeto de autos, es decir que le llevase a considerar que la entrada en la participación social de la actora le era desventajosa o se había modificado de forma sustancial y relevantemente distinta de lo previsto en el contrato, ni que, en general, frustrase de forma esencial o relevante a sus perspectivas de obtener el fin contractual perseguido al suscribir el contrato objeto de autos.

Es más, no consta que precisamente la cuestión relativa a la emisión del partido en pago por visión haya suscitado alguna problemática en el desarrollo del contrato, habiendo señalado a tal respecto el legal representante de la hoy recurrente que no recordaba si habían existido problemas en la selección de partidos para su emisión en pago por visión (43:10 de la primera sesión), siendo significativo que el legal representante de dicha entidad no recuerde la existencia de problemas en tal aspecto, cuando se aduce que ello motivaba un incumplimiento sustancial del contrato.

Por su parte, Don Everardo, consejero de Sogecable y la actora, manifestó que la elección del partido para pago por visión no ofreció problemas, ya que el 99% de las ocasiones, la primera elección era el partido del Real Madrid o el Barcelona (3:27:20 de la primera sesión), no existiendo motivo, a juicio de esta Sala, para dudar de su manifestación en tal sentido.

Todo lo expuesto en este fundamento, cabe insistir una vez más, aparte del hecho de que el actor, se desprende de lo actuado, conocía que el contrato debía someterse a la aprobación de las Autoridades de Competencia.

Todo lo indicado incide en la desestimación de tal alegación del recurrente.

**UNDÉCIMO.-** La recurrente considera que no ha existido incumplimiento del contrato por su parte, ya que entiende que el hecho de haber contratado con determinados clubes de fútbol durante la temporada 2006-2007 la cesión de los derechos audiovisuales, no infringe la cláusula quinta del contrato. Indica el recurrente que ya dejó planteada en su contestación-reconvencción que la cláusula quinta del contrato, de ser interpretada como finalmente la ha interpretado el juzgador "a quo" sería nula por ser contraria a los principios de orden público económico que salvaguardan la libre concurrencia, indicando que dado que el Consejo de la Comisión Nacional de Competencia de 14 de abril de 2010 ha declarado que la cláusula quinta es contraria al artículo 1 de la ley 15/2007, dicha cláusula debe considerarse nula de pleno derecho y ser declarada nula por esta Sala.

En primer término, procede precisar 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. En su contestación a la demanda solicitaba simplemente la desestimación de la demanda y en su reconvencción solicitaba que se declarase que la resolución del contrato, efectuada el 21 de agosto de 2007 por la hoy recurrente, fue conforme a derecho, y subsidiariamente que se declarase resuelto el contrato por desistimiento unilateral, no haciendo alusión en ninguna de sus pretensiones con respecto a la nulidad de dicha cláusula contractual.

La hoy recurrente al contestar a la demanda lo que alegó fue que de interpretarse la cláusula contractual en la forma propuesta por la actora 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 el hoy recurrente, es decir, que dicha cláusula otorga una preferencia a la hoy actora para contratar con los clubes de fútbol, pero para el caso de no hacerlo no le impedía a la hoy recurrente contratar dichos derechos audiovisuales con los clubes de fútbol.

Por tanto no instaba la nulidad de la cláusula, sino la interpretación de la misma que queda referida. En consecuencia no tiene cabida en este procedimiento pronunciarse sobre la nulidad de dicha cláusula contractual, ya que es obvio que únicamente cabe resolver las pretensiones oportunamente deducidas, tal y como indica el artículo 218.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y la nulidad de dicha cláusula no ha sido solicitada.

**DUODÉCIMO.-** Llegados a este punto cabe señalar que no existe la incongruencia a la que alude la recurrente. La misma indica que la sentencia recurrida no se pronuncia sobre su alegación relativa a la nulidad de la cláusula quinta.

Como queda indicado en el anterior fundamento, no existió una pretensión de declaración de nulidad, alegándose que dada su posible ilicitud debía acogerse la interpretación que la recurrente ofrecía. Por ello,

cuando la sentencia recurrida indica que la única interpretación viable es la que ofrece la actora, obviamente, de forma tácita pero inequívoca, no acoge la alegación de la recurrente en el sentido de que el contrato debía ser interpretado en la forma por él propuesta.

A este respecto debe tenerse en cuenta, que la doctrina jurisprudencial viene indicando que la obligación de congruencia y motivación de las sentencias no exige una respuesta pormenorizada a todas y cada una de las alegaciones que la parte formula. Pudiendo considerarse el silencio como desestimación tácita de las alegaciones de las partes.

En tal sentido cabe traer a colación la doctrina recogida, por todas, en la STC de 10-07-2000, la cual indica que *"el Tribunal Constitucional ha ido señalando unas pautas generales para determinar en cada caso si la posible falta de respuesta se traduce en una incongruencia vulneradora del art. 24.1 CE . Así, se ha afirmado que dicho precepto no garantiza el derecho a una respuesta pormenorizada a todas y cada una de las cuestiones planteadas, de manera que "si el ajuste es sustancial y se resuelven, aunque sea genéricamente, las pretensiones, no existe incongruencia, pese a que no haya pronunciamiento respecto a las alegaciones concretas no sustanciales [ya que] no cabe hablar de denegación de tutela judicial si el órgano judicial responde a la pretensión principal y resuelve el tema planteado" ( STC 29/1987, de 6 de marzo , FJ 3), pues "sólo la omisión o falta total de respuesta, y no la respuesta genérica y global a la cuestión planteada, entraña una vulneración de la tutela judicial efectiva" ( STC 8/1989, de 23 de enero , FJ 3). E incluso, este Tribunal Constitucional ha ido más allá, al afirmar que el silencio puede constituir una desestimación tácita suficiente, si bien en tales casos es necesario que así pueda deducirse de otros razonamientos de la Sentencia o pueda apreciarse que la respuesta expresa no era necesaria o imprescindible ( SSTC 68/1988, de 30 de marzo, FJ 3 ; 95/1990, de 23 de mayo, FJ 2 ; 91/1995, de 19 de junio, FJ 4 ; 85/1996, de 21 de mayo , FJ 3)."*

En todo caso, y aún de existir incongruencia, será la resolución que se dicte en grado de apelación la que colme la omisión padecida mediante los correspondientes razonamientos y en su caso consecuencias jurídicas, tal y como por otro lado resulta del artículo 465.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil .

**DECIMOTERCERO.-** Por tanto, lo que debe analizarse es la interpretación que cabe dar a la cláusula quinta referida, y analizar la trascendencia que con respecto a ello pueda tener la referida resolución del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia.

A juicio de esta Sala, y tal y como viene a indicar la sentencia recurrida, resulta claro que las partes contratantes a través de la cláusula quinta del contrato pretendían encomendar a la hoy actora la negociación de los derechos audiovisuales de los clubes de fútbol.

Dicha cláusula establece: "corresponde a AVS la adquisición de los derechos de los clubes de fútbol que participen en las competiciones de Liga de fútbol de Primera y Segunda División, distintos de los enunciados en los expositivos 1 y 2 para las temporadas 2006/2007 y sucesivas.

"Corresponde 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 actualmente vigentes y de los contratos que se suscriban en cumplimiento del párrafo anterior de esta cláusula. Como única excepción a lo anterior, en los términos que se recogen en el Anexo I, AVS y MP encomiendan a SGC 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 infieren del presente acuerdo" (folios 76 y 77).

A tenor de dicha cláusula contractual resulta claro que 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.

El hecho de que dicha cláusula, a juicio de la Comisión Nacional de la Competencia, sea contraria a derecho no incide en su interpretación. Por el contrario dicha Comisión precisamente considera que esa es la interpretación que cabe dar a la misma, y sobre tal base la considera contraria a derecho.

El hecho de que una cláusula contractual sea contraria a derecho, no significa que deba ser interpretada de otra manera diferente a la que con claridad resulta de su propio texto.

Cuando el artículo 1284 del Código civil, al que alude el recurrente, indica que ha de realizarse la interpretación de los contratos en la forma más adecuada para que produzca efecto, no autoriza a interpretar las cláusulas contractuales en forma distinta a la voluntad de las partes claramente manifestada en el contrato. No es lo mismo acoger una interpretación susceptible de producir efecto, de entre las diversas interpretaciones que admita la cláusula, que apartarse de lo que el tenor de la cláusula con claridad indica, aplicando una interpretación que no es acorde a la voluntad de las partes manifestada en el contrato.

El artículo 1284 del Cc sólo entra en juego cuando el significado de la cláusula sea equívoco al admitir diversas interpretaciones, pero cuando la cláusula analizada sólo se pueda entender en un único sentido no cabe su aplicación, ya que en tal caso es de aplicar el artículo 1255 del Cc ( STS 28-01-1984 y 12-06-2003 ). Tampoco cabe aplicarlo cuando el sentido y significado pueda determinarse por aplicación de los artículos 1281 y 1282 del Cc ( STS 28-09-1996 ).

El hecho de que la hoy recurrente contratase derechos audiovisuales con diversos clubes de fútbol ya en la primera temporada en la que rigió el contrato, habiéndolos sublicenciado a la hoy actora, no lleva a otra conclusión diferente.

En primer lugar, porque no consta que haya sido una actuación no discutida y admitida y autorizada por las partes como adecuada al cumplimiento del contrato. Si bien en el anexo 11 de la demanda (folios 214 y siguientes) constan las facturas emitidas por la hoy recurrente y dirigidas a la actora para la repercusión de los costes correspondientes a los clubes valencianos y al Sevilla, ya en el burofax de 19 de enero del año 2007 (Anexo 18, folio 261) indicaba la actora que la recurrente había incumplido gravemente varias estipulaciones contractuales y, en particular, la obligación establecida en la estipulación quinta del contrato "al haber firmado **Mediapro** contratos con determinados Clubes, cuando esta facultad se atribuyó exclusivamente a Audiovisual Sport", reservándose las acciones que correspondiesen en defensa de sus derechos (anexo 18, folio 261).

Resulta claro, a tenor de lo indicado, que tal actuación dista de poder ser considerada como un acto o manifestación de la voluntad de las partes en orden a la interpretación del contrato. Por el contrario, se trata de una actuación que suscitó la clara oposición de la hoy actora, y si bien ésta se avino a abonar los costes de adquisición de dichos derechos audiovisuales, no por ello dejó de manifestar su oposición a dicha conducta, y obviamente ante la actuación de la hoy recurrente al adquirir dichos derechos, la actora, si no deseaba ver malogrado el desarrollo del contrato y su resultado económico, había de acceder a dicho pago a la hoy recurrente o al descuento de las cantidades por ésta debidas, sin que por ello quepa entender que aceptaba dicha actuación como dimanante de lo estipulado en el contrato; por el contrario como se indicaba, ya dejó claro en la misiva referida que no aceptaba tal actuación.

Posteriormente, en la carta de 29 de enero de 2007, requería a la hoy recurrente para que notificase las cesiones de derechos de dichos clubes, los cuales, indicaba, "deben estar facturando directamente a **Mediapro**" (folios 265, 266), reiterando el requerimiento para la comunicación de la cesión de derechos en su carta de 9 de febrero de 2007 (folio 270), lo cual revela que si bien había considerado como un incumplimiento contractual la adquisición de dichos derechos por parte de la hoy recurrente, ante la situación creada por la actuación de ésta, se le requería para que procediese cuando menos a su aportación a la actora en los términos establecidos en el contrato.

Evidentemente el artículo 1282 del Código civil, cuando indica que para juzgar la intención de los contratantes se atenderá a los actos coetáneos y posteriores al contrato, se refiere a aquellos actos que no hayan suscitado controversia, y menos aún aquellos que hayan sido considerados por los demás contratantes como incumplimiento contractual. En el presente supuesto, es obvio que la actuación de la hoy recurrente no fue aceptada por la actora como una actuación dimanante de lo pactado en el contrato, sino por el contrario una actuación que transgredía los términos contractuales pactados.

En segundo lugar, por qué siendo tan claras las estipulaciones contractuales, en el sentido de atribuir a la actora la exclusiva con respecto a la facultad de contratar los derechos audiovisuales, en realidad lo que pretende el recurrente no es una mera interpretación del contrato, sino una ejecución del mismo que supondría, de hecho, una novación del mismo, al otorgar al recurrente, o en general a todos los contratantes, la facultad de negociar unos derechos audiovisuales que según el contrato sólo podía ser negociados por la hoy actora. Una cuestión es que el contrato pueda ser interpretado en atención a los actos posteriores de las partes, y otra cuestión diferente es que la clara contravención de sus cláusulas permita entender que se pactó aquello que claramente no lo fue.

Tomando en consideración lo indicado anteriormente en este fundamento, cabe señalar que si bien cabe realizar una interpretación de las cláusulas contractuales en términos que se aparten de la interpretación



que llevaría a su nulidad, ello no cabe cuando el tenor literal del contrato es claro, como acontece en el presente supuesto, y cuando la interpretación alternativa supone modificar lo que las partes dejaron pactado. De entenderse que toda cláusula nula han de ser objeto de la interpretación que evite su nulidad, ello supondría de hecho la inexistencia de contratos nulos, dado que bastaría con dar un contenido alternativo a su texto para evitar las consecuencias de la nulidad, y ello aun cuando tal contenido alternativo fuese claramente distinto o contrario a lo estipulado por las partes.

Por otro lado, el acoger una interpretación que se aparta de lo pactado supone destruir el equilibrio contractual, al establecer derechos y obligaciones diferentes de aquellos que las partes tuvieron en consideración a la hora de fijar el marco jurídico en el que sus relaciones contractuales se desenvolverían.

**DECIMOCUARTO.-** La referida resolución de la Comisión Nacional de la Competencia no puede determinar, a juicio de esta Sala, la declaración de nulidad de la cláusula contractual analizada en este proceso.

- En primer lugar, porque como se indicó anteriormente, la recurrente no ha planteado dicha nulidad. Ha entendido que dado que la cláusula sería nula de ser interpretada tal y como proponía la demandante, sólo cabía la interpretación alternativa que la misma recurrente daba. Como queda indicado la interpretación que cabe dar a la cláusula es la que ofrecía la parte demandante.

- En segundo lugar, y en conexión con lo indicado, no puede entenderse que lo acordado en dicha resolución resuelva una cuestión que haya sido oportunamente en el presente proceso. La recurrente no planteó que si la cláusula contractual era interpretada en la forma propuesta por la demandante, habría de declararse la nulidad de la misma y las consecuencias a ello inherentes. Como se indicaba, únicamente señalaba que dado que la interpretación de la actora era contraria a derecho, debía ser interpretada en la forma por ella propuesta.

Cabe añadir que el hecho de que la nulidad no haya sido debidamente planteada en este litigio no es un mero formulismo. Del debido planteamiento de las cuestiones en los procesos depende directamente el derecho de defensa de las partes consagrado en el artículo 24 de la Constitución. Las cuestiones que no han sido debidamente planteadas no pueden ser objeto de pleno debate, ni de prueba, y por ello vulneran el derecho de defensa, y por tal motivo el artículo 218.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil impide resolver cuestiones que no ha sido debidamente planteadas.

- 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 (Ver 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 Comisión Nacional de Competencia, 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. Si bien, cabe insistir, la nulidad de la cláusula no ha sido objeto del presente proceso ya que no se ha solicitado.

- En cuarto lugar, la recurrente, si bien solicita en un apartado de su recurso que esta Sala declare la nulidad de la cláusula en consonancia con lo acordado por la Comisión Nacional de Competencia, en realidad lo que plantea en el recurso es lo mismo que planteó en la instancia, es decir que, dada la nulidad de la cláusula referida, debe acogerse su interpretación de la cláusula, la cual estima que no es contraria a la libre competencia.

Señala la recurrente a este efecto que si se entiende la cláusula contractual en el sentido de que si la actora no quería o no podía adquirir los derechos de los clubes de fútbol, podía hacerlo la recurrente en su nombre, siempre que los sublicenciara a la actora a precio de coste a fin de que pudiera seguirse cumpliendo el modelo de explotación (folio 10.972), ello supondría una interpretación del contrato acorde con la normativa que regula la Competencia.

Aparte de reiterar que, como se indicaba, el hecho de que una cláusula contractual pueda ser contraria a derecho no significa que deba acogerse otra interpretación alternativa de la misma, cabe señalar a este respecto que tampoco queda claro que la propuesta que realiza la recurrente sea acorde a derecho.

La resolución de la Comisión Nacional de la Competencia indica, frente a la alegación de la hoy actora y de Sogecable, de que carece de sentido que quienes se han comprometido a poner en común los derechos compitan entre sí, y que la cláusula no impide a la hoy recurrente adquirir derechos, siempre que los ponga en común en la entidad actora, indica: "El Consejo, por el contrario, considera que sí lo tiene [sentido] y que esa -la competencia por los derechos- es la lógica de los mercados. Primero se compite por la adquisición de los derechos, y luego, si existen eficiencias que compensen la restricción, es admisible que adquirentes con



intereses en los mercados de explotación los pongan en común respetando una serie de condiciones. Que exista un claro incentivo a la puesta en común no es igual a hacer contractualmente obligatoria, para el futuro, una determinada puesta en común que implica un determinado modelo de explotación" (Folio 11.085).

Indica posteriormente que afirma Sogecable que las partes pueden adquirir derechos por su cuenta si luego los vierten en la hoy actora, señalando este respecto la Comisión: "Aún que así fuese, resulta evidente que **Mediapro** y TV Cataluña estarían renunciando a su explotación al margen de AVS, lo que lleva al Consejo a concluir que, incluso admitiendo esta lectura, la cláusula transcrita es objetivamente apta para eliminar todo incentivo a seguir compitiendo en el mercado de adquisición" (folio 11.085).

Por tanto, la referida resolución pone el acento a la hora de calibrar la restricción a la libre competencia, no tanto en el procedimiento de adquisición de los derechos, como en el hecho de que éstos necesaria y forzosamente hayan de ser aportados a la actora, -y cabe entender, con arreglo al apartado 3º de la parte dispositiva de la resolución que cuando la aportación vaya más allá de tres temporadas (folio 11.088, pag.86 del Acuerdo)- por lo cual la alternativa que ofrece la recurrente, que asume su obligación de aportar dichos derechos, si bien como sublicenciataria y a precio de coste, es cuando menos dudoso que no pudiera ser igualmente considerada como transgresora de la libre competencia; en todo caso no se desprende de dicha resolución que tal alternativa en concreto haya sido planteada y admitida como válida. No obstante, dicho sea lo indicado a mayor abundamiento, ya que, como se indicaba, resulta claro que lo pactado fue que la hoy actora adquiriese los derechos audiovisuales, reservando por ello a la actora la facultad adquirir los derechos audiovisuales al precio que resultase de sus propias negociaciones.

**DECIMOQUINTO.-** Cabe añadir que no puede desconocerse que dicha cláusula ha sido expresamente aceptada por la recurrente, y sobre tal base las partes han establecido las condiciones económicas y demás estipulaciones del contrato, por tanto, no resulta acorde a la buen fe contractual ( artículo 1258 del Cc ) suscribir un contrato entregando claramente a la actora la negociación y renovación de los derechos audiovisuales de los clubes, y ampararse en la nulidad que tal cláusula pueda entrañar para, en vez de solicitar la inmediata declaración de ineficacia de la cláusula y del contrato, hacer uso del contrato en lo que se estima positivo, pero dando a la cláusula controvertida una interpretación que se aparta de lo estipulado por las partes.

Debe tenerse en cuenta que tanto la recurrente como los demás firmantes del contrato crearon y suscribieron tal pacto contractual. No puede aducir la recurrente que es un pacto que le es ajeno y que no dependía de su voluntad asumir sus claras consecuencias.

Por otro lado, indica la recurrente que ofreció a la actora el mantenimiento del que denomina "status quo", y que por ello el ejercicio de la excepción de contrato incumplido carece de sustento, dado que se le ofrecía a la actora una solución satisfactoria para sus intereses.

Tal ofrecimiento no puede entenderse como apto para considerar que el recurrente sea avenía a cumplir el contrato, ni tampoco ofrecía a la hoy actora una solución satisfactoria para sus intereses.

En la carta de 5 de julio de 2007 (documento 41 de la contestación, folio 1838 y siguientes), se ofrecía mantener la situación actual de explotación, si bien, tal y como queda indicado, la hoy el recurrente entendía, en contra de lo pactado, que podía adquirir derechos audiovisuales al margen de la actora, e igualmente entendía -y así por lo demás lo mantiene en el recurso (folio 10.995)- que no debía aportar los contratos suscritos con los Clubes con los que contrataba ni debía notificar la cesión de derechos, lo cual igualmente, como se indicará posteriormente, constituía un incumplimiento de lo pactado en el contrato.

Por otro lado, en dicha misiva se indicaba que el acuerdo provisional que se proponía, y que por ello suponía persistir en los incumplimientos referidos, no suponía desistimiento por su parte a la resolución contractual que pretendía hacer efectiva de forma inmediata, si bien como se verá posteriormente, tal planteamiento en tal momento era inadecuado e inoportuno.

La carta de 31 de julio 2007 (documento 53 de la contestación, folio 1892 y siguientes), se pronunciaba en similares términos a la de cinco de julio, pudiéndose considerar como una continuación a la misma, ofreciendo el mantenimiento del "status quo fáctico", ofreciendo las condiciones económicas para la subsistencia de diversos clubes de fútbol para la temporada 2007/2008 y el importe a pagar como mayor coste de la temporada 2007/2008 del Fútbol Club Barcelona (folio 1895), si bien estableciendo que dichas cantidades serían prorrateadas en su caso en atención a la fecha de resolución contractual en primera instancia (folio 1893).

Por tanto, a través de tales comunicaciones la hoy recurrente no se avenía a cumplir el contrato, por el contrario, se desprende de las mismas, proponía mantener la situación de incumplimiento contractual en

la que había incurrido, y además condicionando dicho acuerdo a una resolución contractual inmediata, o cuando menos con efectos en la temporada 2007/2008, lo cual, como se indicará posteriormente, suponía el ofrecimiento de una resolución en momento inadecuado.

Por todo ello, tales ofrecimientos por parte de la hoy recurrente, ni obstan a la aplicación de la excepción de contrato incumplido realizada por la actora, ni llevan a considerar que haya existido una propuesta necesariamente aceptable por la parte actora.

**DECIMOSEXTO.-** El recurrente alega que no ha incumplido sus obligaciones de pago, entendiendo que es errónea la resolución recurrida que le condena al pago de 62.191.216,50 #.

Dicha cantidad implica la condena al pago de 28.169.691,34 # más IVA por facturas impagadas de la temporada 2006/2007, así como 28.836.923,45 # correspondientes al primero de los pagos de la temporada 2007/2008.

**DECIMOSÉPTIMO.-** Señala el recurrente que no procede el pago de 28.169.691,34 # más IVA, ya que deben descontarse las cantidades que reconoció la reconvénida debían serlo, 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 Club de Fútbol Barcelona.

Se analizarán a continuación tales alegaciones.

**DECIMOCTAVO.-** La recurrente indica que al contestar a la demanda alegó la compensación de diversas cantidades, y al contestar a la reconvención la actora aceptó la compensación de 4.556.574,46 #, más IVA, si bien imputándolas a la temporada 2007/2008 y descontándolas de los 30 millones # correspondientes a la primera factura de la temporada 2007/2008, tal y como ha hecho igualmente la sentencia, si bien es incorrecta dicha compensación, ya que en esa temporada nada había que compensar, dado que la reconvénida no llegó a entregar la señal audiovisual. Por ello entiende que debieron de compensarse con respecto a las cantidades reclamadas para la temporada 2006/2007.

La suma total de lo adeudado por la recurrente se obtiene detrayendo de lo adeudado las cantidades que la actora reconoce deben ser compensadas -a las que habrá que añadir las compensaciones que se recogen en esta resolución-, y por ello, y con independencia de que se imputen a uno u otro periodo, el resultado final será el mismo, es decir la deuda que el recurrente debe abonar.

Únicamente tendría relevancia la alegación si hubieran prosperado otras cuestiones planteadas en el recurso y a través de las cuales el recurrente pretende acreditar que en la temporada 2006/2007 no sólo no debía nada, sino que incluso era acreedor, argumentando sobre tal base que no ha incurrido en incumplimiento por impago. No obstante, como se verá a continuación, y pese a la detracción de las partidas correspondientes a la factura por servicios de asesoramiento y al coste de la producción de un partido de fútbol, el recurrente continuaba siendo deudor de la actora.

Por ello, y con independencia de que dichas cantidades deban imputarse al periodo 2006/2007, ello no altera el sentido del fallo en tal aspecto, toda vez que, se impute a una u otra temporada, la recurrente era deudora de la actora y por ello incurrió en incumplimiento contractual, y a la hora de determinar la cuantía total de lo debido ya se habrá tenido en cuenta la deducción de la cantidad compensada, con independencia igualmente de que se atribuya a una u otra temporada.

**DECIMONOVENO.-** Con respecto a los 5 millones # que abonó la recurrente a la Real Sociedad, alega que la sentencia no los descuenta por entender que no existía pacto al respecto, cuando dicho pacto sí existe en el párrafo sexto de la cláusula sexta del contrato, que indicaba que se compensarían los pagos previstos por las cantidades anticipadas a los clubes que se detallaban en el anexo I.

El contrato objeto de autos, en el párrafo segundo de su cláusula segunda, indicaba que la hoy recurrente cedía a la actora los derechos audiovisuales que se relacionaban en el expositivo 2 (folio 73), entre los cuales se cita a la Real Sociedad Club de Fútbol (folio 71), estableciendo el inciso final del citado párrafo segundo, así como el párrafo tercero:

"El coste para AVS de los derechos cedidos es el que se relaciona igualmente en el Anexo I".

"MP se compromete a satisfacer a los Clubes relacionados en el expositivo 2 y cuyos derechos se cede 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 a AVS por las cantidades que se dieran del valor que las partes asignan a este Acuerdo".

En el Anexo I, al referirse a la Real Sociedad se indica: "AVS y MP manifiestan que la fecha del presente acuerdo han suscrito contratos con este club, y que acordarán la mejor fórmula para su explotación".

Por tanto, se desprende de dichas cláusulas contractuales que la actora asumía únicamente el pago de las cantidades que se establecían en el Anexo I, sin que se estableciese el pago de cantidad alguna con respecto al citado club de fútbol.

El hecho de que en la cláusula sexta, párrafo sexto, al que se refiere el recurrente, se indique que la recurrente "compensará con los pagos previstos en el párrafo anterior, las cantidades anticipadas a los Clubes que se detallan en el Anexo I del presente contrato, salvo el anticipo al FC Barcelona, que MP y AVS acordaran su financiación", no lleva a la conclusión de que la actora haya de asumir el pago de los 5 millones #, dado que tal cláusula se remite igualmente al Anexo I, en el que no figura anotado o especificado ningún anticipo a cuenta de la adquisición de los derechos del citado Club.

Si bien lo indicado ya llevaría a desestimar tal alegación, cabe añadir que se desprende de los contratos suscritos por la hoy recurrente con el citado Club de Fútbol que el referido Club tenía suscrita opción de compra con Sogecable para la retransmisión de las temporadas 2006/2007 y 2007/2008 (folio 92), si bien suscribió contrato con la hoy recurrente por considerar que dicho acuerdo era nulo. En consecuencia con ello se excluían los derechos de los años 2006/2007 y 2007/2008, estableciendo que la hoy recurrente se comprometía a realizar sus mejores esfuerzos para que Sogecable desistiese del ejercicio de las opciones de compra en orden a la explotación de los derechos audiovisuales de los referidos años, y ello con el fin de que fuese la hoy recurrente quien pudiera explotar los mismos a partir de la temporada 2006/2007 (folios 110, 111 y 114). Por otra parte, consta que el 7 de junio de 2006 Sogecable había manifestado su voluntad de ejercitar las opciones de compra sobre los derechos audiovisuales de dicho club de fútbol para las temporadas 2006/2007 y 2007/2008 (folio 88). Lo indicado, a juicio de esta Sala, incide en la conclusión de que, dada la indeterminación del ámbito y contenido de los derechos adquiridos por la recurrente, -y además se desprende que en conflicto con uno de los socios de la actora, como era Sogecable-, las partes no tuvieron voluntad de incluir dentro de los anticipos que la actora debía reintegrar, los pagos que la recurrente hubiera podido realizar al objeto de ejercitar su derecho de opción de compra sobre los derechos de dicho club. De ser así, no se hubiesen limitado a señalar que buscaría un acuerdo para la mejor explotación de dichos derechos, sino que se hubiese especificado en el anexo I que en todo caso, y con independencia de ello, la actora debía asumir el coste del ejercicio del derecho de opción.

**VIGÉSIMO.-** Igualmente entiende la recurrente que deben ser descontadas facturas en concepto de asesoramiento, derivadas del contrato de 21 de junio de 2001. Ambas facturas ascendían a 49.583,49 #, denegando la sentencia recurrida su compensación, ya que son de 1 de abril de 2006 y el contrato quedó resuelto el 16 de marzo de ese año, si bien, indica la recurrente, se trata de servicios prestados antes de la resolución contractual.

La recurrente reconoce que el contrato de asesoramiento quedó resuelto el 16 de marzo de 2006, y que las facturas están fechadas el 1 de abril de 2006, si bien señala que a tenor de lo indicado en el propio contrato las retribuciones fijas se pagarían por mensualidades vencidas, y que la retribución de carácter variable se pagaría en plazo de 30 días desde el momento en que la actora hubiese cobrado los ingresos que generan dichos importes variables.

Las referidas facturas, aportadas como documentos 119 y 120 de la contestación a la demanda (folios 2221 y siguientes), indican que se trata de servicios de gestión y asesoramiento prestados durante marzo de 2006. Según el contrato aportado como documento 4 de la contestación, el importe fijo a abonar ascendía a 2 millones Ptas mensuales, es decir 12.020 #, mientras que el importe variable dependía del resultado de las ventas y gestión de los derechos televisivos (folio 1512).

El importe debido por retribución variable no puede ser objeto de compensación. No se desprende de la factura aportada a tal efecto (documento 119), ni de lo actuado, que los 37.563,25 # provengan en su totalidad de ventas o gestión de derechos realizados antes del 16 de marzo, no constando por ello que el importe que se reclama sea líquido ni exigible, tal y como exige el artículo 1196.3º y 4º del Código civil para proceder a la compensación, y si bien la doctrina jurisprudencial permite la compensación judicial cuando, pese a faltar alguno de los requisitos, éste se obtiene durante la tramitación del proceso ( STS 27- 12-1995 Y 17-07-2002 , entre otras), no acontece así en el presente supuesto, dado que la exigibilidad de la deuda analizada vendrá dada por el hecho de que se trate de gestiones realizadas antes de la fecha de resolución del contrato, y su importe líquido, para el caso de que sea exigible por contemplar gestiones o derechos devengados con anterioridad a la fecha de resolución, precisaría la correspondiente determinación de cuáles de dichas ventas



o gestiones se realizaron antes de la fecha de resolución contractual. Ni exigibilidad ni liquidez en los términos referidos quedan debidamente acreditados, por lo cual no procede la compensación de dicha cantidad.

**VIGESIMOPRIMERO.-** Diferente es la consideración con respecto al importe fijo. Por tal concepto se reclama la cantidad de 12.020,24 #, más el 16% de IVA (folio 2223), lo cual coincide con el importe correspondiente a una mensualidad completa.

Dicha retribución ha de ser considerada como frutos civiles, y que por ello se entienden percibidos por días, tal y como indica el artículo 451 del Código civil, ya que si bien el artículo 355 del Código civil establece como frutos civiles el alquiler de los edificios o el arrendamiento de tierras y el importe de la rentas perpetuas, vitalicias u otras análogas, cabe entender que dicha enumeración no es exhaustiva ( Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de marzo de 1965 ), habiéndose ampliado jurisprudencialmente el ámbito de aplicación de dicho precepto a los intereses, así como a la rentas de los edificios ( Sentencias del Tribunal Supremo de 12 de diciembre de 1908, 28 de octubre de 1952 y 21 de abril de 1987 ).

A juicio de esta Sala cabe considerar como frutos civiles el precio de un arrendamiento de servicios, como es el contrato del que dimanen dichos honorarios.

A igual conclusión se llega si se tiene en cuenta que para determinar el importe debido bastará hacer el correspondiente prorrateo, dado que precisamente por su carácter fijo se trata de honorarios que cabe entender son susceptibles de ser evaluados por días, aun cuando en el contrato se establezca el importe global por años y meses. Resultaría contrario a la lógica ( artículo 218.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil ) considerar ilíquida una deuda cuyo importe puede determinarse cabalmente con una simple operación matemática, y cuyos datos, a juicio de esta Sala, resultan claros.

En consecuencia con ello, si a 30 días corresponden 12.020 #, cada día supondrá una retribución de 400,66 #, que multiplicados por los 16 días suponen un importe de 6.410 #, más el 16% de IVA, que procede descontar de la cantidad debida a la actora.

**VIGESIMOSEGUNDO.-** También considera que debe descontarse la factura por 43.597,74 # correspondiente a la producción de partidos, habiendo alegado la actora sin probarlo, indica la recurrente, que no procedía su compensación dado que se trataba de un partido que produjo Canal +. La sentencia recurrida, indica el recurso, la incluye erróneamente dentro de la lista de las facturas admitidas como compensables por la actora, si bien no descuenta su importe.

La referida factura, con nº 2007/1871 (folio 2219) recoge como concepto partidos de pago por visión producidos por TV3 en junio de 2007, concretando que se tratan del Fútbol Club Barcelona-Espanyol el día 9 de junio de 2007, y por importe de 24.217,04 # y Espanyol-Deportivo el día 17 de junio de 2007, por importe de 13.367,22 #, en ambos casos sin IVA.

En su contestación a la reconvenición, la actora-reconvenida aportó como anexo 1 (folios 3317 y siguientes) documental consistente en el correo electrónico remitido a la hoy recurrente en el que se indicaba, con respecto a la factura 2007/1871, que la misma se refería al partido Barcelona-Espanyol del nueve de junio, lo cual no era correcto, dado que se trataba de un partido de Canal plus, aportando impresión en papel de la página de la Liga de Fútbol Profesional y Deia.com, en los que se hace constar que el referido partido se retrasmitiría el nueve de junio por Canal plus.

La actora, al oponerse al recurso, indica que el acuerdo suscrito con la demandada respecto a la producción para televisión de partidos (al que las partes denominan "side letter"), se refiere únicamente a los partidos que se emitían en sistema de pago por visión, siendo así que Canal plus emitía en el sistema de acceso restringido, pero no de pago por visión.

Procede acoger el recurso en lo que se refiere a los gastos de producción del partido Espanyol-Deportivo, dado que el correo electrónico en el que se objeta el pago de la factura 2007/1871, únicamente hace referencia al partido Barcelona-Espanyol, no haciendo referencia al otro partido referido. El listado de partidos emitido por la actora, y que se adjunta a dicho correo, igualmente no hace referencia ni alusión a dicho partido, ni a su modalidad de emisión.

En consecuencia, con respecto a los gastos de producción del partido Espanyol-Deportivo, no ha existido objeción por parte de la actora-reconvenida en la comunicación referida, en la que únicamente objetaba la procedencia del pago del otro concepto recogido en la factura, lo cual obviamente es un dato que lleva a inferir racionalmente ( artículo 386 de la Ley de Enjuiciamiento Civil ) que se aceptaba de forma



implícita pero clara la procedencia del pago del otro concepto que integraba dicha factura, es decir el partido Espanyol-Deportivo.

Por tanto procede descontar del importe reclamado por la actora la cantidad de 13.367,22 €, más el IVA del 16%.

**VIGESIMOTERCERO.-** No procede compensar el importe correspondiente al partido Barcelona-Espanyol.

Al recurrente, que pretende la compensación del importe de la producción de dicho partido, le corresponde la carga de acreditar la existencia de la deuda cuya compensación reclama por aplicación del artículo 217.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. No sólo no consta suficientemente acreditado que el referido partido haya sido producido por la recurrente, por el contrario, se desprende de lo actuado que el partido referido no fue emitido en sistema de pago por visión.

Efectivamente, el documento 7 de la contestación ("side letter"), establece que la hoy recurrente produciría para televisión los partidos que se emitiesen en sistema de pago por visión (folio 1542).

La Sra. Lina, asesora jurídica de Digital plus, que edita Canal plus (2:57:50, 1ª sesión), indicó al declarar en el acto de juicio que hasta la temporada 2008/2009, Canal plus tenía suscritos dos tipos de contrato, uno por la explotación de un partido en exclusiva y otro por la cesión de emisión en modalidad de pago por visión (2:58:10, 1ª sesión). Es decir, se trataba de un partido a emitir mediante la modalidad de acceso restringido al canal de suscripción, y otro u otros partidos en la modalidad de pago por visión. A juicio de esta Sala no existe motivo para dudar de la veracidad de tales afirmaciones.

Se aportó con la contestación a la reconvencción correo electrónico en el que se cuestiona la procedencia del pago de los derechos de producción del partido analizado, estando fechado dicho correo el 11 de septiembre de 2007, y haciéndose alusión a las conversaciones previas mantenidas. La factura está fechada el 10 de agosto de ese mismo año. En consecuencia poco tiempo después de la emisión de la factura, la hoy actora ya cuestionó la procedencia del pago de la referida factura.

La impresión de la página Web de la liga de fútbol profesional (folio 3319), por su parte, tras indicar que "el sábado 9 de junio a las 21:00 horas se podrá ver televisado el partido Zaragoza-Real Madrid a través de LaSexta, TV 3 y Canal 9, y el derbi de la "ciudad condal" Barcelona-Espanyol será televisado por Canal+. Los partidos Mallorca-Sevilla, Atlético de Madrid-Celta, Betis- Osasuna, Real Sociedad-Racing, Levante-Valencia y Villarreal-Athletic se podrán seguir a través de la modalidad de pago por visión igualmente a las 21:00 horas del sábado día nueve de junio" (folio 3319).

Por tanto, de dicha página Web se desprende con claridad, a juicio de esta Sala, que el partido que analizamos era emitido por Canal+, pero no en modalidad de pago por visión.

En consecuencia con todo lo indicado, no procede acoger la pretensión de compensación del importe de los gastos de producción del referido partido de fútbol.

**VIGESIMOCUARTO.-** Los 31 millones € abonados al Fútbol Club Barcelona considera el recurrente que deben ser igualmente descontados. Se pactó en el contrato que dicha cantidad sería abonada a la recurrente, una vez llegase a un acuerdo con la actora-reconvenida sobre la financiación de dicha cantidad. La actora, continúa indicando la recurrente, conocedora de su obligación de pago consignó dicha cantidad, pero supeditando su entrega a condiciones que la recurrente considera inaceptables. La sentencia recurrida incurre en error, indica la recurrente, ya que confunde dicha cantidad con los 30 millones € correspondientes a la primera factura de la temporada 2006/2007.

Ciertamente, pese al profundo y minucioso estudio que de la cuestión litigiosa y de lo actuado en el proceso revela la sentencia recurrida, existe una confusión en la sentencia de instancia con respecto a este concepto. Indica en el fundamento vigésimo que por tal concepto la actora no reclamaba (folio 10.628) y en el fundamento vigésimo primero indica que la Sra. Perito descuenta 30 millones € de la cesión de derechos del Club de Fútbol Barcelona, cuando en realidad se refiere dicho descuento al primer pago de la temporada 2007/2008.

Si bien, como indica la actora, no incide dicho error a la hora de fijar el importe que la juzgadora de instancia estima debido, ya que acoge ésta la totalidad de las cantidades solicitadas por la actora, por lo cual tal apreciación errónea no le lleva a incurrir en error al fijar erróneamente el importe que estima la juzgadora de instancia es debido, no obstante, debe analizarse en esta alzada ( artículo 465.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil ) si la hoy recurrente tiene derecho a reclamar a la actora-reconvenida la compensación de dicha cantidad,

dado que la referida errónea apreciación lo que sí determina es la existencia de argumentos que no se adecuan a la cuestión planteada.

**VIGESIMOQUINTO.-** La demandante indicaba a este respecto en su demanda, que en el contrato se establecía que la forma de pago de dichas cantidades quedaba pendiente de establecer, y con respecto al anticipo de 20 millones #, quedaba pendiente de alcanzar un acuerdo sobre su financiación, aparte de determinar la forma de pago, requiriéndose para la efectividad de lo convenido que la demandada notificase al Club de Fútbol la cesión de derechos a favor de la actora. No habiéndose alcanzado acuerdo alguno, ni habiendo aportado la demandada el contrato suscrito con el referido Club de Fútbol, y existiendo constancia de la cesión del contrato, entendía que no debía proceder al pago de dichas cantidades.

La demandada indica a este respecto que no tenía porqué notificar al Club de Fútbol Barcelona la cesión de sus derechos, dado que se trataba de una cesión parcial y no de una cesión de contrato, no resultando necesaria dicha comunicación para que la cesión tuviera efectos entre cedente (demandada) y cesionario (actora), argumentando igualmente que como había adquirido los derechos únicamente a partir de la temporada 2008/2009, únicamente podía hacerlo a partir de dicha temporada, momento en el cual comunicarían la cesión.

**VIGESIMOSEXTO.-** Se desprende de lo actuado:

- En el contrato 24 de julio de 2006 se indica que la actora era titular de los derechos audiovisuales de, entre otros, el Fútbol Club Barcelona para las temporadas 2006/2007 y 2007/2008 (folio 70).

- Se indica igualmente que la recurrente era titular de los derechos del citado Club de Fútbol para las temporadas 2008/2009 a **2012**/2013 (folio 71).

- En el Anexo I del contrato, y en lo que se refiere al Fútbol Club Barcelona, en consonancia con lo indicado se establecen las condiciones económicas de la explotación de los derechos que sobre dicho club, asignando a la actora las temporadas 2006/2007 y 2007/2008 y a la recurrente las restantes hasta **2012**/2013.

- Igualmente se recoge en dicho Anexo que de esas cinco temporadas que correspondían a la hoy recurrente, se habían anticipado 20 millones # por parte de ésta, señalando que en relación con ese anticipo, la hoy actora y demandada "acordarán su financiación", y con respecto a la forma de pago se establecía que quedaba "pendiente de establecer" (folio 82).

- En la cláusula sexta del contrato, al prever que la hoy recurrente compensaría de los pagos que tenía que realizar de las cantidades anticipadas a los Clubes que se detallaban en el Anexo I, indicaba "salvo el anticipo al FC Barcelona, que MP y AVS acordarán su financiación" (folio 78).

- La cifra de 31 millones # a la que aluden las partes engloba los referidos 20 millones # de anticipo, así como 11 millones # que correspondían al mayor precio que la hoy recurrente decía haber pagado al Fútbol Club Barcelona por la temporada 2006/ 2007. Así resulta de la demanda (folios 31) y de la comunicación dirigida por la actora el 26 de abril de 2007 (documento 15 de la demanda, folios 244 y siguientes).

**VIGESIMOSÉPTIMO.-** La comunicación al Club de Fútbol Barcelona de la cesión de los derechos a favor de la actora, era claramente un requisito que la hoy actora podía esgrimir frente a la demandada como condicionante para el pago de las cantidades referidas.

Si bien es cierto que entre cedente y cesionario se produce la cesión sin necesidad de comunicar al cedido la misma, no obstante, para la operatividad y efectividad de la cesión, es decir para el recto cumplimiento de las obligaciones que dimanen de la cesión acordada, es preciso obviamente que el cedido tenga conocimiento de dicha cesión, dado que, como indica el artículo 1527 del Código civil, si el deudor, es decir el cedido, paga al cedente antes de tener conocimiento de la cesión, queda liberado de su obligación.

De no tener noticia el cedido de la cesión, podrá continuar considerando legítimamente al cedente como acreedor, y en consecuencia quedará liberado de sus obligaciones cumpliéndolas en favor del cedente.

Por tanto, la notificación de la cesión si bien no es un requisito constitutivo de la misma, sí es un acto necesario para el cumplimiento de las obligaciones entre cedente y cesionario que surgen a consecuencia de dicha cesión.

Por tal motivo, la doctrina del Tribunal Supremo ha señalado que, si bien la cesión de créditos no precisa de consentimiento del cedido, sí debe conocerla para evitar que pague al cedente y quede liberado de la obligación ( Sentencias del Tribunal Supremo de 9 de julio de 1993, 21 de marzo de 2002, 19 de febrero de 2004 y 11 de julio de 2005, entre otras).

Por tanto, si bien no se podrá aducir la falta de notificación de la cesión como causa que determine la no perfección del contrato, si podrá esgrimirse esta como motivo de incumplimiento del contrato de cesión, puesto que obviamente si para la correcta y plena efectividad de la cesión se precisa el conocimiento del deudor, si la cesión no se comunica el cedido no quedará obligado a realizar su prestación a favor del cesionario, es decir del nuevo titular, de tal manera que se frustra la finalidad del contrato de cesión.

En el presente supuesto, las partes del contrato aportaban sendos derechos de retransmisión de partidos de fútbol, relativos a los distintos clubes de fútbol con los que habían contratado la explotación de dichos derechos.

Al aportar a la entidad actora dichos derechos, obviamente cedían a la misma la titularidad activa que de ellos dimanaba, y por tal motivo era ésta la que resultaba nuevo titular de dichos derechos.

Por tanto, el hecho de que la hoy recurrente no comunicase al Club de Fútbol Barcelona que había aportado a la actora los derechos contratados con dicho club de fútbol, por un lado permitía al referido club de fútbol continuar considerando como titular de los derechos a la recurrente, cuando ésta los había aportado a la actora, de tal manera que la posible operatividad de dichos derechos de los que era titular la demandante quedaba frustrada ante la inexistencia de un acto por parte de la recurrente que le indicase al Club de Fútbol Barcelona que reconocía como titular de los derechos a la hoy demandante.

Cualquier tipo de gestión relativa a los derechos audiovisuales de dicho club de fútbol, que la recurrente aportó a la entidad actora, quedaba cuestionada y supeditada a la comunicación de la cesión por quien indudablemente tiene capacidad para determinar mediante su voluntad que la cesión se ha realizado, y que no es otro que el recurrente, que con respecto a dicho club de fútbol era el cedente.

Pero además en el presente supuesto, a juicio de esta Sala, dicha notificación tenía un valor añadido al que supone que el cedido conozca la cesión y en consecuencia haya de cumplir sus prestaciones frente al cesionario. Precisamente por tratarse de derechos relativos a temporadas posteriores, mediante la comunicación de la cesión quedaba claro ante el citado Club de Fútbol que por virtud del contrato suscrito entre las partes, los derechos de retransmisión de los partidos a partir de la liga 2008/2009 pasaban a ser, con voluntad y consentimiento pleno del demandado, de la entidad actora.

Es decir era un acto de ejecución del contrato encaminado a dejar clara constancia frente a terceros (en este caso el Club de Fútbol Barcelona) de que la cesión que se deduce del contrato de 24 de julio de 2006 era aceptada por el demandado, en el sentido de significar su inmediata aportación a la entidad actora.

Debe tenerse en cuenta que si bien la interpretación del contrato lleva a concluir que efectivamente existía dicha aportación, nos encontramos ante un contrato que por la complejidad de las relaciones y pactos suscritos entre las partes, obliga a inferir la cesión de derechos que implica de la lectura e interpretación de sus cláusulas. Una cuestión es que en sede judicial, y que a la vista del contrato y todas las actuaciones inherentes al proceso, se llegue a la conclusión de cuál es el contenido y sentido del contrato, y otra cuestión es que con la simple exhibición del mismo un tercero pueda dar por cierto e incontestable el que dicho contrato suponga la cesión de los derechos a que nos referíamos. Tales legítimas y fundadas dudas desaparecen desde el momento en que el anterior titular del derecho manifiesta expresamente que ha realizado la cesión del mismo.

**VIGESIMOCTAVO.-** Por tanto, y dado que la hoy recurrente no había cumplido un requisito que era inherente a la cesión de derechos e implicaba su aportación a la entidad actora, y que como queda indicado supeditaba la efectividad y operatividad del contrato en lo que se refería a los derechos de dicho club de fútbol, frustrando con ello las legítimas aspiraciones de la otra parte contratante, ésta no actuó de forma contraria a derecho al negarse a abonar las cantidades reseñadas, dado que únicamente quien cumple o está dispuesta a cumplir puede exigir el cumplimiento de las recíprocas obligaciones ( STS 08-07-1998 , 29-07-1999 , 11-05-1999 , 28-04-1999 , 17-07-1995 entre otras).

Cierto es que en el contrato se supeditaba al acuerdo con respecto a la forma de financiación la devolución de los 20 millones €, e igualmente la forma de pago quedaba por precisar, y que la hoy actora condicionó la entrega de las cantidades, aparte de a las notificaciones anteriormente aludidas, al acuerdo sobre tales cuestiones.

No obstante, aparte de que no se desprende de lo actuado que existió una voluntad clara por parte de la hoy recurrente de proceder a negociar tales aspectos, en todo caso, en el contrato quedaba claramente establecida la cesión de derechos audiovisuales, sin condicionante ni cortapisa alguna, y la efectividad de la transmisión de dichos derechos, como se indicaba, quedaba frustrada por la ausencia de comunicación por parte del hoy recurrente.

Por ello, desde el momento en que la cesión de los derechos audiovisuales había quedado pactada en el contrato, y sin sujeción a condicionante alguno, la primera premisa que debía cumplir el hoy recurrente para poder invocar la fijación y cumplimiento del plazo con arreglo al artículo 1128 del Código civil, y la consiguiente exigibilidad de dicha deuda, era el cumplimiento de las obligaciones que de forma incondicional e inmediata había adquirido por consecuencia del contrato objeto de autos.

Si a lo indicado se añade que la recurrente, como se indicará, igualmente había incurrido en incumplimiento al no notificar a los otros clubes, cuyos derechos cedió a la actora, dichas cesiones, así como por la adquisición de derechos audiovisuales al margen de la actora, todo ello incide en la conclusión de que, habiendo incumplido el contrato, no podía reclamar a la contraria el cumplimiento de dicho contrato.

**VIGESIMONOVENO.-** Si bien lo indicado ya llevaría a desestimar tal aspecto del recurso, cabe añadir que se desprende de lo actuado que la actora asumía por virtud del contrato objeto de autos la condición de deudora del Club de Fútbol Barcelona en lo relativo al sobrecoste o sobreprecio de los derechos. A dicho concepto obedecen los 11 millones # que se añaden a los 20 millones # anticipados.

Efectivamente, del acta de consignación notarial se desprende que con respecto a dicha cantidad, la hoy actora no la daba por efectivamente abonada al Club de Fútbol Barcelona, entendiendo que la entregaba para que se saldase la correspondiente deuda contraída con dicho Club (apartados c) y f), folio 250 y vuelto). No alega la demandada al contestar la demanda que se tratase de cantidades ya abonadas, ni cuestiona que se tratase de cantidades que se debían abonar a dicho Club.

Pues bien, suponiendo ello una modificación de la persona del deudor, ya que pasaba a serlo la actora con respecto al sobrecoste, para que tal novación por cambio de deudor quedase debidamente perfeccionada sí era precisa no sólo la notificación al acreedor, que en ese caso y por tal cantidad era el Club de Fútbol Barcelona, también era precisa su aceptación, tal y como resulta del artículo 1205 del Código civil.

Cierto es que el pago lo puede realizar cualquier persona ( artículo 1158 del Código civil ), pero para que la hoy actora asumiese legalmente la condición de deudora por los posibles sobre costes, era necesaria la notificación de la cesión de derechos y obligaciones al Club de Fútbol.

Por tanto, la notificación de la cesión de derechos y obligaciones que dimanaban del contrato objeto de autos, en lo que respecta al sobreprecio, se constituye igualmente como un requisito necesario para la efectividad de los derechos de la propia recurrente.

La ausencia de la notificación por la demandada de la cesión de deuda asumida por la actora -y que era necesaria para perfeccionar dicha cesión de deuda, pero que obviamente implicaría comunicar también la cesión a favor de la actora de los derechos audiovisuales-, no cabe explicarla, sino por la renuencia a reconocer ante dicho Club de Fútbol, la cesión a favor de la actora de los derechos audiovisuales adquiridos.

Lo dicho aparte y sin perjuicio de que fuese necesaria igualmente y en todo caso la notificación de la cesión de derechos a favor de la actora a los que se aludía en los anteriores fundamentos, puesto que obviamente como consecuencia y contraprestación a dicha cesión ésta asumía la obligación de atender a sus obligaciones.

**TRIGÉSIMO.-** La demandada estima improcedente que se le condene al pago de 29.836.923,45 # correspondientes a la temporada 2007/2008.

La sentencia recurrida entiende procedente el pago de dicha cantidad, ya que considera que no se ha practicado prueba por parte de la demandada que desvirtúe la obligación de abonar dicha factura.

La recurrente señala, entre otras cuestiones, que tal afirmación de la sentencia es errónea, dado que en esa temporada la actora no entregó a la recurrente la señal audiovisual, y la propia actora emitió una factura correspondiente al segundo vencimiento de la temporada 2007/2008, por importe de cero euros, indicando la propia actora que ello era debido a que había suspendido la entrega de la señal audiovisual.

La parte actora alega que no es cierto que la recurrente no tenga que pagar por no haber disfrutado de la señal, si ésta no disfrutó de la señal es precisamente por no haber pagado es el primer vencimiento que tenía que haber hecho efectivo antes del 1 de julio de 2007, lo cual unido a las manifestaciones contenidas en la carta que dirigió a la actora el 31 de julio de 2007, que demostraban su voluntad de utilizar el contrato únicamente lo que le fuese favorable, justificó la aplicación de la excepción de contrato incumplido que ejerció la actora.

**TRIGESIMOPRIMERO.-** De lo actuado se desprende:



- Que la actora, en su demanda inicial, reclamaba 28.169.691,34 euros más 4.507.151,61 euros de IVA (folio 64). En la ampliación de 31 de Julio, en la que se comprendía la reclamación de los 30 millones de euros de la factura de 1 de Julio de 2007 (folio 753), tras descontar diversas facturas de la hoy recurrente, reclamaba 25.721.485,73 euros, más 4.115.437,72 euros de IVA. Es decir, reclamaba un total de 62.513.764 euros por impagados.

- En el acto de sus conclusiones el letrado de la actora indicó que, a tenor del resultado de la pericial practicada, una vez descontado el importe de lo abonado por la hoy recurrente para adquirir derechos de los clubes de fútbol, la demandada debería abonar en concepto de daños y perjuicios 57.134.000 euros, que era lo que reclamaba por tal concepto hasta el 17 ó 19-01-2008 (2:53:00 de la tercera sesión), señalando acto seguido que "y si su Señoría nos concede los 62 millones de euros que hemos reclamado en la demanda inicial y en su primera ampliación, habría que reducirlo en 30 millones de euros, y quedarían 27.134.000", que sumados a 8 millones por alteraciones en Canal +, darían un resultado de 35 millones de euros, más los 62 millones que estaban reclamando (2:53:40, tercera sesión).

En consecuencia, la actora en sus conclusiones deja a la apreciación del juzgador determinar si los 30 millones de euros, que claramente se refieren a la factura analizada, han de serle abonados, bien como perjuicios, en cuyo caso reclama 57.134.000 euros como daños y perjuicios, o si decidía considerar los 30 millones de euros como debidos a consecuencia de la factura emitida, es decir como cantidad que debía abonar la demandada como consecuencia del impago de dicha factura, la deuda por daños y perjuicios debería minorarse en el importe de la referida factura.

**TRIGESIMOSEGUNDO.-** La factura analizada debía abonarse antes del 1 de julio de esa temporada, es decir del año 2007, tal y como resulta de la cláusula sexta, párrafo noveno del contrato (folio 78).

Por tanto, cuando la misma 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.

El hecho de que la actora suspendiese la emisión de la señal en aplicación de la excepción de contrato incumplido, no lleva a otra conclusión.

La actora, mediante comunicación de 17 de agosto de 2007 (folios 379 y 549), comunicaba a la hoy recurrente que ante los incumplimientos en que había incurrido procedería a no entregar la señal audiovisual, dejando sin efecto igualmente la "side letter", salvo que la demandada procediese al cumplimiento de sus obligaciones contractuales.

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.

Por otro lado, el corte de la señal audiovisual se produjo en aplicación, legítima y justificada, de la excepción de contrato incumplido, dados los incumplimientos en que había incurrido la hoy recurrente. No procede que el incumplimiento del contrato permita exonerarse del cumplimiento de sus obligaciones ya vencidas, por parte de quién ha incumplido el contrato. De ser así, el incumplimiento contractual otorgaría a quien ha incurrido en él una posición más ventajosa que la que tendría de haber cumplido el contrato.

El hecho de que la actora emitiese la factura correspondiente al segundo semestre con importe igual a cero, no lleva a otra conclusión, ya que en tal supuesto, al vencer el segundo semestre ya se había producido la aplicación de la excepción de contrato no cumplido con anterioridad ha dicho vencimiento.

No cabe entender en este supuesto que con ello la actora obtenga un enriquecimiento sin causa (Ver STS de 5 de noviembre de 2004 , 31 de octubre de 2001 , 12 de diciembre de 2000 y 19 de diciembre de 1996 , entre otras), dado que, en primer lugar, se trata de una deuda que legítimamente puede reclamar la actora con arreglo a lo estipulado expresamente por las partes en el contrato, y por otro lado porque a tenor del dictamen pericial emitido a instancia del actora, y de cuyas conclusiones, como se verá, no existe motivo para apartarse, el importe de dicha factura, en todo caso, de no ser resarcido como deuda, habría de ser resarcido en concepto de perjuicios irrogados a la actora.

Efectivamente, el informe pericial que cuantificaba los perjuicios, incluía los 30 millones # correspondientes a la factura analizada, tal y como resulta de lo manifestado por la señora Magdalena en el acto de la ratificación, al indicar que si la recurrente pagaba los 30 millones correspondientes a dicha factura, su importe debería deducirse de los perjuicios (1:36:40, de la segunda sesión), indicación que el letrado de la actora siguió en su informe final -reseñado en el anterior fundamento-, al indicar que si se le otorgaban las cantidades que reclamaba en concepto de deuda, debían descontar 30 millones de euros del importe de los perjuicios.

Por tanto, aparte de que la cuestión relativa al pago del importe de los 30 millones # correspondientes a la factura analizada, en definitiva y de hecho supone una cuestión de calificación del concepto por el que debía ser resarcido, tratándose de una deuda que al ser reclamada era, como se indicaba, plenamente exigible, debe entenderse, a juicio de esta Sala, que la demandada debe asumir el pago de la misma en dicho concepto, sin perjuicio, tal y como indicó la Señora perito que evaluó los perjuicios, de descontar la cantidad referida del importe de los perjuicios ocasionados, tal y como ha efectuado la sentencia recurrida, ya que si bien indica erróneamente que dicho descuento corresponde a la cesión de derechos del Club de Fútbol Barcelona (fundamento vigesimoprimer, párrafo sexto, folio 10.629), resulta claro, a juicio de esta Sala, que con ello se pretende referir a la factura que analizamos actualmente, dado que con dicho descuento no hace sino reseñar lo que indica la señora perito, que como señalábamos, indica la procedencia de descontar el importe de la factura. Ello aparte de que los derechos del referido Club de Fútbol ascendían a 31 millones #, es decir, a 1 millón de euros más que el importe de la factura analizada, lo cual incide en que se refería la Sra. Perito a la factura de 1-7-2007.

**TRIGESIMOTERCERO.-** Señala la demandada-reconviniente en su recurso que no procede la condena a indemnizar daños y perjuicios, dado que ha existido una "mutatio libelli" inadmisibile, ya que 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 #, 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 recurrente tendría que haber pagado por las 19 primeras jornadas de la temporada 2007/2008, lo cual, indica ésta, nunca se ha reclamado por la elemental razón de que durante la temporada referida no proporcionó la señal audiovisual.

Tal alegación debe ser desestimada, dado que la actora reclamó en su demanda y ampliaciones el pago de los daños y perjuicios que entendía que la conducta de la demandada le provocaba, no pudiendo entenderse, a juicio de esta Sala, que limitase dichos perjuicios a los ocasionados como consecuencia de la imposibilidad de cumplir sus compromisos con terceras personas.

**TRIGESIMOCUARTO.-** Efectivamente, se desprende de lo actuado:

- En la demanda, la actora cifraba los perjuicios materiales (mayores costes de financiación, perjuicio en su posición en el mercado audiovisual con amenaza de la imposibilidad de cumplir su objeto social, etc.) y morales (pérdida de imagen en el mercado y frente a los clubes de fútbol a los que se dirige la demandada) en 5.633.938 #, correspondiente a un 20% del total adeudado por la reconviniente al tiempo de interponer dicha demanda (folios 63 a 65).

- Posteriormente, en la ampliación de demanda que se efectúa el 31 de julio de 2007, se reclaman como daños y perjuicios 5.144.227,15 #, que se fijaban siguiendo el mismo criterio establecido en la demanda, esto es aplicar un 20% sobre el importe de lo debido (folios 757 a 759).

- En la ampliación de la demanda de 27 de agosto de 2007, se relata y se aduce el corte de la señal audiovisual, y se indicaba que la demandada, pese a dicha suspensión, había continuado por su cuenta la explotación de los derechos objeto del contrato de autos. El fundamento I señalaba que dicha ampliación tenía por objeto asegurar el cumplimiento del contrato en lo relativo a la obligación de aportar los derechos audiovisuales por parte de la demandada a la actora, los cuales no se encontraban recogidos en los anteriores escritos, ya que la hoy demandada no había manifestado su voluntad de incumplir el contrato, procediendo a explotar por su cuenta los derechos de los clubes (folio 395), indicando en el apartado II de los fundamentos jurídicos de dicha ampliación, a tenor de lo indicado en los hechos y en el anterior apartado:

"las obligaciones incumplidas sitúan a AVS en una enorme dificultad, una práctica imposibilidad de cumplir sus compromisos con terceros, tal como hemos expuesto en el apartado que precede, en relación con lo dicho en los antecedentes de hecho".

"los daños son cuantiosísimos, afectando la actuación de la **Mediapro** al núcleo de nuestra actividad empresarial de la actora y perjudicando de manera notabilísima nuestra imagen empresarial" (folio 397).

En dicha ampliación se solicitaba una indemnización de 200 millones #, sin perjuicio de lo que resultase de la prueba (folio 328).

- En la ampliación de 12 de septiembre de 2007, se indicaba que en dicha ampliación se recogían nuevos incumplimientos del contrato que "además constituyen actos de disposición ilegal de los derechos audiovisuales de equipos de fútbol que son titularidad de AVS, pero no de aquellos derechos cedidos por **Mediapro** en el ámbito del acuerdo de 24 de julio de 2006, sino de los adquiridos por AVS o sus socios, directamente de los clubes, si bien es de la mayor importancia dejar bien claro que todos esos derechos -los cedidos por **Mediapro** y los adquiridos directamente por AVS- se encuentran contemplados en el marco de explotación fijado en el citado Acuerdo" (folio 955).

Indicaba igualmente que la demandada había emitido tres partidos en abierto durante las dos jornadas que hasta el momento se habían celebrado (folio 958).

Se señalaba en el apartado 6 de los fundamentos, titulado "daños y perjuicios": "Por todo ello, *la ilícita actuación de **Mediapro** no sólo perjudica a mi mandante AVS como legítimo titular de los derechos de los clubes citados* (el subrayado no figura en la ampliación de demanda), sino a todos los operadores de televisión en las distintas ventanas de explotación (pago y pago por visión) que tienen suscritos contratos con mi mandante" (Folio 977).

Y añadía "para que éste les ceda, mediante precio, la señal audiovisual de partidos de fútbol de tales equipos en las indicadas modalidades o ventanas de explotación, pues **Mediapro** utiliza ilegítimamente los derechos de AVS para producir la señal, con la que comercializa -también, ilícitamente- desequilibrando totalmente la explotación del fútbol en las distintas modalidades o "ventanas", al llegar a posibilitar que se emitan hasta tres partidos (anunció incluso más) en abierto por jornada, en grave perjuicio del pago y el pago por visión" (folio 977).

Se exponía igualmente que "AVS debe seguir cumpliendo sus compromisos de pago a los clubes cuyos derechos le pertenecen, a pesar de verse totalmente constreñida y limitada en la explotación de sus derechos; y de que, incluso en el caso de aquellos que pueda explotar, su utilización se ve clarísimamente mermada por las ilícitas emisiones en abierto que viene realizando **Mediapro**"...//..... Por todo ello, ratificando una vez más los fundamentos expuestos en nuestra demanda inicial y sus sucesivas ampliaciones de fecha 31 de julio y 27 de agosto, se solicita, a efectos exclusivamente de esta ampliación a la demanda una nueva indemnización en la cuantía de 50 millones #, sin perjuicio de lo que resulta de la prueba anunciando la presentación de informe pericial que versará sobre los daños irrogados a AVS por la actuación de **Mediapro**" (folios 978 y 979).

Se solicitaba en dicha ampliación se declarase que los derechos audiovisuales de los clubes de fútbol que reseñaban, eran para la temporada 2007/2008 de la actora, y se condenase a la demandada a no explotarlos por sí o por medio de terceros, a salvo la utilización que pudiera producirse en el marco del contrato suscrito, y se condenase a la hoy recurrente a indemnizar a la actora "en la cantidad adicional que ciframos inicialmente, sin perjuicio de lo que resulte de la prueba, en la suma de 50 millones #" (folio 980).

El informe pericial a tal efecto aportado por la actora, evalúa los perjuicios agrupándolos en aquellos producidos como consecuencia de las "actuaciones de **Mediapro**", y que denomina "perjuicio económico". Cuantificaba también las implicaciones económicas derivadas de las actuaciones de la hoy recurrente sobre la cesión en exclusiva por parte de la actora de los derechos audiovisuales de un partido de fútbol cada jornada a Canal+, lo que denomina "otras implicaciones económicas" (folio 5487).

Especifica el informe (folio 5494), que bajo el término "actuaciones de **Mediapro**" contempla:

- Utilización de los derechos o captación de la señal televisiva de AVS a través de un medio alternativo y ajeno a los medios establecidos al efecto, y posterior cesión de los derechos audiovisuales para su difusión en abierto o en la modalidad de televisión de pago, en relación con su comercialización internacional en la modalidad de abierto.

- Comercialización de derechos audiovisuales ocasionando una emisión televisiva, en particular a través del canal "la sexta".

- Vulneración del derecho de la actora cedido por los clubes en sus respectivos contratos, a elegir los partidos que se emitirían en las distintas modalidades de retransmisión televisiva.



Para determinar el importe del "perjuicio económico" derivado de las "actuaciones de **Mediapro**", el informe pericial determina el perjuicio económico asimilable al que denomina *valor razonable*, "entendido como aquel importe que debería haber sido desembolsado por **Mediapro** en un escenario de explotación lícita de los derechos audiovisuales de cada partido-jornada de fútbol, en consideración de (i) las "cesiones de derechos" reguladas en la estipulación Tercera del Contrato; (ii) la contraprestación económica definida en la estipulación Sexta del Contrato; y (iii) las condiciones de actualización de dicha contraprestación económica para las temporadas 2007/2008 y 2008/2009." (folio 5495 y 1:29:30 de la segunda sesión).

Igualmente contempla como perjuicio económico los ingresos dejados de percibir por la actora como consecuencia de las reclamaciones de los cableoperadores con los que había suscrito contrato la actora para su difusión en régimen de pago por visión, y la disminución de las ventas de los partidos de fútbol en modalidad de pago por visión de la plataforma Digital+ (folio 5496).

**TRIGESIMOQUINTO.-** De lo indicado se desprende que la actora reclamaba en su demanda, y fundamentalmente en sus dos últimas ampliaciones, el resarcimiento de los perjuicios que le ocasionaba la actuación de la demandada, consistente principalmente en la comercialización al margen del contrato suscrito de los derechos audiovisuales que habían sido objeto de aportación a la entidad actora como consecuencia del referido contrato. Dichos perjuicios no se limitaban exclusivamente a los que se hubiesen podido ocasionar a la actora como consecuencia de su relación con terceros, también comprendían los perjuicios que a la propia actora le provocaba la actuación de la demandada al margen del contrato.

El informe pericial evalúa, en los términos que quedan indicados en el anterior fundamento, cuáles son los perjuicios derivados de la actuación de la demandada, entendiendo que dentro de dichos perjuicios se debía de comprender el importe que la hoy recurrente debería haber abonado en caso de haberse procedido a explotar los derechos audiovisuales dentro del marco y con arreglo a lo establecido en el contrato.

Por tanto, el informe pericial no supone una mutación de los términos en que quedó trabada la litis. La demandante reclamaba los daños y perjuicios que le ocasionaba la actuación de la demandada, y el informe evalúa el importe de los perjuicios que la actuación de la demandada ha provocado a la actora.

El hecho de que dentro de dicha indemnización de perjuicios se contemple el importe que la demandada debió de abonar con arreglo a lo estipulado en el contrato, no supone el hecho de que el actor esté reclamando el pago de dichos derechos como contraprestación a la cesión de los mismos. Únicamente implica el hecho de que, para evaluar los perjuicios ocasionados, toma la pericial como uno de los conceptos a indemnizar el importe de lo que pudo y debió recibir la actora en caso de que el contrato se hubiese cumplido.

Resulta claro, a juicio de esta Sala, que la indemnización de perjuicios a la que aluden los artículos 1101 y concordantes del Código civil, puede venir dada por el abono de las cantidades que la parte perjudicada por el incumplimiento pudo y debió recibir en caso de haberse ejecutado el contrato. Ello no significa que dichas cantidades se reclamen como contraprestación a lo recibido por la parte perjudicada por el contrato, es decir como derivada de un impago de cantidades adeudadas, tratándose de la indemnización derivada del incumplimiento contractual, ya que el perjuicio puede venir dado precisamente por la imposibilidad de recibir lo pactado dado el incumplimiento del otro contratante.

Por lo demás, el informe se aporta antes de la Audiencia previa, en concreto el 22-01-2008, estando señalada la celebración de la Audiencia Previa el día 5 de febrero de 2008 (folio 5487), por lo que el recurrente, en la Audiencia Previa referida -que por otro lado fue la primera de las dos que se celebraron-, pudo alegar lo que con respecto a dicho informe estimase oportuno y proponer la práctica de la prueba conducentes al sustento de sus derechos, o a desvirtuar lo indicado en dicho informe, por lo que la cuantificación de los perjuicios que se realiza en dicho informe -aparte de no modificar, por lo ya indicado, los términos en que quedó trabada la litis-, no ha impedido al recurrente en modo alguno efectuar alegaciones o proponer la práctica de la prueba que ha estimado oportuna para la defensa de sus intereses.

**TRIGESIMOSEXTO.-** Con respecto al hecho de que la cifra fue fijada extemporáneamente en el acto de la ratificación del peritaje y en fase de conclusiones, tal alegación debe ser igualmente desestimada.

En el acto de la ratificación Doña Magdalena indicó que la valoración que habían realizado en el informe tomaba como importe de los derechos el de 150 millones anuales, si bien dado que el informe emitido por BDO los evaluaba en 155 millones #, habían efectuado un nuevo cálculo ajustándolo a dicho importe, habiendo rebajado además 1.500.000 # que se habían estimado como perjuicios a Canal plus y que finalmente no se había producido, e igualmente se había descontado un partido, en concreto el Sevilla-Espanyol, que se



consideraba en el informe emitido por La Sexta, cuando realmente no era así (1:32:00). De los 109 millones inicialmente evaluados, se pasaba la cifra de 108.400.000 # (1:34:10).

Por tanto, dichas manifestaciones suponían el reajuste del cálculo en atención a las cifras suministradas por BDO, es decir por la entidad designada por la recurrente, por lo cual no cabe alegar que se trata de un dato desconocido para la recurrente, y además incluían sendos descuentos, obteniendo una cifra final inferior a la establecida en el informe. No existe por tanto ni modificación que perjudique a la recurrente, -al contrario, minora el importe-, ni introducción de datos desconocidos por la demanda, ya que se trataba de adaptar el informe al dato suministrado por la entidad designada por la recurrente.

En todo caso, ante tales ajustes pudo el recurrente efectuar las preguntas que estimó oportunas, tanto a dichos peritos como a los peritos por él designados que declararon con posterioridad a Doña. Magdalena .

Por su parte, y en lo que se refiere a las conclusiones del letrado de la actora, éste se limitó a indicar que del importe de los perjuicios que se cifraban en 108.480.000 euros, más los algo más de 8 millones por la incidencia en Canal +, de lo que había que descontar el valor de los pagos que la recurrente había realizado y que, indicaba, ascendían a 51 millones de euros, señalando que el perito de BDO, propuesto por la recurrente, había cuantificado en 107 millones para toda la temporada, por lo que, concluía, hasta la jornada 19 correspondían 51 millones de euros; precisando a continuación que si se le concedían los 62 millones de euros de la demanda inicial y primera ampliación, habría que reducir los perjuicios en 30 millones de euros -cantidad ésta que como ya se dijo, corresponde a la primera factura de 2007/2008-. Sobre la base de lo indicado, concluye en el importe que entiende debe abonar la demandada.

En definitiva, no existe modificación de lo pedido. Se precisa mediante simples operaciones aritméticas el importe que, a tenor del informe pericial y lo reclamado como debido, entiende la actora que le adeuda el demandado. Ningún impedimento para poder alegar convenientemente a tales conclusiones finales se desprende de ello. Pudo el recurrente alegar lo que estimó oportuno con respecto a la explicación y puntualización de la reclamación efectuada, puntualización que se limitaba a determinar, mediante sencillas y claras operaciones matemáticas, lo que a juicio del actor resultaba de los datos obrantes en el proceso.

**TRIGESIMOSÉPTIMO.-** Cuestión distinta sería que el recurrente considerase que la actora no se ha visto perjudicada en dicho concepto, es decir que su actuación no le ha supuesto un perjuicio que integre dentro de sí, entre otros conceptos, el importe de lo que la hoy recurrente debió de abonar en caso de haberse producido el recto cumplimiento del contrato. Pero no por ello existe una modificación de los términos en que quedó trabada la litis. Una cuestión es que se discrepe de la procedencia de incluir dichas cantidades en concepto de daños y perjuicios, y otra cuestión diferente es el hecho de que el actor ha reclamado el pago de los perjuicios que la actuación del demandado le ha ocasionado, y por ello el dictamen pericial que pretende evaluar el importe de los perjuicios ocasionados por dicha actuación, se encuentra dentro del ámbito de las cuestiones planteadas en la demanda y sus posteriores ampliaciones.

Por otro lado, y en lo que respecta a la procedencia de incluir tales conceptos dentro de los daños y perjuicios reclamados, aparte de que el recurrente alega básicamente la referida "mutatio libelli", que como queda indicado no se ha producido, sin indicar el motivo sustantivo por el que considera que su actuación no provoca el perjuicio referido, cabe añadir que dicho 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 esta Sala, se corrobora lo ponderado, racional y razonable de dicho dictamen, de cuyas conclusiones no hay motivo para apartarse.

**TRIGESIMOCTAVO.-** La recurrente indica que ha existido incongruencia extra petita, ya que la actora solicitaba la aportación de los derechos audiovisuales de determinados clubes de fútbol, si bien indicando que tal aportación se realizaría en las condiciones económicas que se fijasen en fase probatoria o en ejecución de sentencia, pero la sentencia recurrida al condenar a efectuar tales aportaciones, omite toda referencia a las condiciones económicas en que debe realizarse la aportación.

Como indica el propio recurrente, la sentencia recurrida, pese a estimar plenamente las pretensiones de la actora, omite la referencia a las condiciones económicas de la aportación de derechos, sin argumentar el porqué de tal omisión.

No se trata, por tanto, de incongruencia extra petita, ya que no se da más de lo pedido, sino que se omite tal pronunciamiento sobre una pretensión, y tal omisión puede y debe ser suplida en esta alzada ( artículo 465.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil ).

La actora indicaba en su demanda que la aportación debería realizarse a un precio razonable de mercado (folio 59), indicando la parte actora al oponerse al recurso, que las condiciones económicas de la aportación han de ser las establecidas en la cláusula 6, es decir abonando la actora el precio de adquisición por parte de la recurrente de los derechos audiovisuales, y que una vez que tuvo conocimiento a través de los contratos aportados por la recurrente y a través de los informes periciales realizados, "asumió el precio convenido por **Mediapro** con los distintos Clubes" (folio 11.429).

Por tanto, no ha existido controversia en torno al hecho de que el precio abonado era de mercado, y por ello cabe entender que la juzgadora de instancia ha entendido que con el descuento del precio de adquisición tal cuestión quedaba resuelta. No obstante, a juicio de esta Sala, es procedente, a efecto de clarificar tal cuestión, determinar si la aportación de derechos, tal y como solicitaba la actora, se ha de realizar a precios razonables y de mercado.

Ciertamente, y desde el momento en que el contrato en la cláusula 6ª se establecía que la cesión de derechos por parte de la hoy recurrente obligaba a la actora a abonar las cantidades adeudadas por el precio adquisición (párrafo 1º), así como la compensación de los anticipos (párrafo 6º), -y si bien tales cláusulas se preveían para los derechos que se aportaban en aquel momento-, resulta ponderado y racional, y lo más adecuado a los términos de lo pactado -si bien, obviamente, el contrato no preveía adquisición posterior de derechos por parte de la recurrente, ya que confería dicho derecho a la actora-, el aplicar lo así estipulado no sólo para los derechos definidos por la recurrente al tiempo de contrato, sino también para aquellos derechos que se hayan adquirido por la recurrente tras la perfección del contrato, siempre que se pueda considerar, como insta la actora, que los precios sean razonables y de mercado; y a tenor de lo manifestado por la actora al oponerse al recurso, y a través de lo actuado en el procedimiento al acceder a descontar del importe abonado por la adquisición de los derechos, ha entendido que el precio de adquisición que resulta a tenor de lo actuado y referido al periodo al que se refiere la cuantificación de perjuicios era razonable.

Por tanto, lo procedente es la aportación de tales derechos a precios razonables y de mercado, procediendo complementar la sentencia, en el sentido indicado.

**TRIGESIMONOVENO.-** Indica la recurrente que existen una serie de incumplimientos que califica como de carácter menor, y que entiende que no han existido. Se refiere la recurrente al pretendido incumplimiento de la obligación de entregar a la actora los documentos físicos en los que figuraban determinados contratos firmados por la demandada con clubes de fútbol y notificar la correspondiente cesión de derechos a la actora, indicando la recurrente que la propia actora calificaba de accesoria o instrumental la importancia de dicha obligación.

En primer lugar, la demandante articulaba en su demanda dicho incumplimiento como grave o esencial, y en concreto lo aducía como primer incumplimiento, señalando que la no aportación de los contratos había sido aceptada por las partes como incumplimiento grave (folios 20 a 22).

Con respecto a la necesidad de notificar a los clubes la cesión de derechos, cabe dar por reiterado lo ya indicado al respecto al tratar en concreto del Club de Fútbol Barcelona.

Con respecto a la obligación de aportar los contratos suscritos con los clubes de fútbol, bastaría señalar que el contrato establecía expresamente en su cláusula octava como supuesto de incumplimiento grave "no aportar contratos suscritos con clubes para su comercialización en los términos de este Acuerdo" (folio 80).

No sólo la voluntad de las partes expresamente plasmada en la referida cláusula contractual, lleva a considerar necesaria la aportación de dichos contratos para el correcto desenvolvimiento de las estipulaciones contractuales. Obviamente si la hoy actora, que con arreglo al contrato pasaba a ser titular de los derechos audiovisuales de las partes, desconocía los términos concretos en los que el contrato se había celebrado, ello le impedía, por un lado conocer a ciencia cierta cuáles habían sido las condiciones tanto económicas como jurídicas de la adquisición de los derechos adquiridos, y por otro lado le dificultaba o impedía la relación con dichos clubes al ignorar en qué términos se había pactado la explotación de sus derechos audiovisuales.

Por tanto, lejos de ser cuestiones de índole menor, se trata de incumplimientos igualmente esenciales del contrato, que ahondan en la convicción de que existió incumplimiento contractual por parte de la recurrente, así como en la procedencia del ejercicio de la excepción de contrato incumplido por parte de la actora.

**CUADRAGÉSIMO.-** Se alega que la sentencia recurrida no ha dado respuesta a la pretensión reconvenzional subsidiaria, que solicitaba la resolución del contrato por desistimiento unilateral. Entiende el recurrente que existe incongruencia omisiva, solicitando que esta Sala se pronuncie sobre tal cuestión.

Procede en consecuencia ( artículo 465.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil ), resolver tal pretensión.

Indica a este respecto la recurrente que el contrato es de duración indefinida, y que en nuestro derecho es indudable que los contratos de tal índole pueden ser resueltos por cualquiera de las partes, sin necesidad de que concurra justa causa.

**CUADRAGESIMOPRIMERO.-** La doctrina jurisprudencial señala que los contratos de duración indefinida que exijan un deber de colaboración entre las partes que implique mutua confianza, como son los contratos de agencia, comisión, mediación, sociedad etc., pueden ser resueltos de forma unilateral, si bien estableciendo la doctrina jurisprudencial que cuando la resolución se realice de mala fe deberán indemnizarse los perjuicios.

Esta doctrina se ha desarrollado básicamente en torno a los contratos de distribución con pacto en exclusiva, si bien sustentada sobre la base de que el contrato implique mutua confianza y sea de duración indefinida, habiéndose elaborado la doctrina del Tribunal Supremo sobre la base de diferentes normas jurídicas que hacían ver la existencia de la posibilidad de desvincularse unilateralmente de los contratos que implicasen una duración indefinida y exigiesen una mutua colaboración y confianza entre los contratantes para el buen fin del contrato.

Así lo indicaba ya la sentencia del Tribunal Supremo de 14 de febrero de 1973 , la cual disponía: " *dado el "intuitu personae", que juega con los contratos de distribución de productos con pacto de exclusiva, por la repercusión que en el patrimonio de cada contratante puede ocasionar la inactividad o falta de diligencia del otro se le suele acompañar en la práctica mercantil, cuando se concierta sin fijación de plazo, de una cláusula de resolución "ad nutum" con exención de resarcimiento de daños y perjuicios, que actúa como válvula de seguridad para compensarles del riesgo que mutua -mente corren. Tercero. -El que este es el criterio seguido por nuestro Código Civil para todos aquellos supuestos en que, entre los interesados, medien relaciones obligacionales por tiempo indefinido, según se infiere de sus arts. 400, 1.052 , 1.705 , 1.733 y 1.750, e incluso de otros textos legales como el art. 279 del Código de Comercio "*

La Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de febrero de 1990 , haciendo alusión al carácter indefinido de la duración del contrato, señalaba: " *Se trata de un contrato de duración indeterminada, puesto que carece de pacto de vigencia temporal y, en consecuencia, como ha tenido ocasión reiterada de declarar esta sala -29 de mayo de 1972 (R 2591), 21 de abril de 1979 (R 1980-931); 1 1 de febrero de 1984 (R 646); 19 de diciembre de 1985 (R 6.600); 2 de marzo de 1988 (R 2224) en supuestos análogos de contratos de duración indefinida: resolución e incumplimiento contratos de agencia, mediación, comisión mercantil, incluso en sociedades colectivas, supuestos todos en que la relación inter -personal aconseja no mantener situaciones o vínculos no queridos, y exige la permanente voluntad de permanencia, pueden revocarse unilateralmente, aunque cuando la revocación, como en este caso acontece, no esté fundada en justa causa, permite a la otra parte reclamar y obtener la indemnización de los daños y perjuicios que acredite... "*

Dicha doctrina se mantiene actualmente, cabiendo citar, por todas, la Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de julio de **2012** , con relación a un contrato de agencia: " *En nuestro sistema, como regla, las partes tienen la facultad de desvincularse unilateralmente de los contratos de duración indefinida -en este sentido, sentencia 130/2011, de 15 marzo -, pese a lo cual, el deber de lealtad, cuya singular transcendencia en el tráfico mercantil destaca el artículo 57 del Código de Comercio , exige que la parte que pretende desistir unilateralmente sin causa preavise a la contraria incluso cuando no está así expresamente previsto, de conformidad con lo establecido en el artículo 1258 del Código Civil , salvo que concurra causa razonable para omitir tal comunicación -de hecho, el deber de legal de preaviso que impone el artículo 25 de la Ley de Contrato de Agencia es una concreta manifestación de dicha regla-. En este sentido la sentencia 130/2011, de 15 de marzo , reiterando la 1009/2005, de 16 de diciembre afirma que" es, desde luego, innecesario el preaviso para resolver los contratos de duración indefinida, pero debe señalarse, como observa la, que, si bien ello es así, sin embargo sucede que un ejercicio de la facultad resolutoria de una forma sorpresiva o inopinada, sin un margen de reacción en forma de un prudente preaviso, puede ser valorado como un ejercicio abusivo de derecho, o constitutiva de conducta desleal incurso en la mala fe en el ejercicio de los derechos, que si bien no obsta a la extinción del vínculo, sí debe dar lugar a una indemnización cuando ocasione daños y perjuicios."* (En similar sentido Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de noviembre de 2006 , entre otras muchas).

La razón de ser de la posibilidad de desvincularse unilateralmente de un contrato de duración indefinida y que implica mutua confianza, radica, por un lado en la necesidad de evitar las distorsiones que al desenvolvimiento del contrato ocasionaría su continuidad en contra de la voluntad de uno de los contratantes, posibilidad que ya fue reconocida en el que Derecho Romano (Digesto), pasando posteriormente a las



Partidas, y teniendo su reflejo actual, entre otros, en el artículo 1705 del Código civil (Ver Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de marzo de 1964 ).

Por otro lado, la sumisión de los contratantes por tiempo indefinido a un contrato debe considerarse contraria a la libertad personal, ya que al no fijarse una duración concreta a la relación contractual, de no permitirse la resolución unilateral se produciría una vinculación perpetua, incompatible con dicha libertad.

Así lo indica la Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de febrero de 1993 , al disponer, refiriéndose al artículo 1705 del Código civil : " *se trata pues de una denuncia libre, que tiene su fundamento en la inadmisibilidad de las vinculaciones perpetuas, incompatibles con la libertad personal, pero que sólo puede ejercitarse cuando no se ha señalado término para la duración de la sociedad* ".

**CUADRAGESIMOSEGUNDO.-** Como exponíamos, la doctrina jurisprudencial establece la posibilidad de resolver unilateralmente los contratos de duración indefinida que se basen en una relación de colaboración que impliquen mutua confianza.

El contrato objeto de autos es un contrato sin duda atípico, si bien, a juicio de esta Sala, presenta similitudes con el contrato de sociedad ( artículo 1665 del Código civil ), dado que en definitiva a través del contrato las partes ponían en común diversos derechos audiovisuales, estableciendo el marco jurídico para su explotación común, con el fin de obtener los correspondientes beneficios; si bien con la peculiaridad de que las aportaciones se realizaban a favor de uno de los contratantes, como era la entidad actora.

En todo caso, la duración indefinida del contrato objeto de autos, unida a la necesidad de una relación de tracto sucesivo, que se bien se halla enmarcada dentro de términos contractuales precisos que delimitan las obligaciones de las partes, implica la necesidad de una colaboración que va más allá del cumplimiento de buena fe de los términos del contrato, al requerir una actuación conjunta de los contratantes, de tal manera que la continuidad del contrato en contra de la voluntad de uno de los contratantes convierte en una entelequia la consecución del fin contractual propuesto en términos de normalidad, al faltar la necesaria colaboración del contratante que no desea continuar vinculado por el contrato. Todo lo indicado permite la aplicación de la doctrina jurisprudencial referida.

**CUADRAGESIMOTERCERO.-** Dadas las similitudes que, como queda indicado, se aprecian entre el contrato objeto de autos y la sociedad civil, cabe aplicar de forma analógica ( artículo 4.1 del Código civil ) el artículo 1705 del Código civil , que exige que la renuncia sea realizada de buena fe y en tiempo oportuno.

La mala fe genera la obligación de indemnizar los perjuicios que la resolución ocasiona, y la renuncia en tiempo inoportuno determina la continuación del contrato hasta la conclusión de los negocios pendientes. Si bien en uno y otro caso, la resolución unilateral es procedente. De no ser así, se perpetuaría una situación en la que el contrato ha perdido la sustancia, por así decirlo, sobre la que se asienta su normal y recto desenvolvimiento, como es la mutua confianza, provocando además una judicialización del desenvolvimiento del contrato que pugna con un mantenimiento indefinido de tal situación, y por otro lado de no acogerse la resolución, se sancionaría la mala fe o la realización de la denuncia del contrato en tiempo inoportuno con la sumisión a perpetuidad al contrato, lo cual, como se indicaba, puede entenderse contrario a la libertad.

En el presente supuesto, a juicio de esta Sala y en atención a lo que resulta acreditado en el presente proceso, la pretensión resolutoria de la demandada se puede considerar realizada en tiempo inoportuno.

La recurrente, consta acreditado en las actuaciones, había adquirido en julio de 2007 los derechos audiovisuales de 12 clubes de fútbol de primera división para las temporadas 2008/2009 y de 39 clubes para la temporada 2009/2010 (folios 762, 770 y 4053 y siguientes) -contraviniendo, como queda indicado, lo establecido en el contrato, habiendo adquirido de futuro una clara posición preeminente en el mercado en el que se desenvuelve el contrato, de tal manera que la resolución contractual que pretende con efectos desde el momento en que lo comunicó extrajudicialmente, supondría quedar desvinculada de forma inmediata de un contrato que le obligaba a aportar los derechos audiovisuales adquiridos, y ello en momento tal que la actora y demás contratantes no podrían reaccionar ante la pretendida inmediata resolución del contrato, el cual fijaba el marco para la explotación de dichos derechos audiovisuales, y ante la situación que se creaba a consecuencia de la adquisición de derechos por el recurrente -además en contra de lo pactado-, para temporadas sucesivas.

No obstante, si se entiende en términos literales el artículo 1706 del Código civil , que establece que se entiende que la renuncia se realiza en tiempo inoportuno cuando las cosas no se hallen íntegras y la sociedad está interesada en que se dilate su disolución, en el presente supuesto prácticamente se habría de llegar a la conclusión de que el contrato ha de permanecer indefinidamente en vigor, contrariando con ello la doctrina anteriormente expuesta.

Efectivamente, dado que las partes se comprometieron a aportar, sin un término de duración definido, los derechos audiovisuales, una interpretación literal de tal precepto llevaría a entender que existen negocios pendientes cuya continuidad podría ser considerada como beneficiosa por la entidad actora y los demás contratantes.

Debiendo interpretarse las normas según su espíritu y finalidad ( artículo 3.1 del Código civil ), la cuestión radica en determinar en qué momento debe entenderse que los demás contratantes habrán podido reaccionar ante la resolución pretendida de contrario. Debe tenerse en cuenta a este efecto que, tal y como queda indicado, el contrato objeto de autos es resoluble a instancia de cualquiera de los interesados, de tal manera que la decisión del recurrente de resolver el contrato, pudo y debió llevar a los demás contratantes a tomar las medidas oportunas ante la previsible resolución del mismo a consecuencia de la voluntad del hoy recurrente.

A juicio de esta Sala, debe diferirse la producción de efectos por la resolución instada por el recurrente, al momento de conclusión de la Liga de Primera y Segunda División de Fútbol en la temporada 2008/2009 (folio 75).

El anuncio de la resolución se produce en Agosto de 2007, con lo cual a la conclusión de la referida temporada de 2008/2009, entiende esta Sala, los demás contratantes ya tuvieron tiempo suficiente para reaccionar y reconducir la referida situación que creaba la actuación y resolución contractual pretendida por la hoy recurrente.

Por otro lado, y si bien lo indicado en el anterior párrafo ya llevaría a considerar como fecha adecuada para la resolución la referida, tampoco debe perderse de vista el hecho de que el Acuerdo del Consejo de Ministros establecía que la cesión de derechos por parte de Sogecable o las empresas de su grupo, en cualquier modalidad de emisión audiovisual de derechos audiovisuales de la Liga y Copa del Rey, no podría exceder de tres temporadas (folio 1711). Dado que el contrato se suscribe en julio de 2006 (folios 69), produciendo sus efectos en la temporada 2006/2007, debe entenderse que la cesión de derechos realizada por la hoy actora, como empresa participada por Sogecable en un 80% (folio 70), alcanzaba hasta la conclusión de la temporada 2008/2009 (2006/2007, 2007/2008 y 2008/2009).

Si bien, como queda indicado anteriormente, tal Acuerdo no supuso una modificación sustancial del contrato en el momento en que la parte recurrente pretendía su resolución, no obstante, en la temporada 2009/2010, si bien el contrato subsistía, debe entenderse que la cesión de derechos realizada por Sogecable y empresas de su grupo quedaba sujeta, cuando menos, a la renovación de las cesiones realizadas por dichas entidades, y si bien no consta que la actora ni Sogecable hayan dado muestras durante la vigencia del contrato de no renovar tal cesión -al contrario, la actora pretende en este pleito la declaración de eficacia del contrato sin limitación temporal-, tal circunstancia pudo apercibir a las partes de una eventual conclusión o modificación del contrato al transcurrir dicho plazo, por lo cual todo lo indicado incide en la procedencia de fijar en la conclusión de la temporada anterior el momento en el que el recurrente podía resolver el contrato en tiempo oportuno.

**CUADRAGESIMOCUARTO.-** Procede, por tanto, estimar parcialmente la pretensión subsidiaria del reconviniente, en el sentido de declarar 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, concretándose el día de dicha conclusión en fase de ejecución de sentencia mediante oficio dirigido a la Liga de Fútbol Profesional.

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.

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.

**CUADRAGESIMOQUINTO.-** Como indicábamos anteriormente, si la resolución se entiende realizada de mala fe, lo procedente es la indemnización de daños y perjuicios.

Aun cuando pudiera considerarse, en principio, que la fijación de un periodo de preaviso, o si se prefiere la dilación de los efectos del contrato hasta la conclusión de los negocios pendientes, puede suponer la eliminación de los perjuicios, no obstante ello, no es categóricamente descartable el hecho de que pese a dilatar los efectos de la resolución hasta la conclusión de los negocios pendientes, es decir hasta el momento oportuno, existan igualmente perjuicios derivados de una resolución contractual que, aparte de realizada en momento inoportuno, se pueda entender ejercitada de mala fe, con arreglo al artículo 1706 Cc .

No obstante, la cuestión relativa a los perjuicios que la resolución unilateral pueda ocasionar a la actora, ha quedado fuera de este litigio.

La recurrente solicitaba en su reconvención, únicamente que se declarase resuelto el contrato, sin hacer alusión alguna a la procedencia de indemnizar los perjuicios ocasionados (folios 1448 y 1449).

La actora al contestar a la reconvención, indicó que para el caso de que se estimase la pretensión de resolución unilateral, se declarase la obligación de la reconviniente de indemnizar los daños y perjuicios que tal desistimiento ocasionase (folio 3312).

La demandada presentó escrito el 13 de diciembre de 2007 indicando que el suplico de la contestación a la reconvención suponía una pretensión reconvencional nueva, indicando que dicha reconvención no había sido planteada formalmente como tal, lo cual se dejaba indicado a los efectos legales correspondientes (folios 3501 y 3502).

La Providencia de 28 de diciembre de 2007 (folio 4016), tuvo por hechas las manifestaciones a los efectos oportunos.

Contra dicha providencia se interpuso recurso de reposición por parte de la hoy recurrente (folios 4841 a 4844), indicando que se había admitido una pretensión reconvencional sin otorgarle el plazo de 20 días para contestarlo, recurso que fue resuelto mediante auto de 5 de febrero de 2008, en el que se indicaba que no se entendía realizada pretensión alguna que debiera ser objeto de pronunciamiento independiente al haberse formulado demanda reconvencional (folio 5724).

Dicha resolución del recurso de reposición no ha sido combatida en este recurso, y en todo caso, tal y como indica el recurrente (folio 11.002), lo cierto es que en el presente procedimiento no se llegó a tramitar como reconvención dicha pretensión, sin que el recurrente solicite que se proceda a la tramitación del litigio tomando en consideración dicha pretensión.

Como queda indicado, tal pretensión indemnizatoria no ha sido considerada como reconvención ni, se deduce de lo actuado, se ha tenido por parte integrante del objeto del proceso. Por lo demás, y como consecuencia por otro lado de lo indicado, no se desprende de lo actuado que exista prueba que permita determinar los perjuicios que a la actora pudiera suscitar la resolución contractual.

Por todo ello, no cabe entrar a determinar en este procedimiento si existió resolución de mala fe y si ella ocasiona perjuicios a la actora, tomando en consideración que la resolución contractual se produce en el momento anteriormente indicado.

Tampoco cabe diferir a ejecución de sentencia la determinación de tal cuestión. La actual Ley de Enjuiciamiento Civil impide diferir a ejecución de sentencia la cuantificación de daños y perjuicios, ya que el artículo 219.1 y 2 de dicha norma procesal establece la necesidad de que sea la fase declarativa del procedimiento en la que se establezca el importe concreto de la condena, permitiendo diferir a ejecución de sentencia dicha concreción únicamente cuando ello dependa de simples operaciones matemáticas, si bien en el presente supuesto la determinación del perjuicio va más allá de una simple operación matemática, supondría evaluar el coste, es decir el perjuicio, que la resolución contractual provocaría a la parte actora en atención a la nueva situación que produciría dicha resolución, lo cual obviamente va más allá de los límites del referido artículo 219 de la Ley de Enjuiciamiento Civil .

**CUADRAGESIMOSEXTO.-** Procede señalar, en materia de intereses, que la estimación parcial del recurso no lleva a modificar el devengo de intereses establecido en la sentencia recurrida, dado que con respecto al importe reclamado en concepto de facturas, como indica la doctrina del Tribunal Supremo, el devengo del interés legal previsto en el artículo 1108 del Código civil deriva, no tanto de la estimación plena o parcial de las pretensiones de las partes, como de la razonabilidad que puede apreciarse en el demandado a la hora de oponerse a la pretensión de cobro ( Sentencias de 5 de abril de 2005 , 15 de abril de 2005 , 30 de noviembre de 2005 , 20 de diciembre de 2005 , 31 de mayo de 2006 , entre otras muchas).

A juicio de esta Sala, la oposición de la demandada al pago de las facturas a cuyo pago resulta condenada no resulta razonable, dado que si bien procedía el descuento que se realiza en esta resolución, las restantes cantidades a cuyo pago resulta condenada no ofrecían motivos razonables para su impago.

Con respecto al interés moratorio previsto en el artículo 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , procede mantener su devengo desde la sentencia recurrida, si bien obviamente referido a la cantidad que resulta a través de la presente resolución, toda vez que la condena y consiguiente obligación a efectuar el pago de las cantidades que se recogen a través de la presente sentencia, figuraban comprendidas en la sentencia



recurrida, sin que la detracción de las partidas en las que se acoge el recurso de apelación, sean de entidad tal como para considerar que el recurrente quedaba legitimado para no atender al cumplimiento de la condena impuesta en la instancia.

**CUADRAGESIMOSÉPTIMO.-** Dado el resultado del presente recurso, debe entenderse que existe una estimación parcial de las pretensiones de la actora, ya que, aparte de minorarse la cuantía de la deuda en el importe correspondiente a la prestación de servicios y producción de la retransmisión un partido de televisión, en todo caso, e igualmente las pretensiones de la actora resultan parcialmente estimadas, desde el momento en que se limitan los efectos de las aportaciones y reconocimientos de derechos al momento en que se reconoce la efectividad de la resolución unilateral. Por lo indicado, en aplicación del artículo 394 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, no procede hacer imposición de las costas causadas en la primera instancia de este proceso por la sustanciación de la demanda y sus ampliaciones.

Estimándose parcialmente la reconvencción, por aplicación del citado artículo 394 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, no procede hacer imposición de las costas causadas por la sustanciación de la misma.

En conclusión, no procede hacer imposición de las costas causadas en la primera instancia de este proceso.

En todo caso, a juicio de esta Sala, concurren en el presente supuesto dudas de hecho y de derecho que motivan la no imposición de las costas causadas en la primera instancia. Efectivamente, tal y como se desprende de la presente resolución, no nos encontramos ante un supuesto al uso, en el que las partes puedan tener, dentro de la incertidumbre propia de todo litigio, conciencia de cuál podría ser el resultado del proceso. Si bien los incumplimientos contractuales de la recurrente resultan, a juicio de esta Sala claros, la determinación del importe indemnizatorio, el importe de lo adeudado a la actora, así como el carácter resoluble del contrato por voluntad unilateral, son cuestiones que revelan la necesidad del seguimiento de este litigio para quedar debidamente determinadas, y por ello cabe entender que concurren, tanto en la demanda como la reconvencción, dudas de hecho y de derecho que por aplicación del artículo 394 de la Ley de Enjuiciamiento Civil justifican la no imposición de las costas causadas en la primera instancia.

**CUADRAGESIMOCTAVO.-** Estimándose parcialmente el presente recurso, no procede hacer imposición de las costas causadas en el mismo por aplicación del artículo 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, ello aparte de subsistir en esta alzada dudas de hecho y de derecho, a las que se aludía en el anterior fundamento.

**Vistos** los artículos citados y demás de general de pertinente aplicación.

## 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 reconvenccional subsidiaria de la demandada-reconviniente, 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.

Contra la presente resolución cabe interponer recurso de casación por los motivos previstos en los artículos 469 y 477, ambos de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en relación con lo dispuesto en la Disposición Fina Decimosexta de la misma Ley, si concurren los requisitos legalmente exigidos para ello, el cual habrá de ser interpuesto por escrito a presentar en el plazo de veinte días ante este mismo Tribunal, que habrá de cumplir las exigencias previstas en el artículo 481 de dicho Texto legal.

Así, por esta nuestra Sentencia, de la que se unirá certificación al rollo de Sala y se notificará a las partes conforme a lo dispuesto en el artículo 208.4 de la L.E.C. 1/2000, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

**PUBLICACIÓN.-** Dada y pronunciada fue la anterior Sentencia por los Ilmos. Sres. Magistrados que la firman y leída por el/la Ilmo. Magistrado Ponente en el mismo día de su fecha, de lo que yo el/la Secretario certifico.

FONDO DOCUMENTAL • CENDOJ