



Roj: **STS 5146/2014** - ECLI: **ES:TS:2014:5146**

Id Cendoj: **28079130032014100325**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Madrid**

Sección: **3**

Fecha: **15/12/2014**

Nº de Recurso: **2038/2012**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **RECURSO CASACIÓN**

Ponente: **EDUARDO CALVO ROJAS**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAN 1533/2012,**
STS 5146/2014

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a quince de Diciembre de dos mil catorce.

La Sala constituida por los Excmos. Sres. Magistrados relacionados al margen ha visto el recurso de casación nº 2038/2012 interpuesto por MEDIASET ESPAÑA COMUNICACIÓN, S.A., representada por el Procurador D. Manuel Sánchez-Puelles y González-Carvajal, contra la sentencia de la Sección 6ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 30 de marzo de 2012 dictada en el recurso contencioso-administrativo nº 208/2011 . Se ha personado en las actuaciones como parte recurrida la ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO, representada y asistida por la Abogacía del Estado.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La Sección 6ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional dictó sentencia con fecha 30 de marzo de 2012 (recurso nº 208/2011) en la que se desestima el recurso contencioso-administrativo interpuesto por Mediaset España Comunicación, S.A. contra el acuerdo de la Comisión Nacional de la Competencia de 25 de abril de 2011 (expediente R/0068/11, TELECINCO 2) que desestima el recurso interpuesto por Gestevisión Telecinco S.A. contra el acuerdo de la Dirección de Investigación de 23 de febrero de 2011 que modificaba el Plan de Actuaciones presentado por Telecinco el 31 de enero de 2011 en el marco del expediente de vigilancia VC7230/Telecinco/Cuatro y aprobaba la versión modificada de dicho Plan de Actuaciones.

SEGUNDO.- Por resolución de la Directora de Investigación de 23 de febrero de 2011 se aprueba la versión modificada del Plan de Actuaciones que había presentado Telecinco el 31 de enero de 2011 en el marco del expediente de vigilancia VC/230 Telecinco/Cuatro. Tal resolución fue impugnada ante el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia, que desestimó el recurso por acuerdo de 25 de abril de 2011 que es el objeto del recurso contencioso-administrativo.

Como explica la sentencia recurrida en su antecedente segundo, en la demanda se pedía el dictado de sentencia que, estimando el recurso, anulase el acto administrativo impugnado en los siguientes términos:

<< 1-. En lo relativo al criterio de cómputo de los límites temporales, 3 y 5 años previstos para la adquisición exclusiva de contenidos de terceros en el compromiso num. Vi desde la fecha de firma de los contratos, imponiendo en su lugar el siguiente criterio de cómputo:

a) Como regla general, que los límites de 3 y 5 años se computen desde el momento en que cada uno de los contenidos audiovisuales contratados se pongan a disposición de Telecinco para su respectiva explotación.



b) Con respecto a los contenidos que ya se hubieran puesto a disposición de Telecinco para su explotación con anterioridad al 28 de diciembre de 2010 fecha de efectividad de la fusión entre Telecinco y Cuatro, desde dicha fecha de 28-XII-2010.

- Subsidiariamente declare la nulidad o la anulabilidad de la Resolución de 25 de abril de 2011 y en consecuencia del acuerdo de 23 de febrero de 2011 en lo relativo al criterio de cómputo de los límites temporales de 3 y 5 años previstos para la adquisición exclusiva de contenidos de terceros en el compromiso num. Vi desde la fecha de la firma de los contratos.

2-. Declare la anulabilidad de la resolución impugnada y en consecuencia del acuerdo de 23 de febrero de 2011 en lo relativo a la consideración a efectos de los conceptos de "terceros operadores" o "terceros canales" previstos en el compromiso num. Iii de los canales incluidos en los múltiples de Telecinco/Cuatro, que se arrienden a favor de terceros.

3-. Declare la anulabilidad de la resolución impugnada y en consecuencia del acuerdo de 23 de febrero de 2011 en lo relativo al concepto de "producción propia" cuando Telecinco disponga de más del 50% de los derechos de explotación económica y de propiedad intelectual correspondientes al productor del contenido producido a efectos de determinar el concepto de contenidos de terceros previsto en el compromiso num. Vi, estableciendo en su lugar los siguientes porcentajes a partir de los cuales se determinará cuando una coproducción debe considerarse excluida del ámbito de aplicación de los límites previstos en el compromiso Vi:

- 40% para las coproducciones con un productor independiente, siempre y cuando Telecinco sea el único coproductor español no independiente;

- 25% para proyectos cinematográficos paneuropeos siempre que sea el único operador televisivo español que participe en la coproducción de la película; y ningún porcentaje mínimo en relación con las coproducciones internacionales entre varios países.

O subsidiariamente la anulabilidad en lo relativo al concepto de "producción propia" cuando Telecinco disponga de más del 50% de los derechos de explotación económica y de propiedad intelectual correspondientes al productor del contenido producido a efectos de determinar el concepto de contenidos de terceros previsto en el compromiso VI>>.

La sentencia de la Sala de la Audiencia Nacional destaca que el Plan de Actuaciones objeto de litigio tiene la finalidad de contrarrestar los efectos que para la libre competencia tiene la concentración de dos operadores -Telecinco y Cuatro- que refuerza extraordinariamente el poder de mercado de la recurrente en la adquisición de contenidos audiovisuales para la explotación en televisión en abierto.

En el fundamento sexto de la sentencia la Sala de la Audiencia Nacional señala, en lo que ahora interesa, lo siguiente:

<<... La actora sostiene que "lo que hace el Plan de Actuación es introducir un límite temporal que no estaba previsto ni encuentra acomodo en la redacción del Compromiso, y así se instauran dos límites temporales, uno sobre la duración del contrato, que será de 3 años desde su firma, y otro que opera sobre la vigencia de la licencia de explotación que también será de 3 años como regla general."

El origen del debate jurídico, planteado de forma general, se encuentra en la circunstancia de que los compromisos presentados por la ahora actora se aceptaron con sujeción a la presentación ante la CNC de "un plan de actuaciones para la instrumentación de los Compromisos en ella contenidos" y se estableció expresamente en el acuerdo de la Directora de Investigación, competente al efecto según la LDC, que "En el plazo de un mes desde su recepción dicho plan deberá ser aprobado por la CNC que podrá introducir en el mismo las modificaciones que considere oportunas para el adecuado cumplimiento de los Compromisos adoptados en la presente Resolución".

A juicio de esta Sala, esta resolución justifica el hecho de que no se deba limitar la CNC en esta aceptación del Plan de Actuaciones al tenor literal de los compromisos presentados, que por otra parte, se caracterizan por su indefinición:

- El compromiso (vi) presentado indica que Telecinco se compromete a "no concluir" contratos de adquisición exclusiva de contenidos audiovisuales de terceros con duración superior a tres años, pero no especifica la fecha de entrada en vigor del compromiso, luego es necesario establecerla.

- Igualmente se compromete a otorgar al proveedor, en el caso de los contratos de adquisición de contenidos audiovisuales exclusivos actualmente en vigor que superen los anteriores límites, un derecho, a ejercer en el plazo de seis meses, desde la entrada en vigor de los compromisos.



La propia actora está interpretando a su manera los compromisos cuando alega que este compromiso vi lo que pretendía era establecer límites temporales a la duración de los contenidos que constituyen el objeto del contrato *"porque es su disfrute en exclusiva lo que pretende limitar el compromiso"*. Según la tesis actora el plan de actuaciones no puede tener más objeto por su propia naturaleza que la plasmación de la ejecución de los compromisos propuestos y no modificarlos, extenderlos o reinterpretarlos, pero se atribuye la potestad de interpretarlos, potestad que niega a la Administración, titular del control de concentraciones económicas.

La CNC ha resuelto sobre la base de que Telecinco propone en relación con los contratos preexistentes cuya duración excede los límites señalados en el párrafo primero del compromiso (tres años, salvo en las películas cinematográficas que serán cinco años) el cómputo desde la fecha de toma de control efectiva de Cuatro por Telecinco, es decir, creando la ficción de que todos los contratos se han firmado el día 28 de diciembre de 2010, y los cinco o tres años empiezan a contarse desde entonces. Resulta, a juicio de la Administración que dada la redacción inicial del compromiso, esta interpretación permite el ejercicio, en principio contrario al compromiso, de ejercer derechos de adquisición preferente, prórroga y opción contenidos en el contrato si no se extiende a más de los plazos de tres y cinco años litigiosos.

Y como razona la CNC, y es una consideración plenamente compartida por esta Sala, de ese modo se impediría la salida periódica al mercado de los derechos exclusivos sobre generadores de contenido que obraban en poder de Telecinco antes de la operación con Cuatro o incluso que pudiera adquirir posteriormente. Por otra parte:

1º Los compromisos, deben interpretarse de forma conjunta, coherente y coordinada, y no de manera aislada, incongruente y descoordinada porque esto permitiría el efectivo vaciamiento de los mismos.

2º La interpretación de este compromiso, en concreto, de la entrada en vigor de los plazos examinados, debe realizarse de forma conjunta con los restantes, a la vista de la función de los mismos en el marco de una operación de concentración económica.

3º El compromiso Vi tiene la finalidad de permitir y garantizar que salgan al mercado de forma progresiva los derechos exclusivos que Telecinco y Cuatro ostentan como consecuencia de los contratos suscritos antes de la operación. Tal salida no tendría lugar si el plazo se computa desde el día 28 de diciembre de 2010, pues entonces los derechos solo saldrían al mercado, y no de forma gradual, el día 28 de diciembre de 2013 en el caso de los contenidos distintos de películas cinematográficas y el día 28 de diciembre de 2015 en el caso de estas. No habría apertura del mercado en forma inmediata sino en el futuro, cuando ya carece por completo de sentido el pretendido intento de moderar las consecuencias de la operación de concentración económica. Los compromisos, como las condiciones, tienen la misión de posibilitar el mantenimiento de la competencia efectiva en el mercado.

La Administración señala, y no es contestado de forma efectiva por la recurrente, que la interpretación del plazo que propone Telecinco supone consolidar la imposibilidad de que salgan al mercado durante tres o cinco años, una importante cantidad de derechos exclusivos, manteniendo así cerrada cualquier opción de los competidores que tienen menos capacidad de compra a la adquisición de dichos contenidos, lo que indudablemente significa cerrar efectivamente el mercado durante ese plazo.

En este sentido esta Sala considera que en contra de lo alegado por la actora el plan de actuaciones plasma la ejecución de los compromisos, no los modifica ni los extiende, los concreta para que sirvan a la finalidad que les otorga la ley, que no es otra que evitar la creación de obstáculos a la libre competencia. No solo no se aprecia la alegada falta de *"interpretación lógica"* sino que, por el contrario, tal y como expone la CNC y se ha resumido en las líneas precedentes, solo con esta interpretación de los plazos se cumple la finalidad que tienen en su configuración legal y jurisprudencial los compromisos>>.

Más adelante, el mismo fundamento sexto de la sentencia añade:

<< (...) El artículo 69 del Reglamento de Defensa de la Competencia, que regula la presentación de compromisos en primera y en segunda fase, establece en su párrafo 4 que *"La Dirección de Investigación examinará los compromisos presentados por el notificante y podrá solicitar la modificación de los mismos cuando considere que son insuficientes para eliminar los posibles obstáculos a la competencia que puedan derivarse de la operación"*.

En este caso, no se ha apreciado la insuficiencia, pero si se han concretado algunos aspectos de los mismos mediante el Plan de Actuaciones, y es en el marco de este en el que han tenido lugar las especificaciones, habiéndose ya establecido en la resolución del Consejo de la CNC la necesidad de presentar tal Plan de Actuaciones. En el marco de un expediente de vigilancia el art. 71 del R.D. 261/2008 establece que la DI llevará a cabo las actuaciones necesarias para vigilar la ejecución y el cumplimiento de las resoluciones y acuerdos que se adopten en materia de control de concentraciones.



En cuanto al alegado desvío de precedentes, las resoluciones citadas como término de comparación se han adoptado en expedientes sancionadores, que tienen en consideración circunstancias distintas de aquellas que constituyen el marco normativo en materia de concentraciones económicas.

Todas las consideraciones expuestas son de aplicación tanto a la cuestión relativa a la vigencia de los contratos en vigor como a la interpretación del plazo en relación con los contratos de adquisición exclusiva de contenidos audiovisuales de terceros a concluir en el futuro. La actora pretende que solo empiece a contar el plazo desde el momento en que tiene lugar la efectiva puesta a disposición del producto terminado, con lo que se consigue eludir el plazo por la vía de negociar pro futuro la adquisición de los contenidos, adquisición que así no estaría sujeta a plazo alguno, permitiendo a Telecinco conservar su poder de adquisición: al no establecerse la fecha de entrega efectiva del producto terminado a Telecinco, esta podría mantener abiertos los plazos adquiriendo las producciones en curso y futuras sin limitaciones>>.

También en relación con el criterio establecido en el acuerdo impugnado sobre cómputo del plazo de tres años desde la firma de los contratos, el fundamento séptimo de la sentencia da respuesta a las alegaciones de la demandante sobre vulneración de los principios de igualdad, confianza legítima, seguridad jurídica e irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales reciben respuesta, en los siguientes términos:

<< (...) En cuanto al principio de igualdad, se asocia en la demanda con el principio de motivación de los actos administrativos porque según la actora la interpretación es distinta a la realizada por la CNC a otros operadores en casos anteriores similares sin motivación. La actora considera que la CNC se desvía de los precedentes, que la demanda no cita, salvo en lo relativo al tema del fútbol, cuestión que ha sido tratada en el marco de un expediente sancionador, no apreciándose que en ningún caso que en una situación igual a la de autos se haya resuelto de forma diferente. No se propone por la recurrente un término de comparación válido que constituye la base necesaria para comprobar si se ha vulnerado el principio de igualdad.

En cuanto a la confianza legítima, porque según Telecinco no podía en absoluto prever la interpretación que realiza la CNC, su alegación se circunscribe al hecho de que la actora había previsto, que no expuesto ni incluido expresamente en el compromiso presentado, otra interpretación del límite, lo que desde luego no puede constituir una violación de un principio que, según el Tribunal Supremo, ha de ser aplicado no cuando se produzca cualquier tipo de convicción psicológica en el particular sino cuando los signos externos producidos por la Administración sean suficientemente concluyentes para inducirle razonablemente a confiar en que actuar de determinada manera es considerado legal por la referida Administración (STS 20-XII-2006). En este caso, no se aprecia ninguna actuación de la CNC en cuya virtud Telecinco pudiera haber considerado que cualquier interpretación que diera al compromiso sería aceptada por aquella.

Igualmente se alega que la interpretación que realiza la CNC del plazo vulnera los principios de irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales y de seguridad jurídica recogidos en el art. 9 CE . La recurrente no había efectuado indicación alguna de que su interpretación del compromiso, en la cuestión objeto de debate, fuese la que ahora postula, por lo que no tuvo lugar pronunciamiento administrativo alguno al respecto. Como recuerda el Abogado del Estado, ni siquiera planteó este sistema de cómputo de los límites temporales en su primera propuesta al Plan de Actuaciones de 10 de enero de 2011. Por eso no recibió "respuesta" de la D.I. cuando solicitó subsanación de tal propuesta, y es en la presentada el 31 de enero de 2011 cuando por primera vez indica su intención sobre el cumplimiento de los plazos propuestos, a lo que reacciona la ID en el Plan de Actuaciones.

No ha habido por tanto aplicación de norma sancionadora o restrictiva de derechos, ni desde luego retroactividad contraria a la seguridad jurídica>>.

Por último, la sentencia recurrida aborda otros argumentos de impugnación que se aducían en la demanda: de un lado, el relativo a lo que establece el Plan de Actuaciones en orden a la aplicación de las limitaciones establecidas en el compromiso iii respecto a canales de Telecinco arrendados a terceros (fundamento octavo de la sentencia); y, de otra parte, las limitaciones introducidas en el Plan de Actuaciones al concepto de "producción propia de Telecinco" a efectos del compromiso Vi, limitaciones que la demandante tachaba de innecesarias y susceptibles de ocasionar distorsiones en el mercado de producción de contenidos (fundamento noveno). Tales argumentos de impugnación son desestimados en los citados fundamentos octavo y noveno de la sentencia la sentencia, sin que sobre estas cuestiones se haya suscitado debate específico en casación.

TERCERO.- Notificada la sentencia a las partes, la representación procesal de Mediaset España Comunicación, S.A. preparó recurso de casación y luego efectivamente lo interpuso mediante escrito presentado el 25 de junio de 2012 en el que formula cuatro motivos de casación, el segundo de ellos al amparo del artículo 88.1.c/ de



la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa y los otros tres invocando el artículo 88.1.d/ de la misma Ley . El enunciado y contenido de cada uno de los motivos es, en resumen, el siguiente:

1.- Infracción de los artículos 58 y 59 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia y 69 de su Reglamento aprobado por Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero, así como de los artículos 102 y 103 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre . Se aduce en este motivo que la sentencia de instancia vulnera los preceptos citados al aceptar que la Dirección de Investigación de la Comisión Nacional de la Competencia realice modificaciones y cambios en los compromisos propuestos por el notificante y asumidos expresamente por la resolución autorizatoria de la concentración, y ello por la vía de alterarlos en el momento de su ejecución a través del Plan de Actuaciones Modificado.

2.- Infracción de los artículos 218 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y 120 y 24 de la Constitución . Alega la recurrente que la sentencia parte en su motivación de premisas patentemente erróneas. Cita la doctrina del TC (SsTC 118/06 y 243/06) en cuanto a la exigencia de una motivación razonable de las sentencias y, especialmente, que no partan de premisas inexistentes o patentemente erróneas. Alega que la Sala de instancia ha prescindido de un documento probatorio decisivo unido a las actuaciones y que formaba parte del material probatorio a considerar, (cita al efecto la STS de 23 de septiembre de 2009 dictada en recurso de casación 7548/05).

3.- Infracción de los principios de seguridad jurídica (artículo 9.3 de la Constitución), confianza legítima (artículo 3.1 de la Ley 30/1992), así como de la irrevocabilidad de los actos declarativos de derechos fuera de los casos y con arreglo a los procedimientos establecidos en la ley artículos 102 y siguientes de la Ley 30/1992) y de la exigencia de motivación tanto para apartarse la Administración del criterio seguido en actuaciones precedentes (artículo 54.1.c/ de la Ley 30/1992) como para apartarse los tribunales de la jurisprudencia establecida en la materia.

4.- Infracción de los principios de racionalidad, razonabilidad y proporcionalidad en relación con los artículos 38 y 9 de la Constitución , en cuanto que la sentencia acepta una decisión manifiestamente irrazonable o arbitraria y no tiene en cuenta que los compromisos establecidos en la resolución autorizatoria permitían alcanzar la finalidad prevista en la Ley de una manera menos restrictiva de la libertad empresarial.

Termina el escrito solicitando que, estimando el recurso, se case la sentencia recurrida y, en su lugar, se dicte pronunciamiento de fondo estimando el recurso contencioso-administrativo y anulando la resolución de 23 de febrero de 2011 impugnada en la instancia.

CUARTO.- Mediante providencia de la Sección 1ª de esta Sala del Tribunal Supremo de 8 de octubre de 2012 se acordó la admisión del recurso de casación, así como la remisión de las actuaciones a la Sección Tercera, conforme a las reglas de reparto de asuntos.

QUINTO.- Recibidas las actuaciones en esta Sección Tercera, por diligencia de ordenación de 5 de noviembre de 2012 se dio traslado del escrito de interposición a la parte recurrida para que formalizase su oposición, lo que llevó a cabo la representación procesal de la Administración del Estado mediante escrito presentado el 17 de diciembre de 2012 en el que, en primer lugar, formula una alegación previa sobre el alcance del debate suscitado en los motivos de casación, que, según señala, no abarca todos los pronunciamientos de la resolución administrativa que se impugnaban en el proceso de instancia. En cuanto a los motivos de casación, plantea la inadmisibilidad del motivo de tercero, por no haber sido anunciado en el escrito de preparación. Por lo demás, la Abogacía del Estado expone en el escrito las razones de su oposición a los motivos de casación formulados; y termina solicitando que se desestime el recurso con imposición de las costas a la parte recurrente.

SEXTO.- Quedaron las actuaciones pendientes de señalamiento para votación y fallo, fijándose finalmente al efecto el día 9 de diciembre de 2014, fecha en que tuvo lugar la deliberación y votación.

Siendo Ponente el Excmo. Sr. D. **Eduardo Calvo Rojas** ,

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El presente recurso de casación nº 2038/2012 lo interpone la representación de Mediaset España Comunicación, S.A. contra la sentencia de la Sección 6ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 30 de marzo de 2012 (recurso nº 208/2011) en la que se desestima el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la referida entidad mercantil contra el acuerdo de la Comisión Nacional de la Competencia de 25 de abril de 2011 (expediente R/0068/11, TELECINCO 2) que desestima el recurso interpuesto por Gestevisión Telecinco S.A. contra el acuerdo de la Dirección de Investigación de la citada Comisión Nacional de la Competencia de 23 de febrero de 2011 que modifica el Plan de Actuaciones



presentado por Telecinco el 31 de enero de 2011 en el marco del expediente de vigilancia VC7230/Telecinco/Cuatro.

Han quedado reseñadas en el antecedente segundo las razones que se exponen en la sentencia recurrida para fundamentar la desestimación del recurso contencioso-administrativo. Procede entonces que pasemos a examinar los motivos de casación formulados, cuyo contenido hemos resumido en el antecedente tercero. Pero antes habremos de pronunciarnos sobre la causa de inadmisión que plantea la Abogacía del Estado con relación al motivo tercero, y también nos referiremos a la puntualización que hace el representante procesal de la Administración acerca del alcance del debate suscitado en los motivos de casación.

SEGUNDO.- Como vimos en el antecedente quinto, la Abogacía del Estado plantea la inadmisibilidad del motivo de casación tercero, por no haber sido anunciado en el escrito de preparación del recurso.

La causa de inadmisión debe ser acogida pues, en efecto, en el escrito de preparación del recurso no se anunciaba un motivo de casación destinado a denunciar las infracciones que señala el motivo de casación tercero, en el que, como hemos dejado antes señalado, se alega la infracción de los principios de seguridad jurídica (artículo 9.3 de la Constitución) y confianza legítima (artículo 3.1 de la Ley 30/1992), así como de la irrevocabilidad de los actos declarativos de derechos fuera de los casos y con arreglo a los procedimientos establecidos en la ley artículos 102 y siguientes de la Ley 30/1992) y de la exigencia de motivación tanto para apartarse la Administración del criterio seguido en actuaciones precedentes (artículo 54.1.c/ de la Ley 30/1992) como para apartarse los tribunales de la jurisprudencia establecida en la materia.

Por tanto, el motivo de casación tercero debe ser inadmitido. Ello sin perjuicio de que, en lo que se refiere a dos de los preceptos que ese motivo tercero se citan, los artículos 102 y 103 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre , su examen puede ser abordado al analizar el motivo de casación primero, en el que también se citan como vulnerados esos dos artículos de la Ley 30/1992 poniéndolos en relación con la infracción que allí se alega de los artículos 58 y 59 de la Ley 15/2007, de Defensa de la Competencia , y 69 de su Reglamento aprobado por Real Decreto 261/2008.

Por lo demás, tiene también razón la Abogacía del Estado cuando en su escrito de oposición señala que el debate suscitado en los motivos de casación no abarca todos los pronunciamientos de la resolución administrativa que se impugnaban en el proceso de instancia. Ello significa que, aunque prosperase alguno de los motivos de casación, quedarían en todo caso subsistentes aquellos apartados de la resolución administrativa cuya impugnación fue desestimada por la Sala de instancia sin que el pronunciamiento de ésta haya sido combatido en casación.

Nos referimos, en concreto, a las cuestiones suscitadas en el proceso y abordadas en la sentencia sobre lo que establece el Plan de Actuaciones en orden a la aplicación de las limitaciones establecidas en el *compromiso III* respecto a canales de Telecinco arrendados a terceros (fundamento octavo de la sentencia); y sobre las limitaciones introducidas en el Plan de Actuaciones al concepto de "producción propia de Telecinco" a efectos del compromiso VI, limitaciones que la demandante tachaba de innecesarias y susceptibles de ocasionar distorsiones en el mercado de producción de contenidos (fundamento noveno). Como vimos en el antecedente segundo, los argumentos de impugnación que aducía la demandante con relación a estos puntos de la controversia fueron desestimados en los citados fundamentos octavo y noveno de la sentencia la sentencia, sin que sobre estas cuestiones se haya suscitado debate específico en casación.

TERCERO.- Entrando entonces a examinar los motivos de casación, en el motivo primero se alega la infracción de los artículos 58 y 59 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia y 69 de su Reglamento aprobado por Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero, así como de los artículos 102 y 103 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre . Se aduce en este motivo que la sentencia de instancia vulnera los preceptos citados al aceptar que la Dirección de Investigación de la Comisión Nacional de la Competencia realice modificaciones y cambios en los compromisos propuestos por Telecinco y asumidos expresamente por la resolución autorizatoria de la concentración, y ello por la vía de alterarlos en el momento de su ejecución a través del Plan de Actuaciones Modificado.

El motivo de casación debe ser acogido; y ello por las razones que pasamos a exponer.

Entre los preceptos de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia que regulan el procedimiento de control de concentraciones económicas (artículos 55 y siguientes), el artículo 59.1 determina que: << 1. Cuando de una concentración puedan derivarse obstáculos para el mantenimiento de la competencia efectiva, las partes notificantes, por propia iniciativa o a instancia de la Comisión Nacional de la Competencia, podrán proponer compromisos para resolverlos >>.

De acuerdo con esa previsión legal, en el caso que nos ocupa (expediente de concentración C/230/10 Telecinco/Cuatro) se produjeron las siguientes incidencias:



A/ Telecinco presentó escrito con fecha 19 de octubre de 2010 en el que asumía diferentes *compromisos*; entre ellos, en lo que ahora interesa, el siguiente:

<< (...) VI.- Telecinco se compromete a no concluir contratos de adquisición exclusiva de contenidos audiovisuales de terceros con una duración superior a tres años y se compromete a que dichos contratos no incluyan cláusulas de renovación tácita, derechos de tanteo y retracto u opciones de prórroga o adquisición preferente para períodos sucesivos. Como excepción a lo anterior, se permitirá que Telecinco tenga contratos que cubran la "vida total" de cada serie y cada programa de entretenimiento. En el caso de películas cinematográficas, se permitirá que cada película sea explotada en exclusiva por un periodo máximo de cinco años.

En el caso de los contratos de adquisición de contenidos audiovisuales exclusivos actualmente en vigor que superen los anteriores límites, Telecinco se compromete a otorgar al proveedor un derecho, que podrá ejercerse en un plazo de seis meses desde la entrada en vigor de los compromisos, sujeto a la correspondiente compensación conforme a criterios objetivos y proporcionales, de modificar los contratos para ajustarlos a los anteriores límites, sin modificación del resto de condiciones establecidas en los mismos. Asimismo, Telecinco renunciará expresamente a ejercer en cualquier momento los mecanismos de prórroga, opción o derechos de adquisición preferente que pudiera haber en tales contratos.

A efectos de lo previsto en el presente compromiso, cualquier modificación o novación de los contratos de adquisición exclusiva de contenidos audiovisuales que Telecinco tuviera suscritos tendrá la consideración de un nuevo contrato, quedando sometido a los compromisos antes señalados para los mismos [...]>>.

B/ Con relación a esos compromisos asumidos por Telecinco, por resolución del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia de 28 de octubre de 2010 se acordó:

<<PRIMERO.- Subordinar en aplicación del artículo 58.4.b) de la Ley 15/2007 la autorización de la concentración al cumplimiento de los compromisos propuestos por el notificante el 19 de octubre de 2010 que se transcriben en el Fundamento de Derecho Segundo.

SEGUNDO.- Conceder a TELECINCO el plazo de un mes desde la fecha en que la Resolución sea ejecutiva para presentar ante la CNC un plan de actuaciones para la instrumentación de los compromisos en ella contenidos.

En el plazo máximo de un mes desde su recepción, dicho plan deberá ser aprobado por la CNC, que podrá introducir en el mismo las modificaciones que considere oportunas para el adecuado cumplimiento de los compromisos adoptados en la presente Resolución.

TERCERO.- Establecer una duración inicial de los compromisos de tres años desde la aprobación del Plan de Actuaciones, prorrogable por otros dos si no se modifican sustancialmente las circunstancias de mercado que hicieron necesarios los mismos.

CUARTO.- Intimar a TELECINCO al cumplimiento de lo previsto en la presente Resolución.

QUINTO.- Encomendar la vigilancia de la presente Resolución a la Dirección de Investigación en virtud de lo previsto en el artículo 35.2.c) de la Ley 15/2007 >>.

C/ En cumplimiento de lo establecido en el apartado segundo del anterior acuerdo, Telecinco presentó con fecha 11 de enero de 2011 un "plan de actuaciones" para la instrumentación de los compromisos; y tras ser requerida por la Dirección de Investigación de la Comisión Nacional de la Competencia para la subsanación de determinadas deficiencias, Telecinco presentó con fecha 31 de enero de 2011 una segunda versión del referido plan de actuaciones.

D/ Por resolución de la Dirección de Investigación de 23 de febrero de 2011 (acto impugnado en el proceso de instancia) se modifica el Plan de Actuaciones presentado Telecinco y se aprueba una versión modificada de dicho plan de actuaciones. Entre las modificaciones introducidas, y en relación con el Compromiso VI que hemos dejado reseñado en el apartado A/, la resolución de la Dirección de Investigación de 23 de febrero de 2011 establece:

<< (...) Los criterios para verificar la adecuación de los nuevos contratos de adquisición de contenidos exclusivos de esta naturaleza con el presente compromiso serán los siguientes:

a) La duración de estos contratos no podrá exceder de 3 años desde la fecha de su firma.

b) Al amparo de esta clase de contratos no podrán ponerse a disposición de TELECINCO películas o contenidos concretos una vez transcurrido un plazo de 3 años desde la firma de los mismos. Conforme a lo previsto en el párrafo primero del compromiso (vi), en el caso de las series, para cada serie contratada se podrán poner a disposición de TELECINCO episodios de dicha serie a lo largo de la "vida total" de la misma.



c) La explotación de cada uno de los contenidos individuales incluidos los episodios o capítulos de cada serie será 3 años con carácter general y de cinco años para las películas cinematográficas, a contar desde el momento de su puesta a disposición de TELECINCO.

En relación con otro tipo de contratos, tales como adquisición de derechos exclusivos de contenidos deportivos, u otros no contemplados en los casos anteriores, la duración de los nuevos contratos suscritos por TELECINCO y la explotación de los correspondientes derechos audiovisuales no podrán exceder de 3 años desde su firma.

Respecto de las tv movies y miniseries, debe señalarse que la duración de la explotación exclusiva de estos contenidos estará sometida al límite general de 3 años previsto para los contenidos exclusivos.

En lo que se refiere a los contratos existentes con anterioridad a la vigencia (28 de diciembre de 2010) de los compromisos asumidos por TELECINCO, las limitaciones establecidas en el primer párrafo del compromiso (vi) se aplicarán a todos aquellos contratos de adquisición exclusiva de contenidos audiovisuales de terceros cuya duración exceda de los límites previstos en dicho párrafo, computándose a estos efectos la duración de estos contratos a partir de la fecha original del contrato o de la fecha de su novación cuando ésta se hubiera producido con anterioridad a la vigencia de los compromisos, de acuerdo con los criterios generales sobre duración establecido para los nuevos contratos de adquisición de contenidos exclusivos.

En el caso de los contratos preexistentes con una duración superior a la establecida en los compromisos, conforme a los criterios señalados, TELECINCO se compromete a remitir a las partes firmantes de los mismos comunicación fehaciente otorgándole el derecho de modificar los contratos suscritos para ajustarlos a los límites establecidos en el compromiso (vi), sin modificación del resto de condiciones establecidas en los mismos; y en la que se especificará, en su caso, el alcance o la cuantía de la compensación que dicha modificación implicaría para la otra parte, o en su defecto el procedimiento o criterios para determinar dicha cuantía, que deberán ser objetivos y proporcionales.

TELECINCO concederá a las partes un plazo para ejercer el derecho ofrecido que finalizará no antes de seis meses desde la entrada en vigor de los compromisos, plazo que en ningún caso será inferior a 3 meses desde que la comunicación fuera remitida.

En lo que se refiere a los contratos preexistentes, que incluyan mecanismos de prórroga, opción o derechos de adquisición preferente, TELECINCO se compromete a remitir a las partes firmantes de los mismos una comunicación fehaciente de su renuncia unilateral, incondicional y sin compensación, al ejercicio de dichos derechos (...)>>.

E/ Contra ese acuerdo de la Dirección de Investigación de 23 de febrero de 2011 interpuso Telecinco recurso ante el Consejo (artículo 47 de la Ley 15/2007 de defensa de la Competencia), siendo tal recurso desestimado por resolución del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia de 25 de abril de 2011.

F/ La resolución de la Dirección de Investigación de 23 de febrero de 2011 así como la del Consejo de 25 de abril de 2011 fueron objeto de impugnación en el recurso contencioso-administrativo, siendo éste desestimado por sentencia de la Sección 6ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 30 de marzo de 2012 (recurso nº 208/2011), ahora recurrida en casación.

CUARTO.- Tanto en el recurso presentado en vía administrativa como en su escrito de demanda la representación de Telecinco alegaba que el acuerdo de la Dirección de Investigación de 23 de febrero de 2011 vino a modificar sustancialmente la resolución del Consejo de 28 de febrero de 2010, imponiendo la Dirección de Investigación en su acuerdo unas condiciones y criterios de cómputo que no estaban previstos en los compromisos que habían sido aprobados en la resolución del Consejo.

Frente a ello la sentencia recurrida señala que los compromisos presentados por la Telecinco se aceptaron con sujeción a la presentación de un plan de actuaciones para la instrumentación de los compromisos y que a tal efecto la resolución del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia de 28 de octubre de 2010 (véase fundamento tercero, apartado B/) estableció expresamente que *"En el plazo de un mes desde su recepción dicho plan deberá ser aprobado por la CNC que podrá introducir en el mismo las modificaciones que considere oportunas para el adecuado cumplimiento de los Compromisos adoptados en la presente Resolución"*. De ello deriva la Sala de instancia la conclusión que en la aceptación del Plan de Actuaciones la Comisión Nacional de la Competencia no debía limitarse al tenor literal de los compromisos presentados, que por otra parte - señala la sentencia-, *"se caracterizan por su indefinición"* (fundamento sexto de la sentencia recurrida).

A continuación, el mismo fundamento sexto de la sentencia invoca el artículo 69.4 del Reglamento de Defensa de la Competencia (*"La Dirección de Investigación examinará los compromisos presentados por el notificante y podrá solicitar la modificación de los mismos cuando considere que son insuficientes para eliminar los posibles*



obstáculos a la competencia que puedan derivarse de la operación"); y al amparo de lo establecido en ese precepto la Sala de instancia señala:

<< (...) En este caso, no se ha apreciado la insuficiencia, pero sí se han concretado algunos aspectos de los mismos mediante el Plan de Actuaciones, y es en el marco de este en el que han tenido lugar las especificaciones, habiéndose ya establecido en la resolución del Consejo de la CNC la necesidad de presentar tal Plan de Actuaciones. En el marco de un expediente de vigilancia el art. 71 del R.D. 261/2008 establece que la DI llevará a cabo las actuaciones necesarias para vigilar la ejecución y el cumplimiento de las resoluciones y acuerdos que se adopten en materia de control de concentraciones>>.

Pues bien, no podemos compartir la línea argumental de la sentencia recurrida.

Ante todo debe quedar claro que resolución del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia de 28 de octubre de 2010 no aprobó de una manera condicionada los compromisos presentados por Telecinco, pues la resolución los aceptó sin reservas, hasta el punto de que subordinaba la autorización de la concentración, precisamente, "al cumplimiento de los compromisos propuestos".

En la propia resolución de 28 de octubre de 2010 se establecía, como hemos visto, que Telecinco debía presentar un plan de actuaciones para la instrumentación de los compromisos; y que la Comisión podría introducir en ese plan de actuaciones las modificaciones que considerase oportunas "...para el adecuado cumplimiento de los compromisos adoptados en la presente resolución". Por tanto, en esa resolución de 28 de octubre de 2010 de ningún modo se contemplaba -y, menos aun, se autorizaba- que por la vía de modificar el plan de actuaciones resultase alterado el contenido de los compromisos ya aprobados por el Consejo.

En un inciso de su fundamento sexto la sentencia recurrida desliza la apreciación de que los compromisos que en su día presentó Telecinco "se caracterizan por su indefinición". Pues bien, si la Comisión Nacional de la Competencia apreciaba tal impresión o indefinición en los compromisos -en concreto, en el compromiso VI- el cauce para subsanarlo habría sido el previsto en el artículo 69.4 del Reglamento de Defensa de la Competencia, que, como hemos visto, faculta a la Dirección de Investigación para, una vez examinados los compromisos presentados, y siempre antes de ser éstos aprobados, solicitar al proponente su modificación cuando considere que son insuficientes para eliminar los posibles obstáculos a la competencia que puedan derivarse de la operación. No habiéndose instado la subsanación en esa fase del procedimiento, lo que no cabe es que, estando ya aceptados los compromisos por la mencionada resolución del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia de 28 de octubre de 2010, se pretenda su revisión o reformulación en un momento posterior por la vía -o, si se prefiere, so pretexto- de unas modificaciones en el plan de actuaciones.

En fin, no cabe aceptar el argumento según el cual los cambios introducidos en el plan de actuaciones no habrían alterado el contenido de los compromisos sino que únicamente los habrían concretado en algunos aspectos.

Centrándonos en el Compromiso VI -al que se ha ceñido la controversia en casación- ya vimos que en el primer párrafo de ese apartado Telecinco se comprometía <<... a no concluir contratos de adquisición exclusiva de contenidos audiovisuales de terceros con una duración superior a tres años (...)>>; estableciendo a continuación las siguientes especificaciones: "... Como excepción a lo anterior, se permitirá que Telecinco tenga contratos que cubran la "vida total" de cada serie y cada programa de entretenimiento. En el caso de películas cinematográficas, se permitirá que cada película sea explotada en exclusiva por un periodo máximo de cinco años >>. Siendo esos los términos del compromiso asumido, la expresión que se utiliza en el primer inciso relativa a "no concluir contratos (...) con una duración superior a tres años" pudiera entenderse referida a un período de tiempo cuyo cómputo se inicia en la fecha de firma del contrato; pero el inciso relativo a películas cinematográficas -para las que se amplía el plazo de tres a cinco años- claramente alude a un período máximo de explotación en exclusiva, lo que permite concluir, mediante una interpretación sistemática de los ambos incisos, que en todos los casos el compromiso asumido -y aceptado por el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia- consistía en limitar el período de explotación efectiva de los contenidos en exclusiva.

La diferencia entre uno y otro modo de computar el alcance temporal del compromiso es sustantiva y relevante, pues la recurrente ha explicado con claridad -en el proceso de instancia y en casación- que la forma en que habitualmente se lleva a cabo la contratación de contenidos audiovisuales supone que el momento en que tales contenidos quedan efectivamente a disposición del adquirente no suele coincidir con la fecha en que se firma el contrato, pues normalmente se trata de contratos que operan a futuro y que tienen por objeto contenidos audiovisuales que con frecuencia ni siquiera existen cuando se firma el contrato.

Así las cosas, que el compromiso que limita temporalmente la explotación de contenidos en exclusiva tome como referencia para el cómputo una u otra fecha -la de la firma del contrato o la del momento en que el contenido quede efectivamente a disposición de Telecinco- es cuestión de indudable trascendencia. Por



ello, si la Comisión Nacional de la Competencia consideraba que los términos en que aparecía formulado el compromiso VI eran ambiguos o imprecisos debió actuar, ya lo hemos señalado, en la forma prevista en el artículo 69.4 del Reglamento de Defensa de la Competencia, esto es, requiriendo a Telecinco, antes de la aprobación del compromiso, para que modificase la redacción. Al no haberlo hecho entonces, lo que no resulta aceptable, también lo hemos señalado, es que en un momento posterior, con ocasión de la fiscalización del plan de actuaciones, la Dirección de Investigación pretenda llevar a cabo no ya una mera interpretación o concreción del compromiso VI sino una verdadera modificación o reformulación de su contenido, pues habiendo sido ya aceptado este compromiso por resolución del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia, que había ganado firmeza, no resultaba viable que la Dirección de Investigación procediese a su revisión.

En consecuencia, la sentencia de instancia, al respaldar la actuación de la Dirección de Investigación de la Comisión Nacional de la Competencia, ha vulnerado los preceptos que se citan como infringidos en el motivo de casación, en particular el 69 del Reglamento de Defensa de la Competencia aprobado por Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero.

QUINTO.- Establecido así que la sentencia recurrida debe ser casada, por acogimiento del motivo de casación primero, resulta ya innecesario que entremos a resolver los motivos de casación segundo y cuarto (recuérdese que respecto del motivo tercero hemos declarado procedente su inadmisión).

Entrando entonces a resolver en los términos en que viene planteado el debate (artículo 45.2.d/ de la Ley reguladora de esta Jurisdicción), las mismas razones que hemos expuesto para fundamentar la estimación del motivo de casación primero son las que nos llevan a concluir que tanto el acuerdo de la Dirección de Investigación de 23 de febrero de 2011, que modificaba el Plan de Actuaciones, como la resolución de la Comisión Nacional de la Competencia de 25 de abril de 2011, que desestimó el recurso interpuesto por Gestevisión Telecinco S.A. contra aquel acuerdo, deben ser anulados.

Ahora bien, esa conclusión comporta la estimación del recurso contencioso administrativo sólo en parte; y ello en un doble aspecto.

De un lado, debe ser desestimada la pretensión principal que se formula en el apartado 1 del suplico de la demanda -que hemos dejado reseñado en el antecedente segundo-, donde la recurrente pide que se concrete en los términos que allí se indican el cómputo de los límites temporales de 3 y 5 años previstos en el Compromiso VI. Sucede que la pretensión de la demandante supone una reformulación del compromiso VI equivalente -aunque de signo contrario- a la que se reprocha a los actos de la Comisión Nacional de la Competencia que ahora se anulan. Por ello, únicamente cabe acceder a la pretensión subsidiaria de ese apartado 1 del suplico de la demanda, donde la recurrente pide que "se declare la nulidad o la anulabilidad de la Resolución de 25 de abril de 2011 y en consecuencia del acuerdo de 23 de febrero de 2011 en lo relativo al criterio de cómputo de los límites temporales de 3 y 5 años previstos para la adquisición exclusiva de contenidos de terceros en el compromiso VI desde la fecha de la firma de los contratos".

Por otra parte, la estimación del recurso tampoco alcanza a las pretensiones formuladas en los apartados 2 y 3 del suplico de la demanda, pues, como ya vimos (antecedente segundo, último párrafo), los argumentos de impugnación que se aducían en la demanda en contra de lo que establece el Plan de Actuaciones modificado en orden a la aplicación de las limitaciones establecidas en el Compromiso III respecto a canales de Telecinco arrendados a terceros, así como los motivos de impugnación que aducía la demandante frente a las limitaciones introducidas en el Plan de Actuaciones al concepto de "producción propia de Telecinco", a efectos del compromiso VI, fueron todos ellos desestimados en los fundamentos octavo y noveno de la sentencia, que ahora damos por reproducidos al no haberse suscitado debate en casación sobre estas cuestiones.

SEXTO.- De conformidad con lo dispuesto en el artículo 139, apartados 1 y 2 de la Ley de la Jurisdicción, no procede imponer las costas de la instancia a ninguno de los litigantes, corriendo cada parte con las suyas en lo que se refiere a las de la casación.

Vistos los preceptos citados, así como los artículos 86 a 95 de la Ley de esta Jurisdicción,

FALLAMOS

1. Ha lugar al recurso de casación interpuesto en representación de MEDIASET ESPAÑA COMUNICACIÓN, S.A. contra la sentencia de la Sección 6ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 30 de marzo de 2012 (recurso contencioso-administrativo nº 208/2011), que ahora queda anulada y sin efecto.
2. Estimando en parte el recurso contencioso-administrativo interpuesto por MEDIASET ESPAÑA COMUNICACIÓN, S.A. contra el acuerdo de la Comisión Nacional de la Competencia de 25 de abril de 2011



(expediente R/0068/11, TELECINCO 2) que desestima el recurso interpuesto contra el acuerdo de la Dirección de Investigación de 23 de febrero de 2011, que modificaba el Plan de Actuaciones presentado por Telecinco en el marco del expediente de vigilancia VC7230/Telecinco/Cuatro y aprobaba la versión modificada de dicho Plan de Actuaciones, anulamos los referidos acuerdos en lo relativo al criterio de cómputo de los límites temporales de 3 y 5 años previstos para la adquisición exclusiva de contenidos de terceros en el compromiso VI desde la fecha de la firma de los contratos; con desestimación de las demás pretensiones formuladas en la demanda.

3. No hacemos imposición de costas en el proceso de instancia, debiendo correr cada parte con las suyas en el recurso de casación.

Así por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos . Pedro Jose Yague Gil Manuel Campos Sanchez-Bordona Eduardo Espin Templado Jose Manuel Bandres Sanchez-Cruzat Eduardo Calvo Rojas Maria Isabel Perello Domenech **PUBLICACION.**- Leída y publicada fue la anterior sentencia, estando constituida la Sala en Audiencia Pública, lo que certifico.

FONDO DOCUMENTAL CENDO