



AUDIENCIA NACIONAL

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección : 006

MADRID

PO530 OFICIO REMITIR TESTIMONIO SENTENCIA A LA ADMON

Número de Identificación Único: 28079 23 3 2011 0002158

Procedimiento: **PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000208 /2011**

Recurrente: MEDIASET ESPAÑA COMUNICACION, S.A TELECINCO

Ref: Adjunto copia de oficio para su localización

A efectos informativos y con el fin de que se tenga constancia en ese Organismo de la Sentencia recaída en esta Sección en los autos reseñados al margen, seguidos a instancia de MEDIASET ESPAÑA COMUNICACION, S.A TELECINCO, adjunto remito testimonio de la misma, con significación de que **no es firme, al haberse preparado recurso de casación** por la representación procesal de la parte recurrente.

Sírvase disponer acuse recibo.

En MADRID, a nueve de Mayo de dos mil doce.

EL SECRETARIO JUDICIAL

FDO.: VICTOR GALLARDO SANCHEZ

COMISION NACIONAL DE LA COMPETENCIA.

AUDIENCIA NACIONAL

Sala de lo Contencioso-Administrativo SECCIÓN SEXTA Secretaría de D. VÍCTOR GALLARDO SÁNCHEZ

SENTENCIA Nº:

Fecha de Deliberación: 22/03/2012
Fecha Sentencia: 30/03/2012
Núm. de Recurso: 0000208/2011

Tipo de Recurso: PROCEDIMIENTO ORDINARIO

Núm. Registro General: 02205/2011
Materia Recurso: MODIFICACIONES
Recursos Acumulados:
Fecha Casación:
Ponente Ilma. Sra.: D^a. MERCEDES PEDRAZ CALVO

Demandante: MEDIASET ESPAÑA COMUNICACIÓN S.A.
(TELECINCO)
Procurador: SR. SÁNCHEZ-PUELLES GONZÁLEZ CARVAJAL
Letrado:
Demandado: COMISION NACIONAL DE LA COMPETENCIA
Codemandado:

Abogado Del Estado

Resolución de la Sentencia: DESESTIMATORIA

Breve Resumen de la Sentencia:

Modificación del plan de actuación en relación con un expediente de vigilancia.

AUDIENCIA NACIONAL

Sala de lo Contencioso-Administrativo SECCIÓN SEXTA

Núm. de Recurso: 0000208/2011
Tipo de Recurso: PROCEDIMIENTO ORDINARIO

Núm. Registro General: 02205/2011
Demandante: MEDIASET ESPAÑA COMUNICACIÓN S.A.
(TELECINCO)
Procurador: SR. SÁNCHEZ-PUELLES GONZÁLEZ CARVAJAL

Demandado: COMISION NACIONAL DE LA COMPETENCIA

Abogado Del Estado

Ponente Ilma. Sra.: D^a. MERCEDES PEDRAZ CALVO

SENTENCIA Nº:

Ilma. Sra. Presidente:
D^a. MARÍA ASUNCIÓN SALVO TAMBO

Ilmos. Sres. Magistrados:
D^a. MERCEDES PEDRAZ CALVO
D^a. CONCEPCIÓN MÓNICA MONTERO ELENA
D^a. ANA ISABEL RESA GÓMEZ
D^a. LUCÍA ACÍN AGUADO

Madrid, a treinta de marzo de dos mil doce.

Visto el recurso contencioso administrativo núm. 208/2011 que ante la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional ha promovido **MEDIASET ESPAÑA COMUNICACIÓN S.A. (TELECINCO)** representada por el Procurador Sr. Sánchez-Puelles González Carvajal en nombre y representación del Estado, dirigida y representada por el Sr. Abogado del Estado, sobre Resolución de la Comisión Nacional de la Competencia de fecha 25 de abril de 2011, relativa a **modificación**

del plan de actuación en relación con un expediente de vigilancia con una cuantía indeterminada, siendo Ponente la Magistrado **D^a Mercedes Pedraz Calvo**.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO-. La representación procesal indicada interpuso recurso contencioso-administrativo ante esta Sala contra la Resolución de referencia mediante escrito de fecha 10 de mayo de 2011. Por Decreto del Sr. Secretario se acordó tener por interpuesto el recurso, ordenando la reclamación del expediente administrativo.

SEGUNDO-. En el momento procesal oportuno la representación procesal de la actora formalizó la demanda mediante escrito de 15 de septiembre de 2011 en el cual, tras alegar los hechos y fundamentos de derecho que estimó de rigor, termino suplicando se dicte sentencia por la que se estime el recurso anulando el acto administrativo enjuiciado:

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. lii 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.

TERCERO- El Abogado del Estado contestó a la demanda para oponerse a la misma, y con base en los fundamentos de hecho y de derecho que consideró oportunos, terminó suplicando la desestimación del recurso.

CUARTO- Las partes, actora y el Abogado del Estado presentaron sus respectivos escritos de conclusiones para ratificar lo solicitado en los de demanda y contestación a la demanda.

QUINTO- La Sala dictó Providencia señalando para votación y fallo del recurso la fecha del 22 de marzo de 2.012 en que se deliberó y votó habiéndose observado en su tramitación las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS JURIDICOS

PRIMERO.- Es objeto de impugnación en este recurso contencioso-administrativo el acuerdo dictado por la Comisión Nacional de la Competencia el día 25 de abril de 2011 en el Expediente **R/0068/11 TELECINCO 2** con la siguiente parte dispositiva:

"UNICO Desestimar el recurso interpuesto por GESTEVISION TELECINCO S.A. contra el Acuerdo de la Dirección de Investigación de la CNC 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- Son antecedentes relevantes para la resolución de este recurso los siguientes:

- El 28 de abril de 2010 fue notificada por TELECINCO la operación de concentración consistente en la adquisición del control exclusivo de CUATRO. Adicionalmente, PRISA, TELEFÓNICA y TELECINCO notificaron el 29 de abril de 2010 su proyecto de adquisición del control conjunto de DIGITAL+.

- El día 17 de mayo de 2010, la Dirección de Investigación, en base a la íntima conexión entre ambas operaciones de concentración, acordó la acumulación de las mismas en un único expediente, para continuar su tramitación de forma conjunta.

- El 30 de junio de 2010 el Consejo de la CNC acordó iniciar la segunda fase del procedimiento, al objeto de poder realizar un análisis más detallado de ambas operaciones de concentración.

- Con fecha 20 de octubre de 2010, la Dirección de Investigación acordó dejar sin efecto la acumulación de las dos operaciones de concentración en un único expediente. De esta manera, la resolución del expediente de referencia sólo autoriza con compromisos la operación de concentración TELECINCO/CUATRO.

- TELECINCO tiene como principales áreas de actividad incluyen la televisión en abierto, publicidad, explotación de contenidos audiovisuales, producción y distribución de productos audiovisuales, agencia de noticias y actividades de televenta. Está controlada por Mediaset, sociedad que cotiza en la bolsa de Milán y que a su vez está controlada en última instancia por Fininvest, sociedad holding del Grupo Fininvest, con intereses en el sector audiovisual, editorial y servicios financieros.

- CUATRO agrupa el negocio de televisión en abierto de PRISA, siendo titular de la licencia de un múltiple de TDT nacional y la mayor parte de su negocio de publicidad en televisión.

El resumen del informe propuesta elaborado por la Dirección de Investigación y publicado en la página web de la CNC describía en los siguientes términos el mercado afectado en relación con la comercialización de contenidos, que es el mercado en el que se inserta el compromiso debatido en este litigio:

“IV.1. MERCADOS DE COMERCIALIZACIÓN DE CONTENIDOS

(11) La comercialización de los contenidos audiovisuales está situada un escalón por debajo en la cadena de valor de la producción de los mismos, y puede ser realizada por el productor de estos contenidos o por un tercero al que el productor le encomienda la distribución de los mismos. Adicionalmente, las actividades de comercialización de contenidos audiovisuales son de vital importancia para poder competir en los mercados aguas abajo, en la medida en que los contenidos son inputs necesarios para poder ofrecer una programación atractiva y diferenciada que permita captar abonados y espectadores.

(12) Los distintos precedentes nacionales y comunitarios han distinguido diferentes mercados de comercialización de contenidos según la naturaleza del contenido (películas, series, partidos de fútbol de Liga y Copa de S.M. el Rey, otros partidos de fútbol, etc.), la modalidad de emisión, etc.

(13) El acceso a contenidos Premium, así como a las distintas modalidades y ventanas de emisión se encuentra fuertemente limitado por el acaparamiento actual de contenidos por parte de PRISA. En este sentido, las características de los mercados de comercialización de contenidos, donde los oferentes desean alcanzar el mayor número de ventanas posibles, unidas a la posición en los mismos de partes, harían que si TELE CINCO cuenta con una mayor capacidad e incentivo a actuar de forma coordinada con DIGITAL+, PRISA y TELEFÓNICA, esta entidad pasaría a tener un poder negociador que sería irreplicable para terceros operadores de televisión en abierto en España en términos de ventanas y volumen de negocios afectados. Esto podría llevar a dificultar o incluso vedar el acceso a determinados contenidos audiovisuales por parte de terceros competidores de televisión en abierto.

(14) TELE CINCO, CUATRO, DIGITAL+, PRISA y TELEFÓNICA, en su conjunto, se encuentran presentes en la totalidad de segmentos de demanda de contenidos, ya sean lineales, no lineales, canales premium y canales temáticos, y están presentes tanto en la televisión de pago como en la televisión en abierto. Esta singular posición les permitiría intervenir en la adquisición de contenidos, programas y canales de televisión realizando ofertas de compra empaquetadas, que serían irreplicables por terceros adquirentes, y tendrían un menor coste por ventana de explotación. “

Igualmente se inserta en el mercado publicitario, respecto del cual se señala:

“IV.2. MERCADO DE PUBLICIDAD

(15) En el caso de la televisión en abierto el parámetro clave de financiación es la publicidad, que a su vez depende en gran medida de la audiencia. En este sentido, para un operador de televisión en abierto es clave la relación contractual que establece con los anunciantes o las agencias de medios, la cual está condicionada por la capacidad del operador de televisión en abierto para atraer telespectadores.

(16) El mercado de publicidad televisiva es muy transparente, ya que oferentes y demandantes cuentan con varias fuentes de información, fundamentales para el desarrollo de su negocio, a las que pueden acceder previo pago. Se trata de los datos suministrados por Kantar Media e Infoadex, ambas consideradas como referencia en el sector.

(17) Por otro lado, de la descripción del mercado por el lado de la oferta y por el lado de la demanda se infiere que un elemento esencial en la formación de los precios en este mercado es que la oferta de espacio publicitario es rígida, como consecuencia de los mencionados límites legales de emisión de publicidad. Este elemento, en un mercado con fuerte estacionalidad de la demanda (pico-valle) hace que, en los momentos pico próximos a la saturación de la oferta, los precios se

determinen por subasta, independientemente de la estructura de costes del oferente. El resultado es, por tanto, unos precios muy volátiles.

(18) Esta rigidez por el lado de la oferta se ha visto acentuada por la salida de TVE del mercado de la publicidad. Ello, unido al repunte de las cifras de inversión en publicidad tras un periodo con poca actividad, ha llevado a un crecimiento record de los precios. “

TERCERO- Del examen del expediente administrativo resulta que el tenor del compromiso Vi propuesto por Telecinco era 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 periodos 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, y 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. “

En la resolución adoptada el día 28 de octubre de 2010 el Consejo de la CNC 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."

Por resolución de la Directora de Investigación de 23 de febrero de 2011, se modifica el Plan de Actuaciones presentado por TELECINCO el 31 de enero de 2011 en el marco del expediente de vigilancia VC/230 TELECINCO/CUATRO y se aprueba la versión modificada de dicho Plan de Actuaciones.

Como consecuencia de la resolución, que es la impugnada ante el Consejo y objeto de este recurso, el compromiso Vi tiene el siguiente tenor literal:

"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.

El presente compromiso no resulta de aplicación a las producciones propias realizadas por TELECINCO (o empresas de su grupo).

Se entiende por producciones propias aquellas producidas por TELECINCO, por si o mediante terceros, en las que TELECINCO interviene como productor principal del contenido en cuestión, y como tal es el principal titular de derechos de propiedad intelectual correspondientes al productor sobre el contenido.

A los efectos del presente compromiso, se entenderá que existe producción propia de TELECINCO en aquellos casos en los que TELECINCO disponga de más del 50% de los derechos de explotación económica y de propiedad intelectual correspondientes al productor del contenido.

Se indican a continuación los criterios específicos de aplicación la hora de la verificar la adecuación de los nuevos contratos de adquisición de contenidos exclusivos con el presente compromiso, para todos aquellos contratos con la característica común de que no queda determinado en el momento de la firma del contrato la identificación concreta del contenido contratado (sino su número y/o características básicas), o el momento exacto en que cada contenido será puesto a disposición del adquirente.

En particular estos criterios se aplicarán a:

a) contratos para adquisición de los derechos de emisión de un número determinado de películas o series, determinándose el título y contenido de las mismas en el contrato contenidos concretos sin que se haya concretado la fecha de disponibilidad de la película o serie (fecha inicio de derechos)

b) contratos tipo "output deal" para la licencia de un número indeterminado de películas o series que el licenciante pueda producir en un determinado periodo temporal, sin que se determine o identifique el título y contenido de éstas en el contrato.

c) Contratos tipo "volume deal" en los que se contrata la licencia de un número determinado de películas o series, producidas o aún por producir, posponiéndose la determinación del producto a un momento posterior a la firma del contrato, en el que el licenciante da a conocer los títulos que pueden licenciarse, y el licenciatarario elige el producto que será licenciado al amparo del contrato, en los términos señalados en el respectivo contrato. En estos casos, la duración del contrato viene establecida en función de un número de años, en cada uno de los cuales serán licenciadas un número de películas/series, según el mecanismo señalado.

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.

TELECINCO realizará dichas comunicaciones en el plazo máximo de quince días desde la aprobación del presente Plan de Actuaciones.

La subrogación por parte de TELECINCO en los contratos de CUATRO, como resultado de la integración, o la modificación de los contratos suscritos por TELECINCO o CUATRO a fin de incluirse el conjunto de canales de televisión explotados por TELECINCO como canal autorizado para la emisión de los derechos en cada caso contratados, no se considerarán una modificación o novación a los efectos de la Resolución y, por tanto, tales novaciones o modificaciones no tendrán la consideración de nuevo contrato, siempre que no alteren ninguna otra cláusula o condición contractual.

TELECINCO remitirá a la CNC con carácter anual un cuadro con la relación de las producciones de contenidos audiovisuales en las que haya participado TELECINCO. Para cada contenido se describirá:

- a) la tipología del contenido (película, serie, programa entretenimiento, etc.)*
- b) si el contenido producido puede ser considerado como producción propia conforme al criterio anterior*
- c) la identificación, en su caso, de la identidad de terceros que hayan participado en la producción y/o dispongan de derechos de explotación económica o derechos de propiedad intelectual correspondientes al productor sobre el contenido*
- d) los porcentajes de participación de TELECINCO en los derechos de explotación económica y en los derechos de propiedad intelectual correspondientes al productor de cada contenido.*

Asimismo, TELECINCO remitirá a la CNC, en el plazo máximo de 1 mes tras la aprobación del presente Plan de Actuaciones, un listado de todos los contratos vigentes en la fecha de vigencia de los compromisos (28 de diciembre de 2010), suscritos, respectivamente, por TELECINCO y CUATRO para la adquisición de contenidos exclusivos de terceros, con indicación de los elementos relevantes (fecha de firma del contrato, fecha de expiración del contrato, duración del derecho de explotación de cada contenido, existencia de mecanismo de prórroga o derechos de adquisición preferente, etc.) (el Informe sobre contratos vigentes, en adelante), en el que se identificarán expresamente aquéllos que a criterio de TELECINCO estuvieran afectados por duración excesiva o incluyeran mecanismos de prórroga, opción o derechos de adquisición preferente, conforme a los señalado más arriba

Adicionalmente, TELECINCO remitirá a la CNC, con carácter anual, una actualización del Informe sobre contratos vigentes señalado anteriormente, en el que se identificarán expresamente las altas y bajas, modificaciones o novaciones contractuales que se hayan producido en el mismo respecto al informe anterior.

TELECINCO facilitará a la CNC una copia de las todas comunicaciones dirigidas a los proveedores en virtud de lo señalado en el párrafo segundo del compromiso, y de las respuestas que hubiera recibido por parte de los destinatarios."

CUARTO- En el Plan de actuaciones propuesto por Telecinco el compromiso iii tenía el siguiente tenor literal:

“Telecinco se compromete a no concluir nuevos contratos para la gestión de publicidad de terceros operadores de TDT en abierto de ámbito estatal, regional o local.

Respecto de los contratos suscritos con terceros operadores de TDT en abierto de ámbito estatal, regional o local para la gestión de la publicidad con anterioridad a la operación de concentración, Telecinco se compromete a limitar la duración de los mismos a un periodo máximo de un año desde la entrada en vigor de los presentes compromisos.

Telecinco se compromete a que la gestión de publicidad de terceros canales ajenos al grupo de televisión de pago, incluido Digital + se realice mediante una empresa distinta de la que gestiona la publicidad de los canales de Telecinco en abierto, con plena autonomía funcional y comercial”.

Como consecuencia de la resolución, que es la impugnada ante el Consejo y objeto de este recurso, en relación con el compromiso iii se añade lo siguiente:

“(60 En lo que se refiere al primer párrafo del compromiso iii, Telecinco considera que no han de considerarse contratados para la gestión de publicidad de terceros operadores aquellos relativos a la gestión de publicidad de los canales que, formando parte del propio múltiple de Telecinco, se arrienden a favor de terceros operadores, señalando que el arriendo o cesión de estos canales no alteraría la situación competitiva preexistente de Telecinco en el mercado de la publicidad televisiva.

(61) A este respecto, procede señalar que la formulación del compromiso iii resulta explícita respecto de la prohibición de gestionar publicidad de terceros operadores de TDT en abierto, sin que se recojan en el mismo excepciones como la que propone Telecinco, que limiten su alcance.

(62) Por otra parte, la cesión o arriendo es un acto que depende de la mera voluntad de Telecinco, sin que venga impuesto por precepto legal. La propuesta planteada por Telecinco implica, por tanto, una limitación del compromiso presentado, no contemplada ni prevista en el mismo, por lo que no puede admitirse, ya que supondría de llevarse a cabo un incumplimiento de dicho compromiso”.

QUINTO- La pretensión de Telecinco queda claramente expuesta en su escrito de demanda: determinadas disposiciones y actuaciones previstas en el Plan de Actuaciones modificado son contrarias a la literalidad y el espíritu de los compromisos presentados por Telecinco y pretende sean declarados nulos o anulados.

Hay un primer extremo objeto de recurso que guarda relación con el compromiso Vi y al respecto, el objeto de su pretensión es el siguiente:

- El cómputo de los límites de años de duración de los **contratos de adquisición de contenidos** previstos en el compromiso vi DESDE LA FIRMA DE LOS MISMOS, es contrario a la literalidad del compromiso, a la naturaleza de los

contratos, y a todos los precedentes en la materia, no encaja en la mecánica de funcionamiento del mercado y es susceptible de producir graves efectos en el mismo.

- Es incongruente con la propia naturaleza del contrato y no estaba previsto ni se puede deducir del compromiso: los contratos de adquisición de contenidos por su propia naturaleza y finalidad son contratos que despliegan sus efectos a futuro, y su objeto se encuentra en ocasiones indeterminado al momento de la firma.

Hay contenidos de estreno (películas de cine y series) librería o catálogo (contenidos ya estrenados en televisión en abierto) y acontecimientos deportivos. En todos los casos se adquieren los contenidos con cierta antelación respecto de la fecha de su puesta a disposición, siendo esta antelación variable según cada caso. La conclusión, para Telecinco es que una interpretación del plazo de tres años (o de cinco para las películas) como el que realiza la CNC desvirtúa el propio objeto de los contratos, y carece de sentido por la finalidad de la figura contractual requerida para la adquisición de contenidos.

La actora entiende que de la interpretación conjunta de la cláusula Vi resulta que los límites temporales en cuestión solo pueden aplicarse a la duración de los propios contenidos que constituyen el objeto del contrato, porque es su disfrute en exclusiva lo que pretende limitar el compromiso.

- Es contrario a la interpretación dada por los precedentes de las autoridades de competencia.

- No encaja en la mecánica de funcionamiento del mercado de adquisición de contenidos.

- Ocasiona perjuicios irreparables a Telecinco, eliminándola de la compra de contenidos.

- Vulnera los principios de igualdad, confianza legítima, seguridad jurídica e irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales.

- En consecuencia **los periodos contractuales** a que hace referencia el compromiso Vi **deben computarse desde el momento en que los contenidos audiovisuales contratados se pongan a disposición de Telecinco, y con respecto a los contratos en vigor, a partir de la fecha de la toma efectiva de control de Cuatro por Telecinco.**

Hay una segunda cuestión objeto de recurso que guarda relación con el compromiso iii, y al respecto, el objeto de su pretensión es el siguiente:

- La limitación establecida en el compromiso iii no debe alcanzar a canales que forman parte de la capacidad espectral que ofrece el múltiple o múltiples licenciados a Telecinco por la Administración estatal, los cuales pueden ser explotados directa o indirectamente mediante su alquiler a terceros como permite expresamente la Ley General de Comunicación Audiovisual.

La tercera cuestión guarda igualmente relación con el compromiso Vi y según la actora, el plan de actuaciones introduce limitaciones innecesarias al concepto de

producción propia de Telecinco y es susceptible de ocasionar distorsiones en el mercado de producción de contenidos.

SEXTO-. Entrando a examinar la primera cuestión, es preciso recordar, con carácter previo, que ya en el Acuerdo del Consejo de la CNC se establecieron el día 28 de octubre de 2010, medidas relacionadas con el cumplimiento de los compromisos presentados el día 19 de octubre de 2010, y este acuerdo no fue impugnado.

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.

El Tribunal Supremo en la sentencia de 7 de noviembre de 2005, analizando las condiciones impuestas por el Consejo de Ministros en la operación de concentración de Sogecable y Vía Digital, dijo al respecto:

"Debe rechazarse que las condiciones cuarta (párrafo segundo), quinta y sexta adoptadas en el Acuerdo del Consejo de Ministros de 29 de noviembre de 2002, sean arbitrarias al justificarse la decisión gubernamental no sólo desde la perspectiva formal como se ha razonado en el precedente fundamento jurídico, sino en sus aspectos materiales, al perseguir la actuación administrativa fines de interés general vinculados a garantizar la competencia, que constituye el principio rector de la economía de mercado, que garantiza el artículo 38 de la Constitución, y a compensar suficientemente los posibles efectos nocivos de la competencia que la fusión provoca al reforzar la posición de dominio de una de las plataformas de televisión de pago preexistentes, y contribuir al progreso técnico, económico y social, según autoriza el artículo 17 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, al promover la operación de concentración la expansión de la difusión de la televisión de pago vía satélite, que incluye una pluralidad de contenidos de ocio, educativos e informativos, que benefician el desarrollo de la «sociedad del conocimiento».

No se aprecia que el Consejo de Ministros haya ejercido exorbitadamente las facultades de carácter discrecional que le confía el artículo 17 b) de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, porque expresamente la condición cuarta, párrafo segundo, se justifica en que la afectación al mercado relevante de adquisición de los derechos de emisión de películas cinematográficas premium y de comercialización de canales temáticos requiere limitar los poderes de negociación de la empresa concentrada con los "grandes estudios", a los efectos de evitar un control duradero del mercado afectado y de permitir la entrada en este mercado en condiciones equitativas de otros operadores.

Esta condición cuarta, que promueve que no se creen obstáculos significativos a la competencia, se revela acorde con la práctica administrativa del Tribunal de Defensa de la Competencia, que constata la incidencia negativa de la fusión, al provocar que existan serias limitaciones estructurales a la intensificación de la competencia en estos mercados afectados, que requiere imponer condiciones que faciliten la eliminación de barreras de entrada a otros competidores, y es, asimismo, acorde con las condiciones aceptadas por la Comisión Europea en el procedimiento de control de operaciones de concentración de empresas que desarrollan su actividad en los servicios de televisión de pago, con el objeto de solventar los problemas de competencia, favoreciendo el aumento de disponibilidad de contratación de las películas de estreno, en beneficio de las nuevas empresas que deseen introducirse en este mercado, sin perjudicar a las compañías suministradoras, ya que estas cláusulas se consideran adecuadas al modelo empresarial de comercialización que rige la política comercial de las grandes

productoras de Hollywood (Decisión de 2 de abril de 2003. Asunto Newscorp/Telepiu)."

Es desde este punto de vista que debe valorarse tanto la actuación administrativa como la interpretación de los compromisos propuestos, interpretación necesaria en este caso concreto dada su ambigüedad.

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.

En relación con los contenidos deportivos, como pone de manifiesto el Abogado del Estado al contestar a la demanda, los sistemas de comercialización de contenidos deportivos, mayoritariamente, no están sujetos a adquisiciones conjuntas de un número de temporadas, sino que los oferentes adaptan la oferta, como no podía ser de otra manera, a las circunstancias del mercado y de los potenciales demandantes. Igualmente, el hecho de que se convoque una licitación para algunos contenidos deportivos con antelación no significa que la formalización del contrato tenga lugar con la misma antelación, siendo habitual que transcurra un plazo de tiempo desde que se llega a un principio de acuerdo hasta que se formaliza el contrato correspondiente.

No se aprecia que la interpretación discutida ponga en peligro, como se alega en la demanda (pág. 18) a la actora como operadora en el mercado de adquisición de contenidos: hay que volver a recordar que se trata de permitir que salgan al mercado contenidos audiovisuales. La operatividad del sistema de ventanas (el modelo que se ofrece es del año 2003) tal y como es expuesto en la demanda, y la valoración que se hizo en el pasado por el TDC en la operación de concentración de 2002, no es aplicable a las series, en las que coinciden televisiones en abierto y de pago (informe en segunda fase de la DI) y en cuanto a las películas, se ha reducido sustancialmente el periodo que media entre el estreno en cines, en canal de pago y en abierto, hasta el punto de que en ocasiones las televisiones adquieren contenidos cinematográficos en primera ventana. Como igualmente señala el Abogado del Estado, los límites temporales en la adquisición de contenidos que se derivan del compromiso vi no impiden a la actora la explotación durante cinco años de cada película puesta a su disposición durante los tres primeros años de vigencia del contrato, lo que en modo alguno supone su eliminación como competidor.

En relación con el informe de Compass Lexecom, aportado con el escrito de interposición del recurso y que no ha sido ratificado en autos, recoge como conclusiones las consideraciones expuestas en la demanda, pero de su lectura no resulta el por qué las alcanza, cuestión exigible a cualquier informe que se pretenda pericial. En efecto, en el apartado 1.4 describe la *"estructura del informe"* señalando que se describe la interpretación realizada por la DI en relación con el compromiso Vi, a continuación *"se describirán las restricciones que surgen como resultado de estas modificaciones"* y finalmente *"se discutirán las implicaciones para la competencia del establecimiento de dichas modificaciones"*. Es evidente en primer lugar que el informe ignora por completo la circunstancia en la que tiene lugar el debate, esto es, la autorización por la autoridad de Defensa de la Competencia de una operación de concentración con compromisos; en segundo lugar se ignora igualmente que los compromisos los planteó Telecinco; finalmente, las conclusiones se basan en su integridad en suposiciones: *"pensemos"* *"supongamos"* como reconoce el propio informe al señalar que los ejemplos presentan una situación teórica, pero que la realidad *"nos lleva a concluir que con toda probabilidad estas situaciones ocurran"*.

Por todas estas consideraciones las conclusiones de dicho documento no pueden imponerse como justificación de la pretensión actora en el extremo examinado.

El Plan de Actuación litigioso tiene la finalidad de contrarrestar los efectos que para la libre competencia tiene la concentración de dos operadores como 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. Debe en consecuencia desestimarse este primer motivo de recurso.

SEPTIMO- Continuando con el examen de la primera cuestión, se alega por la recurrente que la aplicación del cómputo de tres años desde la firma vulnera los principios de igualdad, confianza legítima, seguridad jurídica e irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales.

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.

Debe en consecuencia desestimarse este primer motivo de recurso.

OCTAVO- La actora a continuación sostiene que la aplicación de las limitaciones establecidas en el compromiso iii a canales de Telecinco arrendados a terceros contraviene los términos de la Resolución de 28 de octubre de 2010. Considera que la limitación establecida en el compromiso iii no debe alcanzar a canales que forman parte de la capacidad espectral que ofrece el múltiple o múltiples licenciados a Telecinco por la Administración Estatal, los cuales pueden ser explotados directa o

indirectamente mediante su alquiler a terceros como permite expresamente la Ley General de Comunicación Audiovisual.

La cuestión se centra en determinar si cuando se hace referencia por Telecinco en su propuesta a *"terceros operadores"* debe considerarse que son terceros únicamente aquellos con los que Telecinco no guarde relación alguna, tesis de la actora, o si son terceros también aquellos que formando parte del múltiple de Telecinco se arrienden a terceros operadores.

La justificación de Telecinco para su tesis es que así resulta del propio tenor del compromiso: *"la propia literalidad del compromiso iii hace referencia a canales de terceros operadores sin incluir en dicho concepto los canales de Telecinco que se puedan arrendar a terceros, pues el tercer párrafo del mencionado compromiso ... señala, a efectos de la aplicación del primer párrafo, que una empresa distinta de la que gestiona "la publicidad de los canales de Telecinco en abierto" se ocupe de la gestión de publicidad de "terceros canales ajenos al grupo de televisión de pago". Y porque la gestión de Telecinco de los canales de sus múltiples no varía en nada su posición competitiva. (pág. 30 del escrito de demanda).*

La justificación de la Administración es que la formulación del compromiso es explícita respecto de la prohibición de gestionar publicidad de terceros operadores de TDT en abierto, no recogiendo excepciones limitativas de su alcance. En segundo lugar porque la cesión o arriendo de canales de televisión a terceros resulta una vía factible de Telecinco para elevar la audiencia global de los canales de televisión en abierto incluidos dentro de los canales múltiples asignados a Telecinco/Cuatro, lo que serviría para reforzar su peso en el mercado de la publicidad televisiva y variaría en consecuencia el marco en el que se ha llevado a cabo por la CNC el análisis de la operación de concentración y de los compromisos presentados (folio 11 resolución de la DI).

El Tribunal Supremo en la sentencia de 7 de noviembre de 2005 (concentración Sogecable/Vía Digital) recordó, entonces con cita de la Ley 16/1989 y de la sentencia del Tribunal Constitucional 208/1999, de 11 de noviembre, que *"En este marco constitucional, en el que debe incluirse también sin lugar a dudas el control de concentraciones, juega un papel decisivo la intervención de las autoridades de la competencia, cuya función es, conforme a los artículos 14 a 17 de la Ley de Defensa de la Competencia, la de verificar si el proyecto puede obstaculizar el mantenimiento de la competencia efectiva en el mercado por sus efectos previsibles o constatados, y, en caso afirmativo, o bien declararla improcedente si se demuestra que la restricción de la competencia es de tal intensidad que impedirá que en los mercados relevantes afectados por la operación se produzca una concurrencia real entre operadores, o bien declararla procedente si se llega al convencimiento de que a pesar de los efectos restrictivos, la concentración contribuye a la mejora de los sistemas de producción o comercialización, al fomento del progreso técnico o económico, a la competitividad internacional de la industria nacional o "a los intereses de los consumidores o usuarios"*.

La interpretación conjunta de estos preceptos permite afirmar que una operación de concentración que produzca esos efectos beneficiosos puede ser autorizada, aunque restrinja la competencia, si tales efectos tienen importancia hasta el punto

que la hacen conveniente a pesar de los efectos restrictivos. El establecimiento de condiciones iría dirigido, de un lado, a paliar los efectos restrictivos de la competencia en los mercados afectados por la operación, y, de otro, a facilitar que los efectos beneficiosos se hagan realidad. En definitiva, en el desideratum beneficio/perjuicio, se opta por el primero, aún a conciencia de que el segundo se produce, si bien se repara con la adopción de determinadas condiciones, que "compensen los efectos restrictivos" y a la vez garantizan que la operación aporte algo al progreso económico y social, a modo de equilibrio entre dichos factores. "

En la segunda sentencia de la misma fecha, relativa a la misma operación de concentración, el Alto Tribunal rechaza la argumentación de la actora con el mismo fundamento que se utiliza en este recurso: el Tribunal Supremo en la sentencia Prosegur-Blindados del Norte de fecha 2 de abril de 2002 anuló la exigencia impuesta por el Consejo de Ministros por ser contraria a los límites que la defensa de la competencia impone.

Entonces se concluyó la procedencia de examinar y analizar las condiciones impuestas a fin de concluir sobre la conformidad a derecho de sus contenidos, siendo obligatoria la motivación. Se concluyó que *"la fijación del precio de los bienes y servicios que las empresas ofrecen a sus clientes es una decisión libre de éstas, salvo que se trate de un sector intervenido, lo que en este caso no ocurre. La Administración -que sí puede hacerlo respecto del sector público- no está habilitada por la Ley para imponer a las empresas de seguridad privadas, en una economía de libre mercado, límites generales a aquellos precios."*

Analizando esta conclusión la propia Sala Tercera en la sentencia de 7 de noviembre de 2005 citada concluye que en el caso de esos autos de 2005, se motivan *"suficientemente"* las razones que obligan a imponer una limitación del precio cobrado a los abonados, y que esta es necesaria para lograr las eficiencias de la operación para los consumidores.

En el supuesto enjuiciado, la Administración motiva su decisión, exponiendo en los apartados 59 y siguientes del Acuerdo de la Dirección de Investigación de 23 de febrero de 2011 las razones por las que se interpreta en la forma impugnada la referencia a los *"terceros"*.

Esta motivación está justificada plenamente, a juicio de esta Sala, y en el marco de la concreta operación de concentración analizada, siendo la interpretación realizada plenamente conforme con el principio de proporcionalidad que se dice conculcado: partiendo de la base de que el alquiler de canales no viene impuesto por precepto legal, y de que esta cesión o arriendo de canales de televisión a terceros es una vía por la que Telecinco puede aumentar la audiencia global de los canales de televisión en abierto incluidos en los múltiples asignados a las dos empresas que se concentran, y dado que el mercado de la publicidad está directamente relacionado con la audiencia, por esta vía Telecinco puede reforzar su poder en este mercado de la publicidad televisiva.

NOVENO- Finalmente, se alega que el Plan de actuaciones introduce limitaciones innecesarias al concepto de producción propia de Telecinco a efectos

del compromiso Vi, y es susceptible de ocasionar distorsiones en el mercado de producción de contenidos.

La actora considera que la DI asimila el concepto de "*coproducción*" al de "*producción propia*" solo cuando Telecinco disponga de mas del 50% de los derechos de explotación económica y de propiedad intelectual correspondientes al productor del contenido producido, con la consecuencia de que los contenidos no incluidos dentro de este concepto de producción propia serán considerados como contenidos de terceros y por lo tanto quedarán sometidos a los límites señalados en el compromiso Vi.

La actora pone de manifiesto que su participación minoritaria en producciones de contenidos responde fundamentalmente a obligaciones legales, que esta participación minoritaria no tiene un interés estratégico para Telecinco y que este criterio introduce distorsiones en el mercado de producción de contenidos; concluye que en este extremo el Plan de Actuaciones introduce limitaciones innecesarias a la capacidad de actuación de Telecinco en el mercado restringiendo de forma desproporcionada e injustificada su libertad de empresa.

La Administración por su parte alega que se ha establecido un concepto unívoco de "*producción propia*" ligado a la participación mayoritaria de Telecinco en los rendimientos económicos y en los derechos de propiedad intelectual ligados al productor del contenido audiovisual.

Frente a este concepto Telecinco propone que se considere "*producción propia*" cualquier participación suya en una producción internacional en la que no esté presente otro productor español. Y en el caso de la producción española de contenidos audiovisuales siempre que tenga el 40% y sea el único coproductor no independiente.

Esta Sala considera, con la Administración, que al igual que (ex. Art. 3 Código Civil) las normas deben interpretarse según el sentido propio de sus palabras en relación con el contexto y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, el concepto establecido por la DI ofrece mayor coherencia con el conjunto de los compromisos ofrecidos pues vincular a la participación mayoritaria el concepto de producción propia y no a la participación minoritaria se corresponde con la consideración más habitual de titularidad de un bien o producto. Es igualmente un concepto que ofrece mayor seguridad jurídica, por ser la participación del 50% un indicio claro de la responsabilidad de Telecinco en la producción, mientras que no lo es cualquier porcentaje por mínimo que fuera que es la tesis de la actora. Como igualmente se analiza por la Administración de aceptarse su interpretación del concepto de producción propia, Telecinco eludiría los límites del compromiso vi por la simple vía de invertir cualquier mínima cantidad en cualquier producto de contenido audiovisual de interés.

Frente a estas consideraciones, no es relevante el hecho de que deba contribuir anualmente a la financiación de producción europea de películas cinematográficas, ni que actualmente carezca de interés estratégico para Telecinco su participación minoritaria en producciones ajenas, ni que sea imposible prever el éxito de determinadas series o películas (como alega en la demanda la recurrente). Las

consecuencias sobre el futuro de la participación de Telecinco en coproducciones aún si se entendiese que se limita su incentivo para invertir cuando su participación sea menor al 50%, están ligadas a la circunstancia en la que se adopta la decisión, que, hay que recordar una vez más, es una operación de concentración económica de las características de la litigiosa.

De cuanto queda expuesto resulta la desestimación del presente recurso.

DECIMO- No se aprecian razones que, de conformidad con lo dispuesto en el art. 139. Pfo. 1 de la Ley Jurisdiccional, justifiquen la condena al pago de las costas a ninguna de las partes.

VISTOS los preceptos citados y demás de general y pertinente aplicación, por el poder que nos otorga la Constitución,

FALLAMOS

Que debemos **DESESTIMAR Y DESESTIMAMOS** el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la representación procesal de **MEDIASET ESPAÑA COMUNICACIÓN S.A. (TELECINCO)** contra la Resolución de la Comisión Nacional de la Competencia de fecha 25 de abril de 2011, descrita en el fundamento jurídico primero de esta sentencia, la cual confirmamos. Sin efectuar condena al pago de las costas.

Notifíquese a las partes esta sentencia, dando cumplimiento a lo dispuesto en el art. 248 pfo. 4 de la Ley Orgánica de Poder Judicial.

Así, por esta nuestra Sentencia, testimonio de la cual será remitida en su momento a la oficina de origen, a los efectos legales, junto con el expediente -en su caso- lo pronunciamos, mandamos y fallamos.

11 de abril de 2012

PUBLICACION.- Leída y publicada fue la anterior Sentencia por la Iltna. Sra. Magistrado Ponente de la misma, en el día de la fecha, estando celebrando Audiencia Pública la sección Sexta de la Sala de Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional.