



Roj: **STS 4580/2015** - ECLI: **ES:TS:2015:4580**

Id Cendoj: **28079130032015100327**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **3**

Fecha: **02/11/2015**

Nº de Recurso: **2354/2013**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **CONTENCIOSO**

Ponente: **DIEGO CORDOBA CASTROVERDE**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAN 2323/2013,**
STS 4580/2015

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo **Contencioso-Administrativo**

Sección: **TERCERA**

S E N T E N C I A

Fecha de Sentencia: 02/11/2015

RECURSO CASACION Recurso Núm.: 2354 / 2013

Fallo/Acuerdo: Sentencia Estimatoria

Votación: 27/10/2015

Procedencia: AUD.NACIONAL SALA C/A. SECCION 6

Ponente: Excmo. Sr. D. Diego Córdoba Castroverde **Secretaría de Sala:** Ilma. Sra. Dña. Aurelia Lorente Lamarca

Escrito por: AVJ

Nota:

Defensa de la Competencia.

Requerimiento de información por la Dirección de Investigación de la

Comisión Nacional de la Competencia.

Control jurisdiccional sobre los requerimientos de información y ejecución de compromisos en operaciones de concentración de empresas.

Obligación de sujetarse a los compromisos adquiridos. Análisis de las obligaciones impuestas a la empresa requerida.

Ejecución material de las obligaciones de hacer mientras está pendiente recurso de súplica contra el Auto judicial que denegó la suspensión cautelar.

Estimación parcial.

RECURSO CASACION Num.: **2354/2013**

Votación: 27/10/2015

Ponente Excmo. Sr. D.: Diego Córdoba Castroverde

Secretaría Sr./Sra.: Ilma. Sra. Dña. Aurelia Lorente Lamarca

**SENTENCIA****TRIBUNAL SUPREMO.****SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO SECCIÓN: TERCERA****Excmos. Sres.: Presidente:****D. Pedro José Yagüe Gil****Magistrados:****D. Eduardo Espín Templado**

D. José Manuel Bandrés Sánchez Cruzat

D. Eduardo Calvo Rojas**D^a. María Isabel Perelló Doménech****D. José María del Riego Valledor****D. Diego Córdoba Castroverde**

En la Villa de Madrid, a dos de Noviembre de dos mil quince.

Visto por la Sala Tercera, Sección Tercera del Tribunal Supremo constituida por los señores al margen anotados el presente recurso de casación con el número **2354/2013** que ante la misma pende de resolución, interpuesto por la representación procesal de la mercantil MEDIASET ESPAÑA COMUNICACIÓN, S.A. contra sentencia de fecha 30 de mayo de 2013 dictada en el recurso 37/2012 por la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional.

Siendo parte recurrida EL ABOGADO DEL ESTADO en la representación que ostenta.

ANTECEDENTES DE HECHO**PRIMERO.-** La sentencia recurrida contiene parte dispositiva del siguiente tenor:**" FALLAMOS .-**

DESESTIMAR el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la representación procesal de la entidad MEDIASET ESPAÑA COMUNICACIÓN S.A., contra la resolución de la Comisión Nacional de la Competencia de fecha

28 de noviembre de 2011, a que las presentes actuaciones se contraen y, en consecuencia, confirmar la resolución impugnada por su conformidad a Derecho.

Con expresa imposición de costas a la recurrente".

SEGUNDO.- Notificada la anterior sentencia, la representación procesal de la mercantil Mediaset España Comunicación, S.A., presentó escrito ante la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional. preparando el recurso de casación contra la misma. Por diligencia de ordenación se tuvo por preparado en tiempo y forma el recurso de casación, emplazando a las partes para que comparecieran ante el Tribunal Supremo.

TERCERO.- Recibidas las actuaciones ante este Tribunal, la parte recurrente, se personó ante esta Sala e interpuso el anunciado recurso de casación, expresando los motivos en que se funda y suplicando a la Sala: *"... dictar en su día Sentencia estimatoria por la que case la recurrida y, de conformidad con lo previsto en el artículo 95.2 d) de la LJCA, dicte un pronunciamiento sobre el fondo conforme a Derecho estimando el recurso contencioso-administrativo y anulando en consecuencia la resolución de 28 de noviembre de 2011, que había inadmitido el recurso interpuesto por mirepresentada contra el requerimiento de la información de la DI de fecha 24 de octubre de 2011, impugnada en la instancia con lo demás que en Derecho proceda".*

CUARTO.- Teniendo por interpuesto y admitido el recurso de casación por esta Sala, se emplazó a la parte recurrida para que en el plazo de treinta días, formalizara escrito de oposición, lo que realizó, oponiéndose al recurso de casación y suplicando a la Sala: *"... dictar sentencia en los términos que resultan de las consideraciones que anteceden".*

QUINTO.- Evacuado dicho trámite, se dieron por conclusas las actuaciones, señalándose para votación y fallo la audiencia el día 27 de octubre de 2015, en cuyo acto tuvo lugar, habiéndose observado las formalidades legales referentes al procedimiento.



Siendo Ponente el Excmo. Sr. D. **Diego Córdoba Castroverde**, Magistrado de la Sala

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO . En el presente recurso de casación, interpuesto por el representante legal de Mediaset España Comunicación SA (en adelante Mediaset España), se impugna la sentencia de la Sección 6ª de la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional de 30 de mayo de 2013 (rec. 1410/2012) por la que se desestimó el recurso interpuesto por la hoy recurrente en casación contra la resolución de la Comisión Nacional de la Competencia de fecha 28 de noviembre de 2011, que acordó inadmitir el recurso interpuesto por Telecinco contra el requerimiento de información que le dirigió la Dirección de Investigación de Comisión el 24 de octubre de 2011.

SEGUNDO . Motivos de casación.

1º El primer motivo de casación, formulado al amparo del art. 88.1.c) de la LJ , denuncia la infracción de los artículos 218.1 de la LEC y art. 67.1 de la LJ , así como la jurisprudencia que los ha interpretado, por incongruencia omisiva de la sentencia.

La sentencia desestima el recurso argumentado que el requerimiento no le causó un perjuicio irreparable ni indefensión, basándose en la naturaleza instrumental del mismo y sin analizar su contenido efectivo. Con ello la sentencia tan solo ha dado respuesta al primero de los motivos en los que se fundó el recurso de Mediaset España ante la Audiencia Nacional ("impugnabilidad del acto recurrido por cuanto el requerimiento produce perjuicios irreparables y genera indefensión"), sin dar respuesta alguna a los restantes motivos planteados (segundo a cuarto), en los que se impugnaba distintos apartados del requerimiento y la resolución de 28 de noviembre de 2011 en relación con los mismos.

2º El segundo motivo de casación, planteado al amparo del art. 88.1.c) de la LJ , denuncia la infracción de los artículos 24.1 y 120.3 de la Constitución , art. 248 de la LOPJ y 209 de la LEC , así como la jurisprudencia que los interpreta, por total ausencia de motivación de la sentencia impugnada.

La sentencia considera que el requerimiento se limitó a "dar cumplimiento a lo ordenado en actuaciones anteriores" y a "llevar a efecto actos anteriores plenamente ejecutivos" pero sin explicar ni motivar por qué considera que el requerimiento se limitó efectivamente a dar cumplimiento a actos anteriores y no, como sostenía la recurrente en la instancia, incurría en una extralimitación. Sin que tampoco especifique cuales son los actos administrativos de la Comisión Nacional de la Competencia previos de los que pudiera derivarse una obligación de renunciar a derechos sobre el "spin-off" u otros contenidos derivados o la obligación de identificar no solo los contratos y contenidos que pudieran resultar afectos por el compromiso sexto sino la letra y apartado concreto de centenares de cláusulas contractuales de dichos contratos.

La parte recurrente en la instancia planteó a la Audiencia Nacional que el contenido del acto recurrido iba mucho más allá de la naturaleza meramente instrumental del mismo, alterando sustantiva e indefinidamente los términos de la autorización inicial de la concentración Telecinco/Cuarto, imponiendo la realización de determinadas actuaciones (el envío de cartas a los proveedores renunciando a determinados derechos contractuales) que al llevarse a cabo produjeron un perjuicio irreparable a Mediaset (la eliminación de su patrimonio de los derechos preferentes referidos en dichas cartas).

Por otra parte, en el recurso de instancia se alegaron concretos motivos de indefensión, consistentes en que el requerimiento modificó sustancialmente los compromisos ofrecidos por Mediaset España, fuera del momento previsto en la Ley 15/2017, y ordenó el levantamiento de una situación cautelar reconocida sin que existiese resolución judicial o administrativa que lo ordenase.

Y finalmente considera que al no haber dado respuesta a los motivos segundo a cuarto del recurso incurrió en una falta de motivación al desestimar el resto de las cuestiones planteadas, tales como la desproporcionalidad de los datos y documentación solicitada o la prohibición absoluta de cualquier derecho de opción impuesta por el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia en la resolución de 30 de mayo de 2012.

3º El tercer motivo de casación, planteado al amparo del art. 88.1.d) de la LJ , invoca la infracción del art. 47 de la Ley de Defensa de la Competencia y del art. 107 de la Ley 30/1992 , al considerar la sentencia de instancia que no concurren los motivos de indefensión ni perjuicio irreparable.

Considera que toda actuación administrativa que se separa de la legalidad vigente es susceptible de causar indefensión y perjuicio irreparable, y el requerimiento de información realizado la Dirección de Investigación a dicha empresa se lo causó, por lo que, de conformidad con el art. 47 de la Ley de Defensa de la Competencia , era susceptible de recurso ante el superior jerárquico y posteriormente ante los tribunales.



Considera que el requerimiento le ocasionó indefensión y perjuicio irreparable en los siguientes extremos:

- Apartados 2.2.a y 2.2.b del requerimiento en los que la Dirección de Investigación no se limita a solicitar información a Mediaset España para vigilar el cumplimiento de compromisos sino que le impone la realización de determinadas actuaciones (el envío de cartas a proveedores renunciando a determinados derechos contractuales) que al ejecutarse le causaron un perjuicio irreparable.
- Apartados 1.1.b, 2.1.a, 2.1.b y 2.3.a del requerimiento, al solicitar a Mediaset la aportación de datos que ya había aportado anteriormente, no previstos en el Plan de Actuaciones y cuya necesidad para la vigilancia de los compromisos no se justifica, pues a su juicio, debe abandonarse un concepto absoluto de irreparabilidad, para incluir la revisión de las actuaciones de la Dirección de Investigación manifiestamente abusivas y desproporcionadas que impongan cargas a las empresas que éstas no están obligadas a soportar.
- Apartado 2.3.a del requerimiento al ordenar el levantamiento de una situación cautelar reconocida sin que existiese una resolución judicial o administrativa que lo ordenase. Se alteró la suspensión cautelar administrativa reconocida por la Dirección de Investigación, que hubiera exigido la producción de un acto, previa audiencia de las partes. Y, sin embargo, el requerimiento dejó sin efecto dicha suspensión cautelar omitiendo todo procedimiento, incurriendo así en un vicio de nulidad de pleno derecho (art. 62.1.e) de la Ley 30/1992 , privándose de todo eficacia a posible resolución judicial estimatoria del recurso de súplica interpuesto frente al Auto de la Audiencia nacional de 7 de octubre de 2011 .

La resolución de la Comisión de Defensa de la Competencia, al confirmar el requerimiento, permitió una modificación sustancial de los compromisos ofrecidos por Mediaset España, convirtiéndolo en obligaciones y al inadmitir el recurso en vía administrativa le causó indefensión.

4º El cuarto motivo de casación, planteado al amparo del art. 88.1.d) de la LJ , alega la infracción del principio de proporcionalidad en relación con el principio de libertad de empresa reconocido en el art. 38 de la Constitución .

Considera que la sentencia, al confirmar el acto impugnado, valida una restricción a la libertad empresarial de Mediaset España, puesto que el requerimiento modificó sustancialmente el contenido de los compromisos sin justificación y sin motivar las razones por las que descartaba la interpretación realizada por Mediaset España. El requerimiento obligó a Mediaset España a renunciar a cualquier derecho de opción o adquisición preferente previsto en los contratos preexistentes a la fusión, incluyendo aquellos referidos a contenidos distintos de los que constituyeron el objeto de los contratos (por ej: derechos de adquisición preferentes sobre los spin-off, secuelas o precuelas del largometraje o serie inicialmente licenciado) o incluso derechos para la explotación en DVD del contenido, lo que resulta contrario a la finalidad del compromiso sexto y toda lógica comercial y no se encuentra justificada por la pretendida defensa de la competencia en el mercado de adquisición de derechos de contenido audiovisuales. También se le ha obligado a renunciar como consecuencia del requerimiento al derecho a explotar temporadas sucesivas de una serie o a distintas ventanas (sucesivas emisiones) de cada temporada dentro del marco temporal de la vida de la serie.

5º El quinto motivo, planteado al amparo del artículo 88.1.d) de la LJ , denuncia la infracción de los artículos 58 y 59 de la Ley de Defensa de la Competencia y del art. 69 del Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero por el que se aprueba el Reglamento de Defensa de la

Competencia, de la jurisprudencia que los interpreta y de los artículos 102 y 103 de la Ley 30/1992 y art. 9.3 de la CE , por cuanto la sentencia aplicó erróneamente los citados artículos y consintió que la Dirección de Investigación modificase los compromisos imponiendo condiciones diferentes fuera del cauce y del momento procesal previsto por la Ley.

Argumenta que Mediaset España se vio obligada a aplicar unas condiciones impuestas unilateralmente por la Administración, más gravosas y restrictivas que las que inicialmente se negociaron y aceptaron por la Comisión Nacional de la Competencia y que quedaron plasmadas en los compromisos incluidos en la resolución de 28 de octubre de 2010.

La competencia de la Dirección de Investigación se extiende a vigilar la ejecución y cumplimiento de la Ley de Defensa y las resoluciones y acuerdos realizados en aplicación de la misma, incluidos los referidos a control de concentraciones, pero sin poder modificar las resoluciones que aprueben los procedimientos de concentraciones o imponer nuevas obligaciones a las empresas no contempladas en tales resoluciones. Al actuar de esta manera la Dirección de Investigación se sitúa al margen de la legalidad, obviando los procedimientos establecidos para la modificación de los compromisos o condiciones impuestos en una operación de concentración, invadiendo competencias del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia e infringiendo los principios de seguridad jurídica e irrevocabilidad de los actos declarativos de derechos, así como la libertad de empresa de la sociedad recurrente.



6º El sexto motivo de casación, planteado al amparo del art. 88.1.d) de la LJ , invoca la infracción del art. 39.1 de la Ley de Defensa de la Competencia y 31.3 de la CE , así como el principio de proporcionalidad que debe respetar la Administración pública en sus actuaciones, por cuanto el requerimiento implicó la entrega de información ya aportada, no prevista en el Plan de Actuaciones o de acuerdo con una estricta metodología que iba mucho más allá de la mera obligación de proporcionar información de forma clara y precisa, lo cual impuso una prestación personal de carácter público desproporcionada y sin fundamento legal.

Por ello, entiende vulnerado el art. 39 de la Ley de Defensa de la Competencia que establece exclusivamente el deber de proporcionar a la CNC los "datos e informaciones de que dispongan y que puedan resultar necesarias para la aplicación de esta Ley" en relación con el principio de proporcionalidad que impide que los órganos instructores impongan cargas o formulen requerimientos de información que no sean estrictamente necesarios para el cumplimiento del fin al que está dirigida la instrucción. Y así mismo entiende vulnerado el art. 31.3 de la Constitución por entender que al exigirse a Mediaset realizar un trabajo que debería haber sido realizado por la Dirección de Investigación se le impone una prestación personal de carácter público carente de respaldo legal.

7º El séptimo motivo de casación, planteado al amparo del art. 88.1.d) de la LJ , denuncia la infracción del artículo 24 de la Constitución , por levantar una situación cautelar sin que se hubiese producido ninguna resolución judicial o administrativa que así lo ordene.

El requerimiento afirma que el Plan de Actuaciones se encontraba cautelarmente suspendido, no obstante se requirió a MediaSet para que procediese al envío de cartas a sus proveedores ofreciéndole la posibilidad de reducir los contratos de conformidad con el compromiso sexto amparándose en que el Auto de la Audiencia Nacional de 7 de octubre de 2011 había denegado las medidas cautelares solicitadas por Mediaset en relación con determinadas provisiones del Plan de Actuaciones.

La empresa Mediaset había interpuesto recurso de súplica contra el Auto de 21 de octubre de 2011 y dicho recurso aún no había sido resuelto, por lo que la tutela cautelar solicitada se encontraba pendiente de resolución. Entiende que no hubo acto alguno de levantamiento de la suspensión que variase la situación de suspensión cautelar de las disposiciones del Plan que le obligase a proceder al envío de las cartas a los proveedores contenido en el punto 2.3.a del requerimiento.

Considera que "abstracción hecha de la eficacia suspensiva del recurso de súplica" la alteración de la situación anterior de suspensión cautelar administrativamente reconocida por la Dirección de Investigación hubiera exigido que se dictase un acto con audiencia de las partes, por lo que al no hacerlo así el requerimiento incurrió en un vicio de pleno derecho (art. 62.1.e) de la Ley 30/1992) y vulneró el derecho a la tutela judicial efectiva, en su vertiente del derecho a la tutela cautelar, en la medida en que se le privó de una resolución judicial estimatoria del recurso de súplica interpuesto frente al Auto de la Audiencia Nacional de 7 de octubre de 2011 .

TERCERO . Hechos relevantes.

Antes de toda otra consideración sobre los diferentes motivos de casación, deben sintetizarse los hechos relevantes para el caso que nos ocupa:

1º En el marco de una operación de concentración (expediente de concentración C/230/10 Telecinco/Cuatro) Telecinco presentó el 19 de octubre de 2010 un escrito a la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia, en el que asumía diferentes compromisos, entre ellos, por 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 [...]"

2º Por resolución del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia de 28 de octubre de 2010 se acordó, entre otras decisiones:

"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.

(...) 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".

3º 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.

4º Por resolución de la Dirección de Investigación de 23 de febrero de 2011 se modificó el Plan de Actuaciones presentado Telecinco y se aprobó una versión modificada de dicho plan de actuaciones. Entre las modificaciones introducidas, y en relación con el Compromiso VI 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, TELE CINCO 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 (...).

5º Contra ese acuerdo de la Dirección de Investigación de 23 de febrero de 2011 Telecinco interpuso 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. Ambos acuerdos fueron impugnados ante la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional que por sentencia de la Sección 6ª de 30 de marzo de 2012 (recurso nº 208/2011) desestimó el recurso.

Contra esta sentencia se presentó recurso de casación ante la Sala Tercera del Tribunal Supremo, que por sentencia de la Sección Tercera de 15 de diciembre de 2014 (rec. 2038/2012) estimó parcialmente el recurso, casando la sentencia recurrida y acordando la nulidad de los acuerdos administrativos impugnados en lo relativo "al 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".

6º Paralelamente, la Dirección de Investigación dirigió a Telecinco diversos requerimientos para que presentase documentación relacionada con la adquisición por parte de Telecinco de contenidos audiovisuales exclusivos. Entre ellos el 24 de octubre de 2011 dirigió un requerimiento, impugnado en la instancia, en el que se le pedía información y el cumplimiento de determinadas obligaciones de hacer (envío de cartas y renuncia a derechos) supuestamente amparados por los compromisos previamente adquiridos y conforme a las determinaciones del Plan de actuación aprobado.

Este requerimiento por lo que respecta al compromiso VI solicitaba:

2.1 Información en relación con listados de contratos.

"2.1.a) Se requiere a TELE CINCO que facilite un listado consolidado, actualizado y completo de todos los contratos con proveedores de contenidos audiovisuales exclusivos que hayan estado vigentes desde el 28 de diciembre de 2010 hasta la fecha del presente requerimiento". La información solicitada respecto de estos contratos debía contener determinados datos que se especificaban (identificación del proveedor, fecha de la firma, fecha de inicio y fin de los derechos adquirido, clasificación del contenido objeto de adquisición, contenido concreto afectado y en particular si cuenta o no con opción de prórroga o derechos de adquisición preferente) y en un determinado formato (se orden los contratos por tipo de contenido, una pestaña Excel para cada tipo de contenido).

"2. 1.b). Se requiere a TELE CINCO que en el listado del punto

2.1.a) identifique aquellos contratos que estuvieran afectados por los límites establecidos en el compromiso (vi)" y que se especificase determinados extremos.

2.2 Contratos con mecanismo de prórroga o derechos de adquisición preferente.

"En el caso de los contratos que incorporaran mecanismo de prórroga o derechos de adquisición preferente, y tal y como figura en el Plan de Actuaciones de 23 de febrero de 2011, TELE CINCO se comprometía a remitir a las partes firmantes de los mismos comunicación de su renuncia al ejercicio de dichos derechos.."

Y así respecto de los contratos que incorporan mecanismo de prórroga o derechos de adquisición preferente identificados le requiere:

(i) CBS ALLIANCE. Los contratos incluyen cláusulas que suponen una opción de adquisición preferente, como son las cláusulas N (iii) referida a spin offs, N(x) referida a la tercera (y siguientes) ventanas de emisión, por lo que se requiere para envíe una "carta de renuncia a CBS Alliance especificando claramente los contratos, contenidos y cláusulas afectas, y en todo caso las cláusulas

(ii) WALT DISNEY. "La cláusula Q.1 del contrato de fecha 7 de junio de 2006, que hace referencia a la opción de adquirir la tercera temporada y siguientes, en el caso de que la serie obtenga una determinada audiencia....." o la cláusula P.2 para la adquisición de determinadas series de televisión. Por lo que se requirió a Telecinco



para que enviase una carta de renuncia a Walt Disney especificando claramente los contratos, contenidos y cláusulas afectadas y, en todo caso, las cláusulas Q.1 y P.1 de los contratos anteriormente mencionados.

(iii) ELASTIC RIGHTS. Se le requiere para que envíe una carta a la productora especificando que renuncia a los contenidos audiovisuales contenidos en la cláusula 17.d del contrato de 14 de octubre de 2009 (derecho de primera opción de compra de secuelas, spin-offs, largometrajes, películas de televisión, cualesquiera otros contenidos audiovisuales derivados de la serie).

Y también para otros contratos que incluyen mecanismos de prórroga automáticos o derechos de adquisición preferentes no identificados por Telecinco que tras revisión los contratos que Telecinco mantiene en la actualidad o estuviesen en vigor el 28 de diciembre de 2010 "facilitase a la Dirección de Investigación una relación completa de los contratos y cláusulas afectadas" y para que "realice el envío de la carta de renuncia correspondiente especificando en la misma la fecha del contrato, producto audiovisual afectado y cláusula concreta a la que TELECINCO renuncia, facilitándose los correspondientes justificantes de envío y acuses de recibo de las mismas".

2.3 Contratos que superan los límites temporales.

"Se requiere a TELECINCO para que realice los envíos de las cartas definitivas a aquellos proveedores de contenidos audiovisuales identificados en el listado solicitado en el punto 2.1.a del presente requerimiento en las que se otorgue expresamente a los mismos el derecho de modificación de los contratos correspondientes sin modificación del resto de las condiciones establecidas en los mismos ...".

7º Contra este requerimiento Telecinco interpuso recurso de alzada ante la Comisión Nacional de la Competencia que, por resolución de 28 de noviembre de 2011, acordó inadmitir el recurso por entender que los requerimientos de información deben calificarse de actos de mero trámite, no cualificados y que, como tales, carecen de potencial para poder ocasionar los vicios referidos en el art. 47 de la LDF. Pese a ello, la resolución entró también a rebatir el fondo de su impugnación considerando que los requerimientos se ajustan al contenido y el espíritu de los compromisos alcanzados y también rechazó por infundadas las quejas referidas tanto al volumen de la información solicitada y al formato en que se pidió. Y finalmente rechazó que se vulnerase la tutela judicial efectiva por haber levantado la suspensión cautelar en relación con el cumplimiento de determinadas obligaciones sin esperar a la resolución del recurso de súplica contra el Auto de la Audiencia Nacional que rechazó la suspensión cautelar solicitada por la empresa recurrente.

8º La resolución de la Comisión Nacional de la Competencia de 28 de noviembre de 2011 fue recurrida ante la Sala de lo Contencioso- administrativo de la Audiencia Nacional que por sentencia de la Sección Sexta de 30 de mayo de 2013 (rec. 37/2012) desestimó el recurso. Esta es la sentencia que ahora se recurre en casación.

CUARTO. Incongruencia omisiva.

El primer motivo de casación denuncia la infracción de los artículos 218.1 de la LEC y 67.1 de la LJ, así como la jurisprudencia que los ha interpretado, por entender que la sentencia se limitó a argumentar que no existía un perjuicio irreparable ni indefensión, basándose en la naturaleza instrumental del requerimiento, sin analizar el contenido efectivo del mismo y sin dar respuesta a los restantes motivos (segundo a cuarto) planteados en la demanda, en los que se impugnaba distintos apartados del requerimiento y la resolución de 28 de noviembre de 2011.

Tal y como ha quedado expuesto, la resolución administrativa dictada por la Comisión Nacional de la Competencia acordó inadmitir el recurso por entender que los requerimientos de información deben calificarse de actos de mero trámite, no cualificados y que, como tales, carecían de potencial para poder ocasionar los vicios referidos en el art. 47 de la LDF, aunque adicionalmente también entró a rebatir el fondo de su impugnación.

La parte recurrente en la instancia cuestionó esta inadmisión y la imposibilidad de considerar este requerimiento como un acto de trámite o meramente instrumental, entendiendo además que se excedía de los compromisos en su día asumidos y que las obligaciones que se le imponían por vía de este requerimiento le causaron indefensión y perjuicio irreparable. La sentencia de instancia en respuesta a dicha pretensión desestimó el recurso por entender que el requerimiento realizado por la Dirección de Investigación se ajustaba a lo ordenado en el compromiso y tenía " *una naturaleza meramente instrumental* " asumiendo que " *el requerimiento cuestionado se limitó, por tanto, a dar cumplimiento a lo ordenado en actuaciones anteriores, en el presente caso a la resolución de 28 de octubre de 2010* " confirmada por sentencia de dicho tribunal de 20 de marzo de 2012 (rec.208/2011). Y por ello concluyó que " *no puede hablarse de perjuicio irreparable por el cumplimiento del requerimiento ya que éste se limita a llevar a efecto actos anteriores plenamente ejecutivos y, en definitiva, ante las consecuencias derivadas de las obligaciones asumidas por Telecinco con la presentación*



de sus compromisos para hacer posible la autorización de la operación aludida " e idéntica conclusión alcanza respecto de la indefensión invocada, por lo que confirmó la resolución de inadmisión.

A la vista de la respuesta ofrecida por el Tribunal de instancia no puede considerarse que incurriese en una incongruencia omisiva, pues la pretensión planteada fue abordada y resuelta por la sentencia, y con independencia del acierto de la solución ofrecida y de la motivación en la que se sustenta, cuestiones que analizaremos más adelante, la respuesta del tribunal considerando que se trataba de un acto instrumental que se ajustaba a lo acordado en los compromisos previos conlleva una respuesta que descarta la incongruencia omisiva.

Se desestima este motivo.

QUINTO. Falta de motivación.

El segundo motivo aduce la ausencia de motivación de la sentencia impugnada. Y ello por entender que el tribunal no explicó ni motivó por qué entiende que el requerimiento se limitó a dar cumplimiento a actos anteriores y no, como sostenía la recurrente en la instancia, incurría en una extralimitación en sus facultades. Sin que tampoco especifique cuales son los actos administrativos de la Comisión Nacional de la Competencia previos de los que pudiera derivarse una obligación de renunciar a derechos sobre el "spin-off" u otros contenidos derivados o la obligación de identificar no solo los contratos y contenidos que pudieran resultar afectos por el compromiso sexto sino la letra y apartado concreto de centenares de cláusulas contractuales de dichos contratos. Tampoco razonó sobre la indefensión sufrida al ordenar el levantamiento de una situación cautelar reconocida sin que existiese resolución judicial o administrativa que lo ordenase. Y finalmente considera que al no haber dado respuesta a los motivos segundo a cuarto del recurso incurrió en una falta de motivación al desestimar el resto de las cuestiones planteadas, tales como la desproporcionalidad de los datos y documentación solicitados o sobre la prohibición absoluta de cualquier derecho de opción impuesta por el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia en la resolución de 30 de mayo de 2012.

Este motivo ha de acogerse, pues del análisis de la motivación proporcionada por la sentencia no se desprenden las razones por las que el Tribunal llega a la conclusión de que el requerimiento se ajusta plenamente a los compromisos previos. La parte recurrente esgrimió diferentes motivos de impugnación en los que de forma profusa argumentaba las razones por las que, a su juicio, dicho requerimiento se apartaba del compromiso adquirido e imponía nuevas obligaciones no contempladas en el mismo y frente a ello la sentencia se limita a afirmar de forma concluyente que "el requerimiento se limitó, por tanto, a dar cumplimiento a lo ordenado en actuaciones anteriores, en el presente caso a la resolución de 28 de octubre de 2010" y por lo tanto no puede hablarse de perjuicios irreparables ni indefensión "ya que éste se limita a llevar a efecto actos anteriores plenamente ejecutivos", pero sin realizar el más mínimo análisis sobre cuales eran esos compromisos y la acomodación del requerimiento a los mismos, y sin motivar, en definitiva, las razones por las que llegaba a esta conclusión y por las que resultaban rechazables los excesos invocados por la parte recurrente, por lo que ha de considerarse que la sentencia carece de la motivación necesaria.

Se estima este motivo.

SEXTO. Control jurisdiccional sobre los requerimientos de la Dirección de Investigación.

La empresa recurrente cuestiona la inadmisión de su recurso en vía administrativa y la posterior confirmación de esta resolución por la sentencia de instancia, pues, a su juicio, el requerimiento que le dirigió la Dirección de Investigación no era un acto meramente instrumental y carente de autonomía impugnativa, sino que modificó sustancialmente los compromisos aprobados, sin utilizar el cauce procesal previsto por la Ley (motivo quinto), vulnerando el principio de proporcionalidad (motivo cuarto y sexto) y generándole indefensión y perjuicios irreparables (motivo tercero).

La Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia regula el procedimiento de control de concentraciones económicas (artículos 55 y siguientes), disponiendo el artículo 59.1 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". Y, en consecuencia, articula la posibilidad de ejercer un control sobre tales compromisos estableciéndose en el art. 41 que la " Comisión Nacional de la Competencia vigilará la ejecución y el cumplimiento de las obligaciones previstas en la presente Ley y sus normas de desarrollo así como de las resoluciones y acuerdos que se adopten en aplicación de la misma, tanto en materia de conductas restrictivas como de medidas cautelares y de control de concentraciones ", funciones que podían ser ejercidas por la Dirección de Investigación, pues el artículo 35.2.c) de la Ley 15/2007, entonces vigente, prevé "como funciones de la Dirección de Investigación "Vigilar la ejecución y cumplimiento de las obligaciones dispuestas en la



presente Ley y sus normas de desarrollo así como de las resoluciones y acuerdos realizados en aplicación de la misma, tanto en materia de conductas restrictivas como de control de concentraciones".

El requerimiento de la Dirección de Investigación, ahora impugnado, se enmarca dentro de estas funciones de vigilancia y cumplimiento de los acuerdos alcanzados en el control de concentraciones de empresas. Ahora bien, ello no significa, como parece entender la resolución de la Comisión Nacional de la Competencia, de 28 de noviembre de 2011 y confirma la sentencia impugnada, que nos encontremos ante "actos de mero trámite" o "instrumental" carente de potencialidad para poder ocasionar alguno de los vicios a los que hace referencia el artículo 47 de la Ley de Defensa de la Competencia ("las resoluciones y actos de la Dirección de Investigación que produzcan indefensión o perjuicio irreparable a derecho o intereses legítimos serán recurribles ante el Consejo de la Comisión nacional de la Competencia en el plazo de diez días").

Los requerimientos de la Dirección de Investigación destinados a obtener información y verificar el exacto cumplimiento de los compromisos alcanzados con la Comisión de Defensa de la Competencia en las operaciones de concentración de empresas, deben tener una función meramente instrumental respecto de tales compromisos, ese es precisamente su ámbito de actuación y su límite intrínseco.

Pero ello no significa que todo requerimiento constituya un acto de mero trámite carente de sustantividad sobre los que no se pueda ejercer un control jurisdiccional. En primer lugar, por qué aunque partiéramos de su consideración como un acto de trámite, también estos son susceptibles de producir perjuicios irreparables exigiendo un control jurisdiccional sobre los mismos, los llamados "actos de trámite cualificados". Así lo destacó, con carácter general, este Tribunal en su sentencia de 13 de febrero de 2008 (rec. 11414/2004) considerando que el requerimiento de información puede producir perjuicios irreparables por lo que es susceptible de impugnación autónoma sin necesidad de esperar a que se dicte el acto definitivo en el procedimiento administrativo, pues en ese momento el perjuicio ya se habría consumado. Razón ésta que resulta especialmente relevante respecto de los requerimientos dictados en ejecución de compromisos adoptados en defensa de la competencia, pues en tales casos no se trata de indagaciones previas dirigidas a obtener información que irán seguidas de un procedimiento posterior en el que poder cuestionarlos, sino ante actos de vigilancia y ejecución de compromisos previos que exigen el cumplimiento inmediato de ciertas obligaciones sin que exista un procedimiento administrativo posterior, por lo que ante los eventuales excesos es necesario poder ejercer un control sobre estos.

Y en segundo lugar, porque su pretendido carácter instrumental desaparece cuando lo que se discute precisamente es si el requerimiento se aparta de su ámbito competencial propio, imponiendo obligaciones y compromisos ajenos a la función de vigilancia y ejecución de lo acordado, pues en el caso de incurrir en este exceso dejan de ser actos instrumentales pasando a tener sustantividad propia.

La sentencia de la Audiencia Nacional ahora impugnada, amparándose en el art. 47 de la Ley de Defensa de la Competencia, considera que el requerimiento realizado tiene "una naturaleza meramente instrumental" y "se limitó, por tanto, a dar cumplimiento a lo ordenado en actuaciones anteriores, en el presente caso, a la resolución de 28 de octubre de 2011, que, se insiste, ha sido confirmada por esta Sala en la repetida sentencia que actualmente es objeto de recurso de casación interpuesto por la propia recurrente". Por ello concluye que ".... no puede hablarse de perjuicio irreparable por el incumplimiento del requerimiento ya que éste se limita a llevar a efecto actos anteriores plenamente ejecutivos y, en definitiva, ante las consecuencias derivadas de las obligaciones asumidas por Telecinco con la presentación de sus compromisos para hacer posible la autorización de la operación aludida.

Y "lo mismo ha de decirse respecto de la indefensión que de manera genérica se alega en la demanda sin concretar en qué ha consistido materialmente en los términos requeridos por doctrina constante y reiterada del Tribunal Constitucional".

Este razonamiento parte de la aplicación del art. 47 de la Ley de Defensa de la Competencia, precepto destinado a regular el recurso de alzada y no el control jurisdiccional sobre la actuación administrativa; y además utiliza como premisa cierta aquello que es precisamente lo que se discute, haciendo supuesto de la cuestión, pues lo que discutía precisamente por la recurrente en la instancia es que el requerimiento que le dirigió la Dirección de Investigación se apartaba, en varios aspectos, de los compromisos adquiridos, y al incurrir en este exceso dejaba de ser un acto meramente instrumental para convertirse en un acto con autonomía propia que le causaba perjuicios irreparables y/o indefensión.

En efecto, si se llega a la conclusión de que la información requerida no guarda relación alguna con los compromisos alcanzados o que las ordenes dirigidas a la empresa se apartaban del contenido de los mismos, la Dirección de Investigación se estaría excediendo de las facultades que tiene encomendadas (vigilar la ejecución y cumplimiento de las obligaciones impuestas en las resoluciones y acuerdos realizados) y estaría actuando al margen del procedimiento legalmente establecido. En tal sentido ya tuvo ocasión de pronunciarse



este Tribunal en su sentencia de 15 de diciembre de 2014 (rec. 2038/2012) en la que se impugnó el acuerdo de la Dirección de Investigación de la citada Comisión Nacional de la Competencia de 23 de febrero de 2011 que modificaba el Plan de Actuaciones, en la que afirmamos que "..... 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" y se añadía

" *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* ". Razonamientos que son trasladables al supuesto que nos ocupa, pues si la Dirección de Investigación no puede modificar dichos compromisos en el posterior Plan de Actuación, ya que vulneraría el art. 69 del Reglamento de Defensa de la Competencia, con mayor motivo esta posibilidad le está vedada cuando ejerce una labor meramente ejecutiva y supuestamente instrumental destinada a vigilar y comprobar el cumplimiento de dichos compromisos.

Estas consideraciones nos llevan a rechazar la inadmisibilidad del recurso apreciada por la resolución administrativa y en cierta forma corroborada por la sentencia de instancia. Y así mismo sirve para desestimar la oposición planteada por el Abogado del Estado en este recurso, en la que sustancialmente sostiene que la recurrente está confundiendo un requerimiento, como mero acto de trámite, con el cumplimiento de las condiciones. A juicio del representante de la Administración, si la empresa recurrente consideraba que las obligaciones que le imponía el requerimiento excedían de lo acordado en los compromisos adquiridos para autorizar la operación de concentración de empresas, debió de manifestarlo así y el organismo de regulador hubiera resuelto a la vista de su contestación, pero sin que pueda cuestionar un acto puramente instrumental y de trámite. Este razonamiento parece olvidar que lo que se discute precisamente en este recurso es si la Dirección General de Investigación se ajustó a la función meramente ejecutiva e instrumental que tenía asignada o se excedió de la misma, y también olvida que el requerimiento de 24 de octubre de 2011 que le dirigió la Dirección de Investigación a dicha empresa no tenía tan solo la finalidad de solicitar información sino también de exigir el cumplimiento de determinadas obligaciones de hacer (envío de cartas y renuncia a derechos), por lo que no tenía tan solo una finalidad destinada a recabar información para una futura actuación sino la imposición de actuaciones concretas que la empresa debía realizar, actuaciones que fueron impugnadas en alzada por la empresa requerida y confirmadas por resolución expresa de la Comisión Nacional de la Defensa de la Competencia, por lo que no es posible sostener que la empresa podría haberse sustraído al cumplimiento de lo ordenado en dicho requerimiento.

Partiendo de estas consideraciones, procede analizar los restantes motivos de impugnación, que se centran en tres aspectos diferentes: 1) el requerimiento le obligó a renunciar a derechos de opción y adquisición preferente no previstos en el Compromiso sexto ni en el Plan de Actuaciones; 2) Se vulneró el principio de proporcionalidad por la gran cantidad de información solicitada y por el formato y metodología en que debía aportarla en un breve plazo; 3) Se le obligó a otorgar derechos de reducción a los proveedores mientras existía una suspensión cautelar.

Analizaremos cada uno de estos aspectos por separado.

SÉPTIMO. Correspondencia entre el requerimiento y los compromisos asumidos por la empresa recurrente.

El debate se centra, en primer lugar, en determinar si el requerimiento de 24 de octubre de 2011 realizado por la Dirección de Investigación a la empresa recurrente - y la posterior resolución de la Comisión Nacional de la Competencia de fecha 28 de noviembre de 2011 que desestimó el recurso de alzada interpuesto contra el mismo-, excede de los compromisos alcanzados y plasmados en la resolución de la Comisión Nacional de la Competencia de 28 de octubre de 2010, por la que se autorizó la concentración entre Telecinco y Cuatro, o, por el contrario, son una mera ejecución y concreción de los mismos.

La recurrente considera que el requerimiento le impuso la obligación de renunciar a derechos de opción y adquisición preferente sobre modalidades de explotación o contenidos distintos de aquellos que constituyeron el objeto de los contratos en vigor y que no estaban previstos en el compromiso sexto ni en el Plan de Actuación, y que concreta en los siguientes:

a) Se le obligó a renunciar a cláusulas que contienen derechos de adquisición preferente de nuevos contenidos, distintos de aquellos que constituyeron el objeto de los contratos en vigor, como es el caso de los derechos de compra de secuelas, precuelas, spin-offs o sobre películas no incluidas en el contrato. Entendiendo por "spin-off" la serie de ficción en base a otra serie anterior, que se sirve de algún personaje o de la estructura de la trama de la serie originaria; por "secuela" la obra producida después de otra obra completa que se desarrolla en el mismo "universo", pero en un tiempo posterior; y por "precuela" el producto creado después de una entrega



original que tuvo éxito y cuya referencia cronológica se sitúa en el pasado, generalmente desvelando las causas o los orígenes del argumento de la primera entrega.

Estas cláusulas, según la recurrente, están excluidas de las limitaciones impuestas por el compromiso sexto, en la medida que hacen referencia a derechos sobre contenidos distintos de aquellos que se adquirieron y disfrutaron en exclusiva en virtud del contrato al que se refiere la limitación.

El compromiso VI alcanzado tenía el siguiente tenor literal:

"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 [...]"

Del tenor literal de este compromiso se desprende dos apartados diferenciados que regulan situaciones distintas:

El primer párrafo está referido a regular los contratos de adquisición exclusiva de contenidos audiovisuales con terceros que se constituyan en el futuro ("Telecinco se compromete a no concluir") estableciendo un límite temporal para explotación en exclusiva de tales contenidos a tres años, con dos excepciones: para las películas cinematográficas el plazo será de cinco años y la posibilidad de suscribir contratos que cubran la "vida total" de cada serie y cada programa de entretenimiento. Al mismo tiempo, y también para los contratos futuros se dispone que ha tales contrato no pueden incluir cláusulas de renovación tácita, derecho de tanteo y retracto u opciones de prórroga o adquisición preferente para periodos sucesivos.

El párrafo segundo está, sin embargo, destinado a regular los contratos ya existentes ("en el caso de los contratos ...actualmente en vigor que superen los anteriores límites") sometiéndolos a los límites temporales de explotación en exclusiva previstos en el apartado primero, lo que le obligará a modificar los contratos existentes que superen dichos límites, pero manteniendo el resto de las condiciones estipuladas. Y al mismo tiempo le obliga a renunciar "expresamente a ejercer en cualquier momento los mecanismos de prórroga, opción o derechos de adquisición preferente que pudiera haber en tales contratos".

La parte recurrente argumenta que la expresión "para periodos sucesivos" se incluyó con el fin de circunscribir la imposibilidad de prórroga o adquisición preferente a los específicos derechos y contenidos adquiridos en cada uno de los contratos, sin que dicha limitación afectase a derechos sobre otras modalidades de explotación con contenidos distintos de aquellos que constituyeron el objeto de los contratos en cuestión. Considera que la contratación de contenidos derivados (spin- off, secuela o precuelas de la serie o película inicialmente contratada) se realiza mediante un nuevo contrato que quedaría sometido a los límites temporales establecidos en el compromiso sexto (tres años para serie y cinco para películas, sin derecho de prórroga o adquisición preferentes para periodos sucesivos) por lo que el mantenimiento de estas cláusulas no supone una vulneración de compromiso.

La Comisión de Defensa de la Competencia considera, sin embargo, que entre los compromisos adquiridos por Telecinco en relación con los contratos ya existentes la obligación por la cual "..... *Telecinco renunciará expresamente a ejercer en cualquier momento los mecanismos de prórroga, opción o derechos de adquisición preferente que pudiera haber en tales contratos*", constituye una prohibición "absoluta y no se contemplan excepciones en ningún caso", pues uno de los objetivos esenciales de este compromiso es el de anticipar la salida al mercado de determinados contenidos exclusivos, eliminando incertidumbre sobre el ejercicio de dichas cláusulas, y de esta manera facilitar la competencia de terceros operadores en la adquisición de los mismos. Así mismo, entiende que de asumirse la tesis de la empresa recurrente supondría la posibilidad de adquirir un número indeterminado de películas o series que el licitante pueda producir en un futuro, sin que

se determine o identifique el título y el contenido de estas en el contrato, y sin la restricción temporal de tres años que le impone el compromiso vi).

Consideramos que la interpretación dada por la Comisión en este extremo es la correcta, pues la obligación de renunciar a todos los mecanismos de prórroga, opción o derechos de adquisición preferente "que pudiera haber en tales contratos", no puede circunscribirse tan solo a los contenidos específicos objeto del contrato, esto es a la película o la serie contratada, sino también a los mecanismos de prórroga que se contuviesen en dichos contratos, incluyendo, por tanto, las cláusulas que permitan la opción o adquisición preferente de otros contenidos derivados del producto contratado. El tenor literal de este compromiso no distingue entre los contenidos a renunciar sino que se refiere a todos aquellos derechos de opción o adquisición preferente "que pudiera haber en tales contratos". La previsión de renuncia de estos derechos "para periodos sucesivos" contenida en el apartado primero se refiere a los contratos futuros, pero no a los contratos ya existentes, a los que no se les somete a una previsión similar. La inclusión de estas cláusulas en los contratos ya existentes pone de manifiesto que el titular tenía unos derechos de emisión en exclusiva sobre un producto concreto pero también la posibilidad de adquirir de forma preferente todos aquellos productos relacionados o derivados de este (spin-offs, secuelas, precuelas) permitiéndole ostentar una posición de ventaja respecto de los competidores que el compromiso trata de limitar, evitando así que se prolongue en el tiempo de forma indefinida una posición de ventaja sobre productos futuros que aunque independientes del producto contratado están relacionados con aquel.

b) En segundo lugar, considera que el requerimiento se excedió al obligarle a renunciar a la emisión de distintas ventanas (sucesivas emisiones) de cada temporada dentro del marco temporal de la vida de la serie y al derecho a explotar temporadas sucesivas en función de la audiencia de la serie.

La discrepancia se manifiesta, por tanto, en doble aspecto:

Por una lado, en relación con el derecho de adquisición de sucesivas "ventanas" de una serie, entendiendo por tales cada uno de los sucesivos periodos de emisión de estas en televisión, siendo la primera ventana el estreno o primer periodo de emisión y las sucesivas los segundos tercero y siguientes periodos de emisión de dicha temporada de una serie).

El compromiso sexto establecía unos límites temporales para seguir ostentando los derechos de explotación en exclusiva pero se excepcionaban las series, permitiendo que "... *Telecinco tenga contratos que cubran la "vida total" de cada serie*". Y conforme a esta previsión, la parte recurrente considera que están excepcionadas del compromiso los derechos de adquisición de las nuevas ventanas que se exploten en el marco temporal cubierto por la vida de la serie (esto es mientras continúan produciéndose y emitiéndose nuevas temporadas de la serie).

Esta interpretación no puede ser acogida, considerándose correcto en este extremo el requerimiento realizado.

La posibilidad de emitir una serie determinada durante toda "su vida", pero en un solo pase, tiene un contenido distinto y una diferente incidencia sobre la competencia que la adquisición de los derechos a seguir emitiendo los capítulos de esa serie en sucesivas "ventanas", esto es, reponiendo los capítulos de la serie, pues los derechos de explotación en exclusiva varían en uno y otro caso. La posición de la empresa que ostenta este derecho de "reposición", o de su adquisición en exclusiva, limita considerablemente la posible contratación de esta misma serie por las empresas competidoras interesadas en emitir de nuevo una serie que tuvo éxito entre la audiencia, pues la reposición de capítulos ya emitidos satura en gran medida el interés de los consumidores por la misma. De modo que cuando el compromiso excepciona el límite temporal fijado la explotación en exclusiva durante la " *vida total* " de cada serie, tal previsión tiene por finalidad mantener el derecho a seguir emitiéndola mientras existan nuevos capítulos, pero no contempla ni excepciona la reposición de los ya emitidos cuyo derecho de adquisición preferente queda excluido al amparo del último inciso del párrafo segundo (la obligación de renuncia a ejercer los mecanismos de prórroga, opción o derechos de adquisición preferente que pueden existir en tales contratos).

Por otro lado, la recurrente cuestiona también que el requerimiento le obligase a renunciar a las cláusulas Q.1 y P.2 de los contratos con Walt Disney. Tales cláusulas, según el requerimiento, hacen referencia "a la opción de adquirir la tercera temporada y siguientes, en el caso de que la serie obtenga una determinada audiencia". Y ello por entender que "no equivale a la adquisición de la vida entera de la serie ya que, al igual que sucede con las cláusulas de adquisición preferente o de prórroga, es la productora y no la operadora de televisión la que asume el riesgo y las consecuencias del éxito o fracaso de la serie".

A juicio de la parte recurrente, se le habría obligado indebidamente a renunciar al derecho a explotar temporadas sucesivas de una serie, en función de la audiencia de esta. Dichas cláusulas, según se afirma en el recurso de casación, establecen "el derecho de Telecinco de adquirir o no futuras temporadas de las

serie correspondientes en caso de que éstas no obtengan una determinada audiencia". Considera que si el compromiso sexto establece límites máximos de disfrute de derechos exclusivos no cabe entender que plantee problemas, desde el punto de vista de la competencia, una cláusula cuyo efecto solo puede ser reducir dichos máximos.

La Comisión de Defensa de la Competencia considera, sin embargo, que no existen excepciones para la inclusión de opciones de prórroga o adquisición preferente, y que mediante la inclusión de derechos de adquisición preferente sobre sucesivas ventanas de emisión de las series se estaría "de facto" adquiriendo derechos de emisión a perpetuidad de cada episodio, lo que iría en contra del compromiso VI.

Estas cláusulas concedían a Telecinco un derecho de opción de continuar con el disfrute en exclusiva de temporadas sucesivas de una serie si ésta alcanzaba un umbral de audiencia determinado, o de renunciar a la explotación si las ya emitidas no lo superaban. El contrato no abarcaba, por tanto, el derecho a emitir en exclusiva todos los capítulos de una serie completa sino tan solo de algunas temporadas, reservándose un derecho adquisición o de opción sobre las restantes. Es evidente que la inclusión de estas cláusulas disminuye considerablemente el riesgo empresarial, pues no está obligado a contratar temporadas sucesivas de una serie si ésta no supera el umbral de audiencia fijado, por lo que se trata, en realidad, de un derecho de opción que debe diferenciarse claramente de aquellos pactos en los que se contrata la emisión en exclusiva de una serie completa sin reserva u opción alguna, pues en este último caso asumió un riesgo y consecuentemente el compromiso le permite emitir la serie completa ya contratada en su totalidad.

Es por ello que el alcance del requerimiento realizado no afectaba a los derechos de emisión en exclusiva de una serie completa ya contratada (durante la "vida total" de la misma), sino a los mecanismos de opción o de adquisición preferente existente en estos contratos que le permitían decidir entre contratar o no nuevas temporadas en función del índice de audiencia, por lo que el requerimiento se ajusta al último inciso del párrafo segundo de dicho compromiso que le obligaba a renunciar "a ejercer en cualquier momento los mecanismos de prórroga, opción o derechos de adquisición preferente que pudiera haber en tales contratos".

Se desestima esta alegación.

c) También cuestiona el requerimiento en cuanto le obliga a renunciar a cláusulas que contemplan un derecho preferente para la explotación en vídeo de la serie o película que es objeto del contrato. Y ello al considerar que las mismas no tienen incidencia alguna en la competencia en el mercado de la televisión, que es el que trata de regular el compromiso, pues se dirige a un mercado diferente: el de la explotación vídeo gráfica.

La resolución de la Comisión Nacional de la Competencia de fecha 28 de noviembre de 2011 no se pronuncia sobre este extremo, y tampoco lo hace el escrito de oposición formulado por el Abogado del Estado.

El mercado al que afecta este compromiso es el de adquisición de contenidos audiovisuales en exclusiva para televisión, por lo que no es exigible la renuncia al derecho de explotación de tales productos cinematográficos para otros mercados, como es el caso de la explotación en vídeo o DVD de las películas o series, por lo que procede la anulación de aquellos requerimientos que impongan obligaciones con este fin.

Se estima esta alegación.

OCTAVO. Principio de proporcionalidad. Volumen de la información solicitada y formato y metodología en que debe presentarla.

El sexto motivo de casación denuncia la vulneración del principio de proporcionalidad por entender que el requerimiento de la Dirección de Investigación le exigía aportar una gran cantidad de información que la

Administración ya tenía en su poder y con una metodología y formato que le obligó a invertir una gran cantidad de recursos materiales y humanos para poder suministrarla en el breve plazo concedido (15 días), lo cual vulnera, a su juicio, el principio de proporcionalidad haciendo recaer en la compañía tareas propias de la actividad de vigilancia que le corresponde a la Dirección de Investigación y vulnerando el art. 39.1 de la Ley de Defensa de la Competencia que tan solo establece el deber de proporcionar a la Comisión Nacional de la Competencia los "datos e informaciones de que dispongan y que puedan resultar relevantes para la aplicación de la Ley".

La queja, en este punto, se centra en cuestionar el volumen de la información solicitada y el grado de detalle y metodología (tablas Excel para la clasificación de contratos y títulos con identificación de todos los detalles incluidos en distintas pestañas en función de los contenidos y códigos identificativas para cada uno de los contratos, así como cuadros resumen del envío y recepción de todas las cartas dirigidas a proveedores), por entender que sobrepasa su deber de colaboración y hace recaer sobre la compañía, con el consiguiente coste de recursos materiales y humanos, una carga que le corresponde asumir a la Dirección de Investigación.



Las empresas están obligadas a colaborar proporcionando " toda clase de datos e informaciones de que dispongan y que puedan resultar necesarias para la aplicación de esta Ley" (art. 39 de la Ley de Defensa de la Competencia). Deber de colaboración que no es más que una especificación del deber general de colaboración con las Administraciones públicas establecido en el art. 39.1 de la Ley 30/1992 .

Las facultades de vigilancia e investigación que se le encomiendan a la Dirección de Investigación, por lo que ahora nos ocupa, estaban destinadas a comprobar el exacto cumplimiento de los compromisos adquiridos. Para ejercer este cometido dispone de un razonable margen de actuación que permita recabar toda la información que considere precisa para detectar incumplimientos. No debe olvidarse que si bien corresponde al servicio de inspección indicar, con la mayor precisión posible, que es lo que busca y los elementos sobre los que versa la verificación (así se ha señalado en la STJUE Roquette Frères, EU:C:2002:603, apartado 83 y jurisprudencia citada en relación con la labor de investigación de la Comisión), una vez delimitados estos extremos, el requerimiento puede ser lo suficientemente amplio, aunque relacionada con el objeto de su investigación, para permitirle disponer de toda la información relacionada con dichos compromisos o que pudiera tener incidencia en los mismos, ya que la función de la inspección precisamente consiste en recabar los datos que le permitan detectar un posible incumplimiento.

Por otra parte, el hecho de que la pida con un determinado formato, que aporte orden y claridad, resulta razonable para facilitar su función fiscalizadora, salvo que éste puede ser considerado extravagante en atención a los usos comunes.

Ahora bien, las actuaciones inspectoras se encuentran sometidas al principio de proporcionalidad y adecuación para evitar excesos o desviaciones entre el fin perseguido y los medios empleados para conseguirlo.

Ninguna de estas objeciones se aprecian en el caso que nos ocupa, pues se solicitó información referida a los contratos y actuaciones relacionadas, o que podrían estarlo, con los compromisos adquiridos, y en un formato (tabla excel, diferenciando los contratos por conceptos y pestañas) que no puede considerarse ni exagerada ni extravagante. Y aunque el plazo concedido no era muy amplio (15 días) debe tomarse en consideración que existieron diferentes requerimientos y numerosos contactos entre la empresa y la Dirección de Investigación por lo que la parte conocía la información que sería necesaria. Es cierto que ello supuso una carga adicional de trabajo para la empresa requerida, pero a tenor de la importancia de la empresa y de los recursos materiales y humanos con los que cuenta en relación con el volumen de información solicitado y el formato exigido no puede considerarse como una petición sorpresiva, excesiva ni desproporcionada.

Finalmente ha de descartarse que el requerimiento de información que nos ocupa pueda catalogarse, como pretende la parte recurrente, como una prestación personal de carácter público de las previstas en el art. 31.3 de la CE carente de respaldo legal. En primer lugar, porque el cumplimiento del deber de colaborar, proporcionando la información requerida para acreditar el cumplimiento del compromiso asumido en materia de defensa de la competencia, no guarda relación alguna con las prestaciones previstas en el art. 31.3 de la Constitución , entendidas como aquéllas que se imponen coactivamente -esto es, las derivadas de una obligación establecida unilateralmente por el poder público «sin el concurso de la voluntad del sujeto llamado a satisfacerla» (STC 185/1985 , fundamento jurídico 3.-), siempre que tengan una «inequívoca finalidad de interés público» (STC 182/1997 , fundamento jurídico 15, in fine), pues la obligación de facilitar dicha información surge de la asunción de un compromiso voluntariamente asumido por la empresa. Y en segundo lugar, porque tal deber de colaboración tiene el respaldo legal que le confiere el art. 39.1 de la Ley de Defensa de la Competencia .

Se desestima esta alegación.

NOVENO. Suspensión cautelar de los compromisos mientras se resolvía el recurso de súplica.

Finalmente, la empresa recurrente denuncia la infracción del artículo 24 de la Constitución , por haber levantado una situación cautelar sin que se hubiese producido ninguna resolución judicial o administrativa que así lo ordenase.

La recurrente argumenta que el Plan de Actuaciones se encontraba cautelarmente suspendido, no obstante se requirió a MediaSet para que procediese al envío de cartas a sus proveedores que diesen cumplimiento al compromiso sexto, amparándose en el Auto de la Audiencia Nacional de 7 de octubre de 2011 , que había denegado las medidas cautelares solicitadas por Mediaset en relación con determinadas provisiones del Plan de Actuaciones, sin esperar a la resolución del recurso de súplica interpuesto contra dicho Auto. Considera que "abstracción hecha de la eficacia suspensiva del recurso de súplica" la alteración de la situación anterior de suspensión cautelar administrativamente reconocida por la Dirección de Investigación hubiera exigido que se dictase un acto con audiencia de las partes, por lo que al no hacerlo así el requerimiento incurrió en un vicio de pleno derecho (art. 62.1.e) de la Ley 30/1992) y vulneró el derecho a la tutela judicial efectiva, en su



vertiente del derecho a la tutela cautelar, en la medida en que se le privó de una resolución judicial estimatoria del recurso de súplica interpuesto frente al Auto de la Audiencia Nacional de 7 de octubre de 2011 .

A tal efecto, debe empezar por señalarse que el Tribunal Constitucional ha tenido ocasión de declarar que la ejecutividad de los actos administrativos no es, en sí misma, contraria a la Constitución (STC 66/1984 , fundamento jurídico 3, y ATC 930/1988 , fundamento jurídico 2), orientada como ha de estar la actuación administrativa por el principio, entre otros, de eficacia (art. 103.1 de la norma fundamental), y que la garantía de una tutela judicial efectiva y de una también plena sujeción de lo actuado al control judicial se alcanzan, de modo suficiente y compatible con aquella eficacia, cuando la ley hace posible que se someta a la consideración de los Tribunales la suspensión del acto impugnado (STC 238/1992 , fundamento jurídico 3).

Por su parte el Tribunal Supremo, en sus sentencias de 5 de octubre y 24 de noviembre de 2004 , 2 de julio de 2008 (rec. 2024 / 2006) se afirma que " Esta Sala (sentencias de 2 y 16 de enero de 2001, Recursos 6792/1996 , ha declarado que, tratándose de resoluciones administrativas, debe distinguirse entre ejecutividad y actividad de ejecución; y que lo primero expresa una calidad de la resolución, consistente en la posibilidad de ser llevada mediante actos materiales de ejecución, mientras que lo segundo son esos actos materiales por los que se lleva a la práctica la resolución, y que son algo distinto de esta última aunque arranquen de ella. Y ha dicho que la ejecutividad no es en principio contraria al derecho reconocido en el artículo 24 CE , y que lo decisivo para que pueda ser procedente, desde la perspectiva de dicho precepto constitucional, será su posibilidad de control jurisdiccional. Respecto de esto último, ha afirmado, con base en la doctrina contenida en la STC 66/1984 , que, por lo que hace a la ejecutividad, la tutela judicial se satisface facilitando que dicha ejecutividad pueda ser sometida ante un tribunal, para que este, con la información y contradicción que resulte menester, resuelva sobre la suspensión. También ha recordado que la STC 78/1996, de 20 de mayo , declaró: "el derecho a la tutela se extiende a la pretensión de suspensión de la ejecución de los actos administrativos que, si formulada en el procedimiento administrativo, debe permitir la impugnación de su denegación, y, si se ejerció en el proceso, debe dar lugar en el mismo a la correspondiente revisión específica". Tras lo anterior, se ha sentado la conclusión de que el derecho a la tutela judicial se satisface cuando, antes de la ejecución, se permite someter a la decisión de un tribunal la ejecutividad, para que este resuelva sobre la suspensión. Y que, por tanto, se vulnera ese derecho fundamental, no cuando se dictan actos que gozan de ejecutividad, sino cuando, en relación a los mismos, se inician actos materiales de ejecución, sin ofrecer al interesado la posibilidad de instar la suspensión de esa ejecutividad."

En el supuesto que nos ocupa, ha de tomarse en consideración que aunque la interposición del recurso contencioso administrativo, por sí solo, no conlleva la suspensión de la eficacia del acto administrativo impugnado (artículo 111 de la Ley 30/92, en relación con el 129 y siguientes de la Ley 29/98) , la ejecución material del Plan de Actuación - en relación con el envío de cartas a las empresas contratantes para modificar sus contratos acomodándolos a los límites temporales fijados en el compromiso VI- se encontraba cautelarmente suspendida a la espera de la decisión que se adoptase por la Audiencia Nacional. La empresa recurrente había solicitado la suspensión cautelar de la resolución de la Comisión Nacional de la Competencia de 25 de abril de 2011 sobre modificación del Plan de Actuación en relación con un extremo concreto: la puesta en práctica del compromiso VI en relación con el cómputo de los límites temporales previstos en dicho compromiso "desde la finca de los contratos", al discutirse si el comienzo del cómputo debía hacerse desde la firma del contrato o desde que los contenidos audiovisuales contratados se ponían a su disposición, sin que se la medida cautelar afectase al contenido del compromiso en sí sino solo a la interpretación del cómputo del mismo, tal y como consta reseñado en los Autos dictados por la Audiencia Nacional.

La Audiencia Nacional por Auto de 7 de octubre de 2011 denegó la suspensión cautelar solicitada, por lo que la posibilidad de acudir a los Tribunales de Justicia reclamando la tutela cautelar se había efectuado y se había dictado resolución motivada desestimando la pretensión de la parte actora, por lo que no se ha producido la conculcación del derecho fundamental de tutela judicial efectiva sancionado en el artículo 24.1 de la Constitución Española , al haberse permitido el acceso al orden jurisdiccional en el que se solicitó la petición de suspensión de la eficacia del acto impugnado, que había sido denegada.

El hecho de que se le requiriese su ejecución material mientras estaba pendiente el recurso de súplica contra el Auto que denegó la suspensión cautelar no modifica esta conclusión, pues la interposición de un recurso de súplica contra el Auto no tiene efectos suspensivos, tal y como dispone el artículo 79 de la LJ "C ontra las providencias y los autos no susceptibles de apelación o casación podrá interponerse recurso de súplica, sin perjuicio del cual se llevará a efecto la resolución impugnada, salvo que el órgano jurisdiccional, de oficio o a instancia de parte, acuerde lo contrario".

Tampoco tiene relevancia en orden a apreciar una vulneración del derecho a tutela judicial efectiva, la pendencia de la resolución de fondo, en la que se cuestionaba la legalidad de las medidas adoptadas en el Plan de actuación, pues ello no impide la ejecución del acto impugnado, pues de entenderse así, cualquier solicitud



de suspensión de un acto administrativo, se concediera o no, produciría el efecto suspensivo, mientras el acto no fuera firme por estar recurrido judicialmente lo que sería contrario al principio de eficacia y ejecutividad de los actos administrativos.

Se desestima este motivo.

DÉCIMO. Costas.

Procede, por todo lo expuesto, la estimación del recurso de casación sin que se aprecien circunstancias que justifiquen la condena en costas, de conformidad con lo dispuesto en el art. 139 de la LJ .

FALLAMOS

PRIMERO.- Que debemos estimar y estimamos el recurso de casación interpuesto por el representante legal de Mediaset España Comunicación SA contra la sentencia de la Sección 6ª de la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional de 30 de mayo de 2013 (rec. 1410/2012) que se casa y anula.

SEGUNDO.- Que debemos estimar en parte el recurso contencioso-administrativo interpuesto por Mediaset España Comunicación SA contra la resolución de la Comisión Nacional de la Competencia de fecha 28 de noviembre de 2011 y el requerimiento de la Dirección de Investigación de 24 de octubre de 2011 del que trae causa, que se anula en el extremo relativo a la obligación impuesta a dicha empresa de renunciar a los derechos de explotación en vídeo o DVD de los productos contratados, en los términos acordados en el último inciso del fundamento jurídico séptimo de esta sentencia.

TERCERO.- No hacemos expresa condena sobre las costas de este recurso de casación ni sobre las devengadas en la instancia.

Así por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

D. Pedro José Yagüe Gil D. Eduardo Espín Templado

D. José Manuel Bandrés Sánchez Cruzat Dª. María Isabel Perelló Doménech

D. Eduardo Calvo Rojas D. José María del Riego Valledor

D. Diego Córdoba Castroverde

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado Ponente D. **Diego Córdoba Castroverde** , estando constituida la Sala en Audiencia Pública, de lo que certifico.