



Roj: **SAN 2323/2013** - ECLI: **ES:AN:2013:2323**

Id Cendoj: **28079230062013100267**

Órgano: **Audiencia Nacional. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Madrid**

Sección: **6**

Fecha: **30/05/2013**

Nº de Recurso: **37/2012**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **CONTENCIOSO**

Ponente: **MARIA ASUNCION SALVO TAMBO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

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

SENTENCIA

Madrid, a treinta de mayo de dos mil trece.

Vistos los autos del recurso contencioso-administrativo num. **37/2012** que ante esta **Sala de lo Contencioso-Administrativo** de la Audiencia Nacional ha promovido el Procurador D. Manuel Sánchez Puelles, en nombre y representación de la sociedad **MEDIASET ESPAÑA COMUNICACIÓN, S.A.**, contra Resolución de fecha 28 de noviembre de 2011 de la Comisión Nacional de la Competencia, sobre **inadmisión de recurso**; y en el que la Administración demandada ha estado representada y defendida por el Sr. Abogado del Estado.

ANTECEDENTES DE HECHO

1. La parte actora interpuso, en fecha 30 enero 2012, este recurso; admitido a trámite y reclamado el expediente se le dio traslado para que formalizara la demanda, lo que hizo en tiempo; y en ella realizó una exposición fáctica y la alegación de los preceptos legales que estimó aplicables, concretando su petición en el suplico de la misma, en el que literalmente dijo:

"SUPLICO que tenga por presentado este escrito y los documentos que se acompañan, junto con sus copias, se sirva admitirlo y, en su virtud, tenga por formalizada DEMANDA contra la Resolución de 28 de noviembre de 2011, por la que se acordó inadmitir el recurso interpuesto por Telecinco contra el requerimiento de información de la DI de 24 de octubre de 2011 y, tras los trámites legales oportunos, dicte Sentencia por la que, de acuerdo con las razones expuestas en el cuerpo de este escrito, estime las pretensiones del recurrente y anule la Resolución de 28 de noviembre de 2011 y el requerimiento de información de la DI de 24 de octubre de 2011 en lo relativo a los apartados de dichas resoluciones objeto de impugnación en el presente recurso."

2. De la demanda se dio traslado al Sr. Abogado del Estado, quien en nombre de la Administración demandada contestó en un relato fáctico y una argumentación jurídica que sirvió al mismo para concretar su oposición al recurso en el suplico de la misma, en el cual solicitó: *"dicte Sentencia por la que se desestime el recurso confirmando íntegramente la resolución impugnada por ser conforme a Derecho, con expresa imposición de las cotas a la demandante."*

3. Solicitado el recibimiento a prueba del recurso, la Sala dictó auto de fecha 15 de junio de 2012, acordando el recibimiento a prueba habiéndose practicado la propuesta y admitida con el resultado obrante en autos, tras lo cual siguió el trámite de Conclusiones; finalmente, mediante providencia de fecha 16 de abril de 2013 se señaló para votación y fallo el día 9 de mayo de 2013, en que efectivamente se deliberó y votó.

4. En el presente recurso contencioso-administrativo no se han quebrantado las formas legales exigidas por la Ley que regula la Jurisdicción. Y ha sido Ponente la Ilma. Sra. **D^a MARIA ASUNCION SALVO TAMBO, Presidente de la Sección.**



FUNDAMENTOS JURÍDICOS

1. Es objeto de impugnación en el presente recurso contencioso-administrativo la Resolución del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia de 28 de noviembre de 2011, por la que se acordó inadmitir el recurso interpuesto por Telecinco contra el requerimiento de información de la Dirección de Investigación de la propia CNC de 24 de octubre de 2011.

En fecha 24 de octubre de 2011 la Dirección de Investigación remitió a Telecinco un requerimiento enviado en el marco de expediente de vigilancia (VC-230, TELECINCO).

El contexto en el que se realizó el requerimiento en cuestión es el de la operación de concentración económica consistente en la adquisición por Telecinco del control exclusivo de Sociedad General de Televisión Cuatro, S.A.U., que fue notificada a la CNC con fecha 28 de abril de 2010 y que dio lugar al expediente C/0230 Telecinco/Cuatro.

Mediante resolución de fecha 28 de octubre de 2010, la CNC autorizó la operación subordinada al cumplimiento de un total de doce compromisos propuestos por Telecinco, habiendo sido ratificada dicha resolución mediante la sentencia dictada por esta misma Sala y Sección de fecha 30 de marzo de 2012 (dictada en el recurso 208/2011).

En ese mismo contexto hemos de hacer referencia a la resolución dictada por la Dirección de Investigación, con fecha 23 de febrero de 2011, por la que introdujo modificaciones al Plan de Actuaciones en su día presentado por Telecinco y aprobó el Plan de Actuaciones modificado para la vigilancia y puesta en práctica de los compromisos propuestos por Telecinco. Ese Plan de Actuaciones ha sido también objeto de diversos recursos por parte de Telecinco (recursos seguidos también ante esta misma Sala y Sección bajo los números 208, 417 y 474/2011), el primero de ellos resuelto mediante la reciente sentencia de 16 de abril de 2012.

2. Concretamente el requerimiento de 24 de octubre de 2011, en el marco como decimos en el expediente de vigilancia de la operación de concentración, se solicitó información y se requirió a Telecinco la realización de determinadas actuaciones relacionadas con la vigilancia de los compromisos segundo, quinto, sexto y duodécimo. Así:

- En relación con cada uno de los compromisos anteriormente mencionados, se solicitó información adicional, aclaraciones y confirmaciones sobre información aportada por Telecinco con anterioridad de acuerdo con el Plan de Actuaciones y requerimientos de información previos (apartados 1.1.a, 1.1.b, 1.2.a, 1.2.b, 2.1.a, 2.1.b, 2.1.c y 3 del Requerimiento).

- En relación con el Compromiso (vi), se solicitó a Telecinco el envío a proveedores de contenidos audiovisuales de cartas de renuncia a derechos de prórroga o adquisición preferente a los que, a juicio de la DI, Telecinco debía renunciar en virtud de lo dispuesto en el mencionado compromiso (apartados 2.2.a y 2.2.b del Requerimiento).

- En relación con el Compromiso (vi), se solicitó a Telecinco el envío a proveedores de contenidos audiovisuales de cartas otorgando derechos de opción para la modificación de los contratos tras el auto de 7 de octubre de 2011 de la Audiencia Nacional denegando las medidas cautelares solicitadas por Telecinco respecto a determinadas provisiones del Plan de Actuaciones (apartado 2.3.a del Requerimiento). No obstante, conviene tener presente que el 18 y 29 de abril y 31 de mayo del 2011 ya se habían enviado cartas otorgando los oportunos derechos de reducción a los proveedores, cuyo texto fue propuesto a la DI y ésta en ningún momento contestó o se dirigió a Telecinco indicando que el contenido de dichas cartas era incompleto o inadecuado. Dichas cartas no incluían la cláusula afectada, alcance y condiciones de la renuncia pues no se solicitaba en el Plan de Actuaciones (y la DI no hizo la más mínima mención al respecto en aquel momento), si bien el efecto perseguido por el Compromiso (vi) ya se había alcanzado en la medida en que los proveedores ya habían sido informados de la existencia del Compromiso (vi) y de su contenido, donde se establece expresamente que Telecinco debía otorgarles un derecho de reducción de los contratos.

La respuesta al requerimiento por parte de Telecinco tuvo lugar mediante escrito de fecha 21 de noviembre de 2011, tras una prórroga concedida al efecto por la Dirección de Investigación:

- En cuanto a la renuncia por Telecinco a las cláusulas de opción, prórroga o adquisición preferente en sus contratos con proveedores, una vez recaída la resolución del Consejo de 28 de noviembre de 2011 en el recurso presentado contra el Requerimiento y a pesar de que Telecinco interpuso el recurso contencioso administrativo relativo al presente procedimiento, Telecinco envió el 7 de diciembre de 2011 una carta de renuncia de derechos preferentes a sus proveedores en todos los casos sin excepción de acuerdo con los criterios sostenidos por la DI, y ello a pesar de que mantiene su criterio de interpretación de la DI respecto de los derechos preferentes que deben entenderse incluidos en el Compromiso (vi).



- En cuanto a las cartas otorgando la opción de modificación de contratos tras el auto de la Audiencia Nacional de 7 de octubre de 2011, Telecinco informó a la DI mediante email de 20 de octubre de que estaba procediendo al envío de las cartas definitivas (antes, por tanto, de que fuese necesario el requerimiento de información de la DI) y el 26 de octubre, como continuación a aquel correo electrónico, Telecinco aportó listado, justificante de envío y modelo de las cartas enviadas a los proveedores. Este envío se realizó sin perjuicio de las cartas que, como se ha señalado con anterioridad, fueron enviadas el 18 y 29 de abril y 31 de mayo del 2011, en las que ya se habían otorgado los oportunos derechos de reducción a los proveedores.

3. La parte actora, tras reconocer que la Dirección de Investigación ha llevado a cabo en todo momento, desde la Resolución de 28 de octubre de 2010, (confirmada, como hemos dicho, por este Tribunal), su función de vigilancia, procediendo a solicitar a Telecinco toda la información que ha estimado necesaria para verificar el cumplimiento material de los compromisos adoptados por la Resolución, considera impugnabile el acto recurrido por cuanto que el requerimiento en cuestión le produce perjuicios irreparables y genera indefensión de conformidad con lo dispuesto en el artículo 47 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia.

Asimismo impugna determinados apartados del requerimiento y de lo dispuesto en la resolución de 28 de noviembre de 2011 en relación al mismo.

El artículo 47 de la Ley de Defensa de la Competencia dispone:

"1. Las Resoluciones y actos de la Dirección de Investigación que produzcan indefensión o perjuicio reparable a derechos o intereses legítimos serán recurribles ante el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia en el plazo de diez días.

2. El Consejo inadmitirá sin más trámite los recursos interpuestos fuera de plazo.

3. Recibido el recurso, el Consejo podrán de manifiesto el expediente para que las partes formulen alegaciones en el plazo de quince días".

Esta previsión específica constituye una aplicación de lo dispuesto, con carácter general, en el artículo 107.2 de la Ley 30/1992 en el ámbito sectorial de la defensa de la competencia. Se prevé un recurso administrativo especial y extraordinario ya que únicamente procede por motivos tasados, esto es siempre y cuando se trate de resoluciones que produzcan indefensión o perjuicio irreparable a los derechos o intereses legítimos de los interesados.

En este caso, el requerimiento de información tiene lugar en el ámbito del artículo 39 de la propia LDC que impone a todas las personas los deberes de colaborar con la CNC y de informar a dicho organismo cuando el mismo lo requiera. Los sujetos a los que se refiere el artículo 39.1 de la LDC tienen el deber de proporcionar los datos y las informaciones de que dispongan, siempre y cuando puedan resultar necesarios para la aplicación de la Ley, esto es, para que la CNC pueda ejercer su función de promover la competencia efectiva de los mercados de acuerdo con lo que dispone el artículo 26.1 de la propia LDC, lo que cobra una especial relevancia en el contexto antes señalado, esto es, en el ámbito de la vigilancia de las resoluciones y acuerdos de la CNC, ya que es uno de los principales instrumentos con los que cuenta la Dirección de Investigación para poder verificar que la actuación del obligado se ajusta a lo ordenado en el acuerdo objeto de vigilancia. Pues bien, este tipo de requerimientos tienen, como sostiene la Administración demandada, una naturaleza meramente instrumental, no obstante su importancia, en la medida en que son un medio para poner a disposición de la Dirección de Investigación cuantos datos sean necesarios para vigilar el cumplimiento de lo ordenado en este caso por la CNC y, además, ratificado por este Tribunal en la referida sentencia de 30 de marzo de 2012 (recurso nº 208/2011). 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 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 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.

Y si descartados deben quedar los daños irreparables que se predicen del requerimiento impugnado, lo mismo ha de decirse respecto de la indefensión que de manera genérica se alega en la demanda pero sin concretar en qué ha consistido materialmente en los términos requeridos por doctrina constante y reiterada del Tribunal Constitucional.

4. De lo anterior deriva la procedencia de desestimar el recurso con la paralela confirmación de la resolución de inadmisión impugnada por su conformidad a Derecho.



De conformidad con el art. 139-1 de la LRJCA de 13 de julio de 1998, en la redacción dada por la reforma operada por la Ley 37/2011 de 10 de octubre, de medidas de agilización procesal, debe condenarse a la parte recurrente al pago de las costas procesales.

FALLO

En atención a lo expuesto la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional ha decidido:

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.

Al notificarse la presente sentencia se hará la indicación de recursos que previene el artículo 248.4 de la Ley Orgánica 6/1985 de 1 de julio, del Poder Judicial .

Así por esta nuestra Sentencia, testimonio de la cual será remitido en su momento a la Oficina Pública de origen, a los efectos de legales oportunos, junto con el expediente de su razón, en su caso, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN Leída y publicada ha sido la anterior Sentencia por la Magistrada Ponente en la misma, Ilma. Sra. D^a MARIA ASUNCION SALVO TAMBO estando celebrando Audiencia Pública la Sala de lo Contencioso-Administrativo Doy fe.