

RESOLUCIÓN

(Expte. R/0068/11, TELECINCO 2)

CONSEJO

D. Luis Berenguer Fuster, Presidente
D^a. Pilar Sánchez Núñez, Vicepresidente
D. Julio Costas Comesaña, Consejero
D^a. M^a. Jesús González López, Consejera
D^a Inmaculada Gutiérrez Carrizo, Consejera

En Madrid, a 25 de abril de 2011

El Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia (en adelante, el Consejo), con la composición antedicha, y siendo ponente la Consejera D^a María Jesús González, ha dictado la siguiente RESOLUCION en el Expediente R/0068/11 por la que se resuelve el recurso administrativo interpuesto con fecha 8 de marzo de 2011 (fecha sello oficina de correos) por la representación de GESTEVISIÓN TELECINCO, S.A., (en adelante, TELECINCO), contra contra el Acuerdo de la Dirección de Investigación de la CNC (en adelante, DI) de 23 de febrero de 2011 que modificaba el Plan de Actuaciones presentado por TELECINCO el 31 de enero de 2011 en el marco del expediente de vigilancia VC/230 TELECINCO/CUATRO y aprobaba la versión modificada de dicho Plan de Actuaciones.

ANTECEDENTES DE HECHO

- 1.** Con fecha 7 de marzo de 2011 tuvo entrada en la Comisión Nacional de la Competencia (CNC) un fax de GESTEVISIÓN TELECINCO, S.A. (TELECINCO), presentando un recurso ante el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia (CNC), en virtud del artículo 47 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC), contra la Resolución de la Directora de Investigación de 23 de febrero de 2011, que modificaba el Plan de Actuaciones presentado por TELECINCO el 31 de enero de 2011 en el marco del expediente de vigilancia VC/230 TELECINCO/CUATRO y aprobaba la versión modificada de dicho Plan de Actuaciones.
- 2.** TELECINCO motiva su recurso en que la resolución impugnada vulnera el derecho de libertad de empresa, el principio de irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, así como el principio de seguridad jurídica. Asimismo, TELECINCO considera que la resolución impugnada vulnera los principios

de confianza legítima y buena fe, y se extralimita de lo dispuesto en la Resolución del Consejo de la CNC de 28 de octubre de 2010 autorizando con compromisos la operación de concentración TELECINCO/CUATRO

3. Adicionalmente, mediante Otrosí la recurrente solicita la suspensión cautelar de la ejecución de los puntos impugnados del Plan de Actuaciones modificado. TELECINCO estima que estos puntos le producen graves perjuicios de imposible o difícil reparación.
4. Con fecha 15 de marzo de 2011, la DI emitió el preceptivo informe sobre el recurso de referencia, considerando *“que procede inadmitir a trámite por extemporáneo o, en todo caso, desestimar en todos sus términos el recurso de GESTEVISIÓN TELECINCO, S.A. contra la resolución de la Dirección de Investigación de 23 de febrero de 2011, que es ajustada a derecho, en particular, en lo relacionado con las modificaciones introducidas por dicha resolución impugnada en el Plan de Actuaciones previsto en el resuelve segundo de la resolución del Consejo de la CNC de 28 de octubre de 2010 en el expediente C/0230/10 TELECINCO/CUATRO”*.

Asimismo, la DI pone de manifiesto *“la especial gravedad de la situación en la que se encuentra la vigilancia del expediente VC/230 TELECINCO/CUATRO, que le fue encomendada de cara al cumplimiento de esta resolución del Consejo de la CNC de 28 de octubre de 2010, al haber transcurrido un tiempo más que razonable para la aprobación del Plan de Actuaciones y ejecución de lo previsto en los compromisos de TELECINCO de 19 de octubre de 2010.*

En este sentido, algunos de los compromisos más importantes de TELECINCO no se están poniendo en práctica y se están produciendo retrasos en el cumplimiento de algunos de los plazos previstos en el Plan de Actuaciones para la realización de determinadas actuaciones por TELECINCO y su comunicación a la CNC.

A pesar de ello, TELECINCO ha dado todos los pasos necesarios para hacer efectiva la operación de concentración, como es público y notorio, lo que está generando una situación indeseable para el mantenimiento de la competencia efectiva en los mercados afectados.”

5. Con fecha 18 de marzo de 2011 el Consejo de la CNC acordó admitir a trámite el recurso interpuesto, concediéndole un plazo a la interesada para formular las alegaciones que estime convenientes.
6. Mediante Acuerdo de 21 de marzo de 2011, el Consejo he denegado la solicitud formulada por la recurrente de suspensión de la ejecutividad de todos los puntos del Plan de Actuaciones que han sido objeto de impugnación en el recurso deducido en el expediente R/0068/11.

7. Mediante escrito de fecha 5 de abril de 2011, la recurrente presentó sus alegaciones.
8. El Consejo deliberó y falló el asunto en su reunión de 12 de abril de 2011
9. Es interesado GESTEVISIÓN TELECINCO S.A.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Objeto de la presente Resolución y pretensiones del recurrente

El artículo 47 de la Ley 15/2007 prevé la posibilidad de presentar recurso administrativo contra las resoluciones y actos dictados por la DI, estableciendo que *“Las resoluciones y actos de la Dirección de Investigación que produzcan indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos serán recurribles ante el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia en el plazo de diez días”*. Con base en este precepto ha articulado TELECINCO su escrito de recurso. Se trata, por tanto, de verificar si el Acuerdo recurrido, que recoge el Plan de Actuaciones modificado, reúne las condiciones exigidas para serlo, esto es, que produzca indefensión o perjuicio irreparable al recurrente, lo que conllevaría la estimación del recurso.

En su escrito de recurso Telecinco no hace referencia en ningún momento al primer requisito, por lo que habría que entender inexistente una posible indefensión que provocase el Acuerdo recurrido, de manera que no sería preciso analizar este supuesto. En cuanto al segundo requisito, aunque la recurrente tan sólo justifica de forma razonada el perjuicio en relación con los desarrollos del compromiso (vi), con carácter general, alega la representación procesal de TELECINCO, que el Acuerdo de 23 de febrero de 2011 infringe el ordenamiento jurídico de la siguiente forma:

- lesionando su derecho constitucional a la libertad de empresa (art. 38 CE)
- vulnerando el principio de irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables así como el de seguridad jurídica (art. 9 CE)
- quebrantando los principios de confianza legítima y buena fe (art. 3 de la Ley 30/1992)
- suponiendo una extralimitación de lo dispuesto en la Resolución del Consejo de 28 de octubre de 2010 que autorizó con compromisos la operación de concentración TELECINCO/CUATRO.

Defiende la recurrente, en base a los anteriores motivos, la nulidad de pleno derecho del Acuerdo impugnado. Posteriormente desarrolla y concreta su recurso en los siguientes argumentos:

- Infracción y extralimitación de la resolución del Consejo de la CNC de 28 de octubre de 2010, al llevar el periodo inicial de vigencia de los compromisos más allá de tres años.
- Algunos de los datos solicitados en relación con la comercialización de publicidad de TELECINCO exceden el alcance del compromiso.
- Extralimitación al no permitir a TELECINCO comercializar la publicidad de los canales de su múltiple que han sido arrendados a terceros.
- Se debe permitir que una misma persona física sea miembro del Consejo de Administración de PUBLIMEDIA y PUBLIESPAÑA
- Extralimitación al definir el concepto de producción propia de TELECINCO en relación con las coproducciones
- Extralimitación a la hora de aplicar las limitaciones temporales del compromiso (vi) en la adquisición exclusiva de contenidos audiovisuales por TELECINCO
- Extralimitación a la hora de aplicar el compromiso (vi) a los contratos de adquisición de contenidos preexistentes, vulnerando los principios de confianza legítima, seguridad jurídica y de irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales
- Extralimitación a la hora de aplicar el compromiso (vi) a los derechos de opción o renovación
- Extralimitación al no equiparar conceptualmente las tv *movies* y las miniserias a las películas cinematográficas

Resulta, por tanto, necesario analizar cada uno de los puntos que han sido recorridos por TELECINCO y la eventual justificación aportada, a fin de determinar si existe el perjuicio que exige la norma.

De un primer análisis de los numerosos motivos alegados por la representación procesal de TELECINCO, puede apreciarse una diferenciación entre la argumentación que pone de manifiesto una disparidad de criterio en la exégesis de alguno de los compromisos aprobados en la Resolución del Consejo de 28 de octubre de 2010 con respecto a la interpretación mantenida por la DI, y los que, yendo más allá, significan en realidad un quebrantamiento de la literalidad de los compromisos.

Toda vez que la anterior división tiene consecuencias notables y evidentes a la hora de que este Consejo se pronuncie sobre las mismas y motive su decisión, se ha considerado de utilidad clasificar la argumentación utilizada por la recurrente de conformidad con dicha diferenciación.

No obstante, con carácter previo a analizar las concretas alegaciones que formula TELECINCO, este Consejo considera necesario efectuar varias precisiones que, como se verá con posterioridad, son de especial relevancia para resolver sobre el fondo del asunto planteado por el presente recurso

En primer lugar, que la necesidad de dotar de contenido a ciertos extremos del Plan de Actuaciones se debe precisamente a que el presentado por TELECINCO se hizo extemporáneamente y con un contenido ciertamente deficiente. Por ello, alegar que la Dirección de Investigación se ha extralimitado en el ejercicio de sus funciones y que, con dicha extralimitación ha vulnerado el principio de seguridad jurídica resulta absolutamente inaceptable.

Lo mismo cabe decir respecto a la discusión sobre el contenido de determinados compromisos, en los que se pretende o bien contradecir su tenor literal o bien establecer excepciones a dicho tenor no señaladas por TELECINCO a la hora de ofrecerlos ni de ser aceptados el Consejo. Simplemente inadmisibles.

Por último, aunque en íntima conexión con las apreciaciones precedentes, que difícilmente se puede cuestionar la buena fe con la que actúa la CNC ni hablar de vulneración del principio de confianza legítima cuando, como veremos, muchas de las propuestas que formula TELECINCO en el presente recurso pretenden vaciar de contenido los compromisos. Este comportamiento se revela de especial gravedad si tenemos en cuenta que, por un lado, dichos compromisos fueron determinantes para que se autorizase la operación de adquisición de CUATRO por parte de TELECINCO y que, por otro, tal operación ya se ha ejecutado, lo que exigiría la inmediata aplicación de aquéllos para evitar los graves problemas de competencia detectados.

Partiendo de estas consideraciones, se procederá a exponer, a continuación, los motivos por los que el Consejo entiende que el presente recurso debe ser íntegramente desestimado.

SEGUNDO.- Ausencia de perjuicio irreparable en los motivos que suponen un quebrantamiento de la literalidad de los compromisos

(i) Sobre el cómputo de la vigencia de los compromisos

La representación procesal de TELECINCO manifiesta, en primer lugar, la incoherencia en la que incurre la Resolución del Consejo de la CNC de 28 de octubre de 2010 cuando establece cómo debe computarse la vigencia de los compromisos.

Con relación a las dudas planteadas en cuanto a la fecha de inicio de la vigencia de los compromisos, el Consejo entiende que basta con acudir al Resuelve Tercero de la Resolución del Consejo, conforme al cual se establece

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

Asimismo, el Consejo considera imprescindible subrayar que si TELECINCO estaba en desacuerdo con la fecha de inicio fijada en la Resolución, debería haber cuestionado la misma a través de los cauces y en el momento oportunos para ello, cosa que no ha hecho con lo que no se puede pretender discutir en el presente recurso los términos de una resolución administrativa que, para la recurrente, es firme por consentida.

(ii) Sobre las medidas establecidas en el mercado publicitario

El tenor literal del Compromiso III establece que *“Telecinco se compromete a no concluir nuevos contratos para la gestión de publicidad de terceros operadores de TDT en abierto de ámbito estatal, regional o local”*.

En este punto, TELECINCO considera que no han de incluirse en el ámbito de la prohibición los contratos relativos a la gestión de publicidad de los canales que, formando parte del propio múltiple de TELECINCO, se arriendan a favor de terceros operadores, al entender que el arriendo o cesión de estos canales no alteraría la situación competitiva preexistente de TELECINCO en el mercado de la publicidad televisiva.

A este respecto, el Consejo, coincidiendo con el informe presentado por la DI, considera impropia la reclamación de TELECINCO cuyo verdadero propósito parece ser introducir en este momento, vía recurso ex art. 47 de la LDC, una excepción a los compromisos que fueron voluntariamente presentados por la recurrente el 19 de octubre de 2010 y aprobados por Resolución el 28 de octubre del mismo año, quebrantando por ello la literalidad de los mismos. Por lo demás, el Acuerdo de la Directora de Investigación que ahora se impugna justifica de forma pormenorizada las razones por las cuales dicha pretensión es inadmisibile.

Por todo lo anterior, este Consejo no puede amparar la aspiración de la recurrente, toda vez que resulta de nuevo improcedente en cuanto al fondo y extemporánea en cuanto a la forma.

(iii) Sobre la autonomía funcional y comercial entre PUBLIESPAÑA y PUBLIMEDIA

El Compromiso III dispone que, para el efectivo cumplimiento del mismo, *“PUBLIMEDIA y PUBLIESPAÑA, o las sociedades que, en su caso, las sustituyan, cumplirán los requisitos siguientes: - Una misma persona física no será miembro del Consejo de Administración de ambas sociedades de manera*

simultánea; - Los directivos o miembros del equipo comercial de cada una de las empresas se abstendrán formar parte del Consejo de Administración, de mantener relaciones laborales u ostentar otro tipo de cargo con la empresa”.

La pretensión de TELECINCO de permitir la presencia simultánea de un consejero delegado en los Consejos de Administración de ambas compañías contraviene frontalmente la literalidad de los compromisos por ella asumidos. De conformidad con lo señalado por la DI en su informe, el Consejo estima que este *petitum* resulta inadmisibles, toda vez que, por un lado, pretende modificar el tenor literal de una resolución firme y que, por otro, vaciaría de contenido el compromiso tendente a garantizar la plena autonomía funcional y comercial entre las compañías mencionadas.

(iv) Sobre los derechos de opción y renovación

El compromiso (vi) *in fine* señala que *Telecinco renunciará expresamente a ejercer en cualquier momento los mecanismos de prórroga, opción o derechos de adquisición preferente que pudiera haber en tales contratos.*

TELECINCO considera, sin embargo, que los derechos de opción o renovación que pueden entrar en conflicto con este compromiso son aquellos que, en caso de ejercitarse, llevan la duración del contrato/licencia a un periodo de tiempo superior a cinco o tres años, según el caso. Así, defiende la recurrente, debería ser posible el ejercicio de tales derechos en los restantes casos, esto es, en los casos en los que la duración inicialmente prevista más la duración obtenida en virtud del ejercicio de un derecho de opción/prórroga no exceda en su conjunto de los límites temporales previstos en compromiso.

En este punto, y de conformidad con lo señalado por la DI, el Consejo entiende que la meridiana nitidez del compromiso aprobado por Resolución de 28 de octubre de 2010 -no rebatida por la recurrente a través del cauce oportuno-, es claro al señalar el compromiso de TELECINCO de renunciar a ejercer, respecto de los contratos preexistentes, sus derechos de prórroga, opción o derechos de adquisición preferente y a incluir tales cláusulas, en relación con los contratos nuevos.

Es, por tanto, de todo punto de vista improcedente pretender introducir en el marco del Plan de Actuaciones unas matizaciones que contravienen la literalidad del compromiso y suponen adulterar las condiciones en virtud de las cuales fue aprobada la concentración.

(v) Sobre los límites temporales de las tv movies y miniseries

Respecto de las tv movies y miniseries, considera TELECINCO que el límite para estos contenidos audiovisuales debe ser el de cinco años, equiparable al de las películas cinematográficas, por la similitud de sus contenidos.

Nuevamente, la alegación efectuada supone una modificación sustancial de los compromisos que, en su momento, fueron presentados por la recurrente, y que viene a quebrantar el espíritu de aquellos. Por otra parte, y aunque no fuese necesario precisamente por la claridad del compromiso en cuestión, la resolución de la Directora de Investigación impugnada ha justificado suficientemente por qué las miniseries y tv movies no pueden equipararse a las películas cinematográficas, y la razón por la cual no pueden extenderse los plazos generales de explotación exclusiva de los derechos correspondientes a otra clase de contenidos.

No puede ser aceptada por ello esta alegación de TELECINCO, toda vez que la postura del Consejo al respecto quedó plasmada en su Resolución de 28 de octubre de 2010 y fue aceptada por la recurrente al permitir que dicha resolución adquiriese firmeza.

En definitiva, una valoración conjunta de este primer grupo de alegaciones lleva a este Consejo a mantener que difícilmente se puede argumentar la existencia de un perjuicio irreparable a los efectos del artículo 47 de la LDC cuando lo que se pretende es que TELECINCO cumpla los compromisos por ella presentados y confirmados por este Consejo mediante una resolución que para dicha mercantil es inatacable a día de hoy. Ello por no decir que es precisamente la autorización subordinada al cumplimiento de compromisos la que ha levantado el obstáculo que impedía ejercer libremente su actividad empresarial conforme al artículo 38 de la Constitución Española, por lo que resulta absolutamente inadmisibles que con la exigencia del cumplimiento de aquéllos se pueda entender vulnerado dicho precepto.

TERCERO.- Ausencia de perjuicio irreparable en los motivos que suponen una divergencia en la interpretación de los compromisos

(i) Sobre los datos que se solicitan en relación con el compromiso II

El Compromiso II dispone que *Telecinco se compromete a no desarrollar políticas comerciales, y en particular, de precios, que supongan, formalmente o de facto, la venta vinculada, directa o indirectamente, a los anunciantes de los distintos paquetes comerciales de publicidad de canales de televisión.*

A este respecto, el Plan aprobado por la DI exige que se informe periódicamente sobre: i) los datos globales sobre contratación conjunta e individual de paquetes de publicidad en canales de televisión en abierto gestionados por TELECINCO, ii) datos sobre ventas de espacios publicitarios en canales de televisión en abierto gestionados por TELECINCO, desglosados por clientes y campañas publicitarias.

No obstante, TELECINCO considera improcedente delimitar de tal modo dicha información, toda vez que las negociaciones no tienen por objeto campañas

publicitarias, sino la inversión publicitaria del cliente. Asimismo considera que no tiene sentido suministrar datos por cada canal de televisión individualmente desde el momento en que, por norma general, lo que es objeto de contratación son módulos, esto es, combinación de canales de televisión.

Pues bien, este Consejo debe hacer notar, en primer lugar, que la recurrente no justifica de ningún modo en qué medida el Plan de Actuaciones de la DI le ocasiona perjuicios irreparables en lo que a este extremo respecta, requisito imprescindible para que las alegaciones de la mercantil sean tenidas en cuenta en virtud del art. 47 de la LDC.

Establecido lo anterior, este Consejo coincide con el informe presentado por la DI cuando señala que lo antedicho no significa que TELECINCO no tenga capacidad para dar los datos solicitados por la Dirección de Investigación, dado que KANTAR MEDIA proporciona datos en tiempo real de los GRPs de cada campaña publicitaria en cada canal y TELECINCO debe aportar dicha información con posterioridad a la contratación y emisión de las campañas publicitarias.

La DI justifica, además, que dicha información periódica de la comercialización efectiva que TELECINCO hace de su publicidad en televisión en abierto, en las unidades de medida más reducidas posibles (campañas publicitarias y canales de televisión individuales) es necesaria y pertinente, con vistas a determinar si TELECINCO está vinculando de facto la contratación de sus paquetes. Así, en relación con los canales individuales, señala la DI que un mismo canal de TELECINCO se puede comercializar simultáneamente a través de varios paquetes, por lo que, para hacer una comparación entre distintos paquetes, es muy útil obtener la información por canales individuales.

En definitiva, no puede decirse que la información así requerida por la DI en su Plan de Actuaciones pueda generar un perjuicio grave al recurrente, sino que más bien este desarrollo ha de ser entendido, en el sentido que consta en el informe de la DI, en provecho del cumplimiento eficaz de los compromisos adoptados en la Resolución del Consejo de 28 de octubre de 2010.

(ii) Sobre el concepto de contenido audiovisual propio de TELECINCO

Mediante el compromiso (vi) *Telecinco se compromete a no concluir contratos de adquisición exclusiva de contenidos audiovisuales de terceros con una duración superior a tres años.*

En relación con este compromiso, los apartados 89 y siguientes del Acuerdo impugnado delimitan qué se entiende por contenido audiovisual propio de TELECINCO. En concreto, dispone que se entenderá como producción propia aquellos casos en los que TELECINCO disponga de más del 50% de los derechos de explotación económica y de propiedad intelectual

correspondientes al productor del contenido producido. Los contenidos no incluidos en ese ámbito serán considerados contenidos de terceros y quedarán, por tanto, sometidos a los límites señalados en el compromiso.

TELECINCO, no obstante, considera que este Plan no viene sino a introducir distorsiones en el mercado de producción de contenidos y rigideces innecesarias en las coproducciones, restringiendo las posibilidades de TELEECINCO de recuperar o amortizar la inversión realizada en la coproducción. De esta forma, anticipa la recurrente, puede verse afectada la realización de proyectos audiovisuales que no son posibles sin la financiación derivada de la participación de la televisión. TELEECINCO además propone una interpretación alternativa para aquellos casos en que los efectos mencionados serán especialmente patentes: coproducciones internacionales que tienen lugar entre varios países en las que cada televisión se queda con el 100% o la mayoría de los derechos de explotación para su respectivo territorio y coproducciones con un productor independiente, en las que el único coproductor es TELEECINCO, cuya participación se sitúa habitualmente por encima del 40%.

Pues bien, pese a lo alegado por la recurrente, este Consejo entiende, siguiendo a la Dirección de Investigación, que si se permitiese estas excepciones se estaría vaciando de contenido el compromiso, puesto que posibilitaría que TELEECINCO se hiciese con la exclusiva indefinida de todos los contenidos audiovisuales de producción extranjera que quisiese, recurriendo a la figura del coproductor minoritario. Tal y como destaca la DI a este respecto, TELEECINCO reconoce que esa participación en las producciones internacionales busca asegurarse la exclusiva de la explotación del contenido audiovisual en España, y no el control de la producción del contenido.

Por lo que se refiere a la segunda excepción, la producción española de contenidos audiovisuales, donde TELEECINCO propone rebajar el porcentaje de 50% a 40%, hay que hacer notar que TELEECINCO no justifica las razones por las que dicho porcentaje es más adecuado que el delimitado por la DI, para considerar que hay producción propia, más allá de sus propios intereses particulares en mantener en la medida de lo posible, con posterioridad a la fusión, el status quo anterior, lo que, en último término, supone una interpretación extensiva y unilateral de las excepciones contempladas en el compromiso aprobado por este Consejo.

La DI, sin embargo, ha justificado el desarrollo que ha realizado de este compromiso en aras a reforzar la seguridad jurídica de TELEECINCO y, a la vez, impedir que cualquier participación de la misma en la producción de un contenido audiovisual sirva para limitar la aplicabilidad del áquel. Por ello, como figura en el informe de la DI, se ha considerado muy conveniente establecer un concepto unívoco de producción propia, ligado a una participación mayoritaria de TELEECINCO en los rendimientos económicos y en

los derechos de propiedad intelectual ligados al productor del contenido audiovisual.

Asimismo, señala la DI, difícilmente se puede considerar que la aplicabilidad del compromiso a las producciones de contenidos cinematográficos españoles en las que participe TELECINCO va a perjudicar las inversiones de TELECINCO en este tipo de contenidos, en la medida que están legalmente preestablecidos unos niveles mínimos de inversión, que las televisiones procuran no superar.

En definitiva, no habiendo sido acreditado ningún perjuicio irreparable por parte de la recurrente y estando plenamente motivada y justificada la interpretación que de este compromiso ha sido realizada por la DI, este Consejo tampoco puede estimar en relación a este extremo el presente recurso.

(iii) Sobre el cómputo de los límites temporales en la adquisición exclusiva de contenido

El compromiso (vi) incluido en la Resolución del Consejo de 28 de octubre de 2010 dispone, según tenor literal, que *“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”*.

A los efectos del compromiso antedicho, el Plan de Actuaciones indica los criterios de aplicación a la hora de verificar la adecuación de los nuevos contratos de adquisición de contenidos exclusivos con el presente compromiso, para todos aquellos contratos con la característica común de que no queda determinado en el momento de la firma del contrato la identificación concreta del contenido contratado o el momento exacto en que cada contenido será puesto a disposición del adquirente. Con carácter general, el criterio es que estos contratos no podrán exceder de tres años desde el momento de su firma.

TELECINCO considera desproporcionada esta especificación en cuanto al cómputo del límite y entiende que, atendiendo al modo habitual de contratación en el sector audiovisual, el límite temporal de tres años solo debería computar desde que el contenido en cuestión es puesto a disposición de la cadena de televisión para iniciar derechos de emisión.

Pues bien, el Consejo de la CNC considera que esta interpretación unilateral de TELECINCO contraviene la finalidad del compromiso, cuyo objeto es permitir

que los derechos exclusivos que TELECINCO adquiriera sobre generadores de contenidos salgan de forma periódica al mercado, pues, una modificación en ese sentido permitiría a TELECINCO la compra a futuro de contenidos audiovisuales sin ningún tipo de limitación temporal, aplicando de manera artificiosa los límites temporales a la explotación de cada contenido audiovisual específico.

Así, en el caso de las películas y las series, bastaría con que los contratos no estableciesen el periodo en el que se puede comenzar a disfrutar de los contenidos adquiridos (que en muchos casos su identidad no está predeterminada), para que TELECINCO, vaciando de contenido el compromiso en cuestión, pueda adquirir de facto toda la producción de un proveedor durante un periodo temporal amplio (superior a tres años), al establecer como contenidos adquiridos un número de películas y series que cubren la producción de ese proveedor en ese periodo temporal superior a tres años.

Y en lo que respecta a los contenidos deportivos, tal y como indica el informe de la DI, la CNC ya había establecido de forma clara y meridiana en el expediente S/0006/07 la problemática para la competencia que conlleva la adquisición a futuro de contenidos deportivos y la posición del Consejo de la CNC respecto a ello, **siendo esta posición perfectamente conocida por TELECINCO a pesar de que ahora pretenda que por parte de este Consejo, contraviniendo sus propios actos, se adopte otra distinta .**

Resulta, en definitiva, improcedente la pretensión, vía artículo 47 de la LDC, de modificación *a posteriori* de los compromisos que voluntariamente fueron propuestos y asumidos por la recurrente, así como la imputación a la DI de haberse extralimitado sobre lo dispuesto en la Resolución del Consejo autorizando la concentración, pues este Consejo es de la opinión que el desarrollo de los mismos en el Plan de Actuaciones se ajusta, también en este punto, a la finalidad de la operación tal y como fue autorizada. Lo que no es admisible es que en este momento, TELECINCO plantee una interpretación unilateral, matizada y parcial en el momento de la aplicación de aquellos compromisos, alegando una genérica distorsión de su capacidad de adquisición de contenidos, restricción que fue libremente propuesta y asumida por ella con vistas a la autorización de la operación de concentración.

(iv) Sobre el cómputo de los límites temporales en los contratos de adquisición de contenidos en exclusiva preexistentes

El párrafo segundo del compromiso (vi) dispone que *en el caso de los contratos de adquisición de contenidos audiovisuales exclusivos actualmente en vigor que superen los anteriores límites, Telecinco se compromete a otorgar al proveedor un derecho, que podrá ejercerse en un plazo de seis meses desde la entrada en vigor de los compromisos, y sujeto a la correspondiente compensación conforme a criterios objetivos y proporcionales, de modificar los*

contratos para ajustarlos a los anteriores límites, sin modificación del resto de condiciones establecidas en los mismos..

Al respecto, TELECINCO entiende que el criterio establecido por la DI en su Plan de Actuaciones, según el cual los límites temporales previstos en el párrafo primero deben computarse para los contratos preexistentes desde la fecha de su formalización o de su novación cuando se hubiera producido con anterioridad a la concentración, vulnera los principios de confianza legítima, seguridad e irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, y considera que el cómputo, a efectos del compromiso (vi), de los límites temporales debe realizarse a partir de la fecha de la toma de control efectiva de CUATRO por TELECINCO, el 28 de diciembre de 2010.

En relación con esta alegación, el Consejo debe, en primer término, recordar que uno de los principales objetivos del compromiso ahora impugnado era precisamente garantizar la salida al mercado de manera progresiva de los derechos exclusivos contenidos en los contratos preexistentes suscritos por TELECINCO o CUATRO, a medida de que fueran alcanzando los límites temporales previstos para los nuevos contratos, cuestión reforzada por el compromiso de no hacer uso de los derechos de renovación, opción o adquisición preferente recogidos en los mismos. Asimismo hemos de mencionar, de nuevo, que el mencionado compromiso, ahora controvertido, fue unilateral y voluntariamente propuesto por TELECINCO y asumido por ella, sin que durante las fases previas del procedimiento se haya puesto de manifiesto su disconformidad con el mismo, ni siquiera frente a la Resolución del Consejo, que la recurrente no impugnó cuando pudo hacerlo.

Sentadas las anteriores bases, resulta improcedente la alegación de TELECINCO que pretende desvirtuar el tenor literal de la Resolución de este Consejo, y como señala la DI en su informe, busca vaciar de contenido el compromiso, al pretender que los límites temporales comiencen a computar desde la fecha de ejecución de la operación, estableciendo una excepción que no estaba contemplada en el mismo. En definitiva, dicha interpretación implicaría *de facto* que no se produjera la salida gradual al mercado de derechos sobre contenidos de los contratos preexistentes durante un periodo inicial mínimo de tres años desde la operación de concentración.

Por último, tampoco puede aceptarse la pretendida vulneración de los principios de confianza legítima, seguridad jurídica y de irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables. En primer lugar, en nada pueden verse afectados la confianza legítima ni la seguridad jurídica, más desde el momento en que fue un compromiso libremente ofrecido por TELECINCO con vistas al éxito de la operación de concentración por ella pretendida y a fecha de hoy ejecutada. Además, ni la Resolución del Consejo autorizando la operación de concentración, ni específicamente el compromiso controvertido pueden ser

consideradas, por definición, como disposiciones sancionadoras no favorable ni restrictivas de derechos individuales en la medida en que han sido dictadas en un procedimiento autorizatorio, que ha permitido la adquisición por TELECINCO del control de CUATRO y no en uno sancionador.

Como se ha argumentado en los Fundamentos precedentes, bajo ninguna perspectiva puede apreciarse que el Acuerdo de la Directora de Investigación de 23 de febrero de 2011, por el que se aprueba el Plan de Actuaciones modificado, en la que se fundamenta el presente recurso haya causado indefensión ni perjuicio irreparable a los derechos de TELECINCO. Por ello, no reuniendo los requisitos exigidos por el artículo 47 LDC, este Consejo entiende que el recurso examinado en la presente resolución debe ser desestimado.

Vistos los preceptos citados y los demás de general aplicación, **EL CONSEJO**

RESUELVE

ÚNICO.- Desestimar el recurso interpuesto por interpuesto por GESTEVISIÓN TELECINCO, S.A., contra el Acuerdo de la Dirección de Investigación de la CNC de 23 de febrero de 2011 que modificaba el Plan de Actuaciones presentado por TELECINCO el 31 de enero de 2011 en el marco del expediente de vigilancia VC/230 TELECINCO/CUATRO y aprobaba la versión modificada de dicho Plan de Actuaciones.

Comuníquese esta Resolución a la Dirección de Investigación y notifíquese al recurrente, haciéndole saber que la misma pone fin a la vía administrativa y que puede interponer contra ella recurso contencioso-administrativo ante la Audiencia Nacional, en el plazo de dos meses a contar desde su notificación.