



Roj: **SAN 609/2023 - ECLI:ES:AN:2023:609**

Id Cendoj: **28079230062023100060**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **6**

Fecha: **08/02/2023**

Nº de Recurso: **944/2020**

Nº de Resolución: **60/2023**

Procedimiento: **Procedimiento ordinario**

Ponente: **MIGUEL DE LOS SANTOS GANDARILLAS MARTOS**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

## **AUDIENCIA NACIONAL**

**Sala de lo Contencioso-Administrativo**

### **SECCIÓN SEXTA**

**Núm. de Recurso:** 0000944 /2020

**Tipo de Recurso:** PROCEDIMIENTO ORDINARIO

**Núm. Registro General:** 07928/2020

**Demandante:** TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U., TELEFONICA DE CONTENIDOS, S.A.U.

**Procurador:** DÑA. GLORIA TERESA ROBLED0 MACHUCA

**Demandado:** COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y LA COMPETENCIA

**Abogado Del Estado**

**Ponente Ilmo. Sr.:** D. SANTOS GANDARILLAS MARTOS

### **SENTENCIA Nº :**

**Ilma. Sra. Presidenta:**

Dª. BERTA SANTILLAN PEDROSA

**Ilmos. Sres. Magistrados:**

D. FRANCISCO DE LA PEÑA ELIAS

D. SANTOS GANDARILLAS MARTOS

D. RAMÓN CASTILLO BADAL

Madrid, a ocho de febrero de dos mil veintitrés.

Se ha visto ante esta Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional y bajo el número **944/2020**, el recurso contencioso-administrativo formulado por **TELEFÓNICA DE CONTENIDOS S.A.U.** y de **TELEFÓNICA DE ESPAÑA S.A.U.** representadas por la procuradora doña Gloria Teresa Robledo Machuca contra la resolución de 9 de julio de 2020, sobre la prórroga de los compromisos a los que se subordinó la autorización de la operación en la resolución del Pleno del Consejo de la CNMC de 22 de abril de 2015, recaída en el expediente C/0612/14, TELEFÓNICA/DTS.

Ha sido parte la Administración General del Estado defendida por el abogado del Estado.

## **ANTECEDENTES DE HECHO**



**PRIMERO.-** Por las actoras se interpuso recurso contencioso-administrativo mediante escrito presentado en los términos expresados en el encabezamiento, acordándose su admisión mediante decreto, y con reclamación del expediente administrativo.

**SEGUNDO.-** Se formalizó la demanda mediante escrito en el que, tras alegar los hechos y fundamentos oportunos, terminó suplicando «*[d]icte sentencia por la que, con estimación del presente recurso:*

1. *Anule la Resolución del Pleno de la CNMC de 9 de julio de 2020:*

a) *Deje sin efecto la prórroga de las condiciones a las que se subordinó la autorización de la operación de concentración C/0612/14/TELFÓNICA/DTS mediante la resolución del Pleno del Consejo de la CNMC de 22 de abril de 2015;*

b) *Declare que los mismos dejaron de tener efecto el 30 de abril de 2020. [...].».*

**TERCERO.-** El abogado del Estado, en su escrito de contestación a la demanda, pide la desestimación del recurso.

**CUARTO.-** Recibido el pleito a prueba, tras el trámite de conclusiones, se señaló para votación y fallo el día 1 de febrero del año en curso, en que efectivamente se deliberó y votó.

Ha sido ponente el Ilmo. Sr. don Santos Gandarillas Martos, quien expresa el parecer de la Sala.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** Es objeto del presente recurso interpuesto por TELEFÓNICA DE CONTENIDOS S.A.U. (ahora TELEFÓNICA FILIALES S.A.U.) y de TELEFÓNICA DE ESPAÑA S.A.U. (en lo sucesivo TELEFÓNICA y en referencia a ambas actoras), la resolución de 9 de julio de 2020 sobre la prórroga de los compromisos a los que se subordinó la autorización de la operación de concentración en la resolución del Pleno Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia (CNMC) de 22 de abril de 2015, recaída en el expediente C/0612/14, TELEFÓNICA/ DTS.

Como antecedentes relevantes para la comprensión de litigio, relacionados exclusivamente con la pretensión impugnatoria y los motivos alegados con la demanda, destacamos que:

1.- El 17 de octubre de 2014, fue notificada a la CNMC la operación de concentración económica consistente en la adquisición por parte de Telefónica de Contenidos, S.A.U. del control exclusivo de DTS, Distribuidora de Televisión Digital, S.A. (DTS), que dio lugar al expediente C/0612/14, TELEFÓNICA/ DTS.

2.- El 22 de abril de 2015, el Pleno del Consejo de la CNMC autorizó la operación de concentración económica, subordinada al cumplimiento de los compromisos presentados por Telefónica de Contenidos, S.A.U. el 14 de abril de 2015, que obligaban a esta empresa y a cualquiera de las empresas del grupo.

3.- Por acuerdo del Ministro de Economía y Competitividad de 30 de abril de 2015, la operación de concentración no fue elevada para su decisión al Consejo de Ministros, por lo que el acuerdo concentración de la CNMC causó estado en vía administrativa.

4.- Se establecía el apartado sexto de los compromisos a los que se supeditó la autorización de la concentración que « *[L]os compromisos tendrán una vigencia de cinco (5) años desde que la resolución en segunda fase del expediente C/0612/14 sea firme en vía administrativa. Transcurrido dicho plazo, la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia valorará si se ha producido una modificación relevante en la estructura o la regulación de los mercados considerados, que justifique el mantenimiento, adecuación o supresión de las condiciones correspondientes por un periodo adicional de hasta un máximo de tres (3) años, que se concretará de forma motivada. [...].».*

5.- El 24 de enero de 2020, TELEFÓNICA aportó al expediente de vigilancia un escrito solicitando que se confirmase el levantamiento y supresión de los compromisos, a lo que la Dirección de Competencia (DC) envió el 4 de febrero de 2020 requerimientos de información a distintos operadores de comunicaciones electrónicas, de TV de pago, proveedores de contenidos audiovisuales y a operadores de TV en abierto.

6.- El 17 de marzo de 2020, la DC remitió a TELEFÓNICA acuerdo comunicando la suspensión del plazo previsto en la resolución de 22 de abril de 2015, en orden a la valoración relativa al mantenimiento, adecuación o supresión de los compromisos recaída en el expediente de concentración. Se justificaba la suspensión en la disposición adicional tercera del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID (BOE de 14 de marzo de 2020).



7.- El 12 de mayo de 2020 se dio traslado para alegaciones a TELEFÓNICA de la propuesta de informe parcial de vigilancia (PIPV) en relación con la duración de los compromisos del grupo TELEFÓNICA de 14 de abril de 2015 a los que se subordinó la autorización de la operación de concentración, alegaciones que fueron presentadas el 29 de mayo de 2020.

8.- El 15 de junio de 2020, la DC elevó al Consejo su informe parcial de vigilancia (IPV) a los efectos de que el Consejo de la CNMC se pronunciara sobre la duración de los compromisos, lo que tuvo lugar con la resolución de 9 de julio de 2020, objeto del presente recurso, en la que consta un voto particular discrepante.

**SEGUNDO.-** En síntesis, el escrito de demanda se centra, exclusivamente, en la indebida aplicación de la disposición adicional tercera del Real Decreto 463/2020. En síntesis, considera que la suspensión no es aplicable a los actos administrativos o a resoluciones de carácter sustantivo, sino a los procedimientos administrativos. El acuerdo de concentración tenía un plazo con vencimiento establecido, y el 30 de abril de 2020 transcurrieron los 5 años desde que comenzó a producir efectos la resolución de autorización de la concentración. Por lo tanto, cuando se acordó la prórroga de los compromisos por la resolución de 9 de julio de 2020, ya había transcurrido el plazo de vigencia previsto en el acuerdo de concentración. Una interpretación acorde con el artículo 3 del Código Civil solo puede llevar a este criterio, puesto que lo la resolución no prorrogó sino instauró los compromisos que ya habían expirados. Niega que TELEFONICA haya actuado contra sus propios actos y, en definitiva, el Real Decreto 463/2020, permitía la tramitación de las prórrogas de los compromisos, pero solo dentro del plazo previsto en el acuerdo de concentración.

Constatamos que tanto la pretensión de la actora como los argumentos en los que se sustenta, resultan compatibles con el sentido y términos en los que fue dictado el voto particular de la resolución impugnada, y anticipamos que pueden recibir una respuesta conjunta puesto que se circunscriben a la extemporaneidad en la toma de decisión del mantenimiento de los compromisos durante tres años más.

**TERCERO.-** Para la correcta decisión de este litigio no podemos perder de vista los términos del acuerdo de concentración y algunos acontecimientos ocurridos durante la tramitación de la decisión sobre la prórroga de los compromisos.

En el propio acuerdo de concentración de 22 de abril de 2015, el Pleno del Consejo de la CNMC que, por resolución del Ministro del ramo el 30 de abril de 2015 no fue elevado para su decisión al Consejo de Ministros, autorizó la operación de concentración económica subordinada al cumplimiento de determinados compromisos, cuyo contenido material no se cuestionan el este litigio.

Se decía en el apartado sexto y por un periodo de cinco años que *«[T]ranscurrido dicho plazo, la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia valorará si se ha producido una modificación relevante en la estructura o la regulación de los mercados considerados, que justifique el mantenimiento, adecuación o supresión de las condiciones correspondientes por un periodo adicional de hasta un máximo de tres (3) años, que se concretará de forma motivada. [...]»*.

Efectivamente una interpretación literal del acuerdo nos llevaría a la conclusión que apunta la resolución recurrida respecto del plazo para tomar la decisión, puesto que expresamente parece exigir el transcurso del plazo para para la valoración sobre el mantenimiento o no de los compromisos. Sin embargo, la propia naturaleza del acuerdo de concentración y el alcance temporal al que se vinculan el mantenimiento o de los compromisos, no parece que permitan una interpretación con la literalidad apuntada, puesto que si la decisión fuera tomada superado el límite temporal fijado por el acuerdo de concentración, los compromisos podrían «de facto» prolongarse más allá del tiempo previsto sin que ninguna decisión o, mejor dicho, a la espera de que una decisión así lo acordara.

Lo cierto es que el acuerdo de concentración se limitaba a fijar el límite temporal de los compromisos, pero nada decía sobre el plazo o tiempo que la CNMC debería abrir o iniciar el procedimiento para valorar la toma de decisión, lo que nos lleva a la determinar dentro de que lapso temporal debía la Administración mantener o alzar todos o parte de los compromisos a los que se supeditó la concentración.

Lo que ofrece pocas dudas es que para la toma de una decisión sobre la prórroga o cese de los compromisos de la concentración, la Administración debe seguir un procedimiento administrativo encaminado a estos efectos. La subordinación de la concentración a los compromisos previstos en el artículo 60.4.b) de la LDC, y su posterior control y vigilancia forma parte de un procedimiento administrativo. En este sentido, el procedimiento de concentración no finaliza con la resolución en que fue acordada, puesto que siempre están a salvo las facultades de vigilancia de las obligaciones, de las resoluciones y de los acuerdos a las que se refiere el artículo 71 del Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Defensa de la Competencia.



Este dato es de especial relevancia a la hora de valorar la superación de límite temporal del 22 de abril de 2020, fecha prevista para tomar la decisión sobre su posible prórroga, por la aplicación de la disposición adicional del Real Decreto 463/2020.

El procedimiento se inició antes del vencimiento de la fecha límite establecido el acuerdo de concentración, concretamente el 24 de enero de 2020, con la presentación por parte de TELEFÓNICA, dentro del expediente vigilancia, de un escrito solicitando que se confirmase el levantamiento y supresión de los compromisos. Acto seguido la DC envió el 4 de febrero de 2020 requerimientos de información a distintos operadores de comunicaciones electrónicas, de TV de pago, proveedores de contenidos audiovisuales y a operadores de TV en abierto.

En ese momento, se desencadenó la crítica situación sanitaria provocada por la pandemia del COVID, y la declaración del estado de alarma por el Real Decreto 463/2020, con entrada en vigor el mismo día de su publicación, 14 de marzo.

Tres días más tarde, el 17 de marzo de 2020, la DC remitió a TELEFÓNICA un acuerdo comunicando la suspensión del plazo previsto en la resolución de 22 de abril de 2015, *«[e]n orden a la valoración relativa al mantenimiento, adecuación o supresión de los compromisos recaída en el expediente de concentración, por aplicación de la disposición adicional tercera del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID [...]»*.

El comunicado se dictó al amparo de lo establecido en la disposición tercera, relativa a la suspensión de plazos administrativos, que en su redacción inicial establecía que *«[1.] Se suspenden términos y se interrumpen los plazos para la tramitación de los procedimientos de las entidades del sector público. El cómputo de los plazos se reanudará en el momento en que pierda vigencia el presente real decreto o, en su caso, las prórrogas del mismo.*

*2. La suspensión de términos y la interrupción de plazos se aplicará a todo el sector público definido en la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.*

*3. No obstante lo anterior, el órgano competente podrá acordar, mediante resolución motivada, las medidas de ordenación e instrucción estrictamente necesarias para evitar perjuicios graves en los derechos e intereses del interesado en el procedimiento y siempre que éste manifieste su conformidad, o cuando el interesado manifieste su conformidad con que no se suspenda el plazo. [...]»*.

Puede que la redacción del comunicado no fuera del todo lo afortunada puesto que la previsión legal para el estado de alarma se refería a los plazos y termino de los procedimientos y no al vencimiento de las decisión o actos administrativos firme, punto donde parece centrarse el grueso de la carga argumental tanto de la demanda como del voto particular. Pero del mismo modo que descartamos una interpretación literal del acuerdo de concentración sobre el límite temporal en la toma de decisión para la prórroga de los compromisos, también la descartamos para interpretar en alcance de la disposición adicional y atendemos al momento y al contexto en que tuvo lugar este comunicado, para poder establecer su verdadero alcance.

En primer lugar, la «suspensión» acordada tuvo lugar en seno de un procedimiento administrativo, y para nada implicaba una alteración o modificación del límite temporal fijado en el acuerdo de concentración, simplemente se prorrogó la decisión al momento, en el que, normalizada la situación podía la CNMC retomar su continuidad y llevar a cabo la oportuna decisión. En segundo lugar, conviene no perder de vista que el comunicado por que se acordaba la suspensión fue debidamente notificado a TELEFONICA y ni lo recurrió, ni se lamentó, ni hizo objeción alguna, extremo que podemos llegar a comprender, sin que ello implique que la actora ha ido contra sus propios actos, dada la situación, inédita, que en esos momentos estábamos viviendo y que parece tan pronto olvidada.

Pero esa inedia y dolorosa situación que vivimos requiere interpretarse, en la cita que hace la actora al artículo 3.2 del Código Civil lo hace suyo esta Sala. Es precisamente el «contexto social» en el que se acordó la suspensión el que explica, fuera de cualquier discusión o matiz jurídico, el que la decisión final sobre el mantenimiento de los compromisos tuviera lugar el 9 de julio de 2020. Además, el acuerdo fue tomado sin demora a los pocos días de la finalización del estado de alarma que tuvo lugar a las 00:00 horas del día 21 de junio de 2020, fecha de su última prórroga conforme al artículo 2 del Real Decreto 555/2020, de 5 de junio (BOE de 6 de junio).

Ninguna de las partes hace referencia a ello, pero el grado de confusión que la pandemia ocasionó, en términos de aplicación de plazos, duración de procedimientos y ejercicio de acciones también queda reflejado en la disposición adicional cuarta, cuando se refiere a la suspensión de «prescripción y caducidad de cualesquiera acciones y derecho», previsión normativa, que pese las dudas hermeneúicas que implica, también explicar la situación que ahora se pone en tela de juicio.



**CUARTO.-** Lo dicho nos lleva a la íntegra desestimación del presente recurso, y de conformidad con lo establecido en el artículo 139.1 de la LJCA, debe imponerse las costas causadas a las recurrentes.

#### **FALLAMOS**

Que debemos desestimar el recurso contencioso-administrativo interpuesto por **TELEFÓNICA DE CONTENIDOS S.A.U.** y de **TELEFÓNICA DE ESPAÑA S.A.U.** contra la resolución de 9 de julio de 2020, sobre la prórroga de los compromisos a los que se subordinó la autorización de la operación en la resolución del Pleno Consejo de la CNMC de 22 de abril de 2015, recaída en el expediente C/0612/14, TELEFÓNICA/DTS; con expresa condena en costas a las recurrentes.

Así por esta nuestra Sentencia, que se notificará en la forma prevenida por el art. 248 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, y contra la que cabe recurso de casación que deberá prepararse ante esta Sala en el plazo de 30 días debiendo acreditarse en el escrito de preparación del recurso el cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 89.2 de la Ley de la Jurisdicción justificando el interés casacional objetivo que presenta, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

FONDO DOCUMENTAL CENJUD