

Id Cendoj: 28079130032007200012  
Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso  
Sede: Madrid  
Sección: 3  
Nº de Recurso: 533/1994  
Nº de Resolución:  
Procedimiento: CONTENCIOSO  
Ponente: EDUARDO ESPIN TEMPLADO  
Tipo de Resolución: Auto

**Resumen:**

INCIDENTE EJECUCIÓN SENTENCIA Pérdida sobrevenida de objeto por modificación normativa y cambio de situación jurídica material

**AUTO**

En la Villa de Madrid, a veinte de Febrero de dos mil siete.

**ANTECEDENTES DE HECHO**

PRIMERO.- Con fecha 9 de junio de 2.000 esta Sala y Sección dictó Sentencia en el presente recurso contencioso-administrativo número 533/1.994 cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal:

"FALLAMOS: Estimamos en parte el recurso contencioso- administrativo interpuesto por la representación procesal de los Srs. Hugo , Braulio , Juan Manuel , Jose María , Pablo , Inocencio y David contra el acuerdo del Consejo de Ministros de fecha 20 de mayo de 1994, que decidió no oponerse, bajo determinadas condiciones, a la operación de concentración consistente en la cesión de la gestión por parte de **Antena 3** de Radio, S.A. y de la Sociedad Española de Radiodifusión, S.A. (S.E.R.) en favor de la Sociedad de Servicios Radiofónicos Unión Radio, S.A. Acuerdo que declaramos no ser conforme a Derecho y anulamos por tanto. Desestimando, en cambio, la pretensión de que lo declaráramos nulo de pleno derecho. Sin hacer especial imposición de las costas causadas."

SEGUNDO.- Con fecha 14 de junio de 2.002 el Abogado del Estado promovió incidente de ejecución de dicha sentencia y suplicó a la Sala que se pronunciase sobre si la propuesta de las empresas partícipes en la operación de concentración consistente en la resolución de acuerdos y contratos mediante los que se había instrumentado la citada operación supondría dar cumplimiento a dicha sentencia de 9 de junio de 2.000 y llevar a su puro y debido efecto las declaraciones contenidas en su fallo.

TERCERO.- Dado traslado de dicho escrito a las partes y presentadas las correspondientes alegaciones esta Sala acordó por Auto de 25 de septiembre de 2.002 lo siguiente:

"Primero.- La resolución de los negocios jurídicos en los que se instrumentó la operación de concentración, es una medida necesaria y adecuada para llevar a puro y debido efecto la sentencia que este Tribunal dictó en el recurso contencioso-administrativo del que dimana este incidente.

Segundo.- Sin el previo análisis al que hace referencia el último párrafo del razonamiento jurídico quinto de este Auto, no cabrá afirmar que aquella resolución sea por sí sola bastante para la debida ejecución de dicha sentencia."

En el referido razonamiento jurídico quinto in fine se decía lo siguiente:

"No cabe tal afirmación [que la resolución de los negocios jurídicos con los que se llevó a cabo la operación de concentración fuese por sí sola bastante para tener por cumplida la sentencia] mientras que el órgano obligado a llevar a puro y debido efecto la sentencia no analice si, tras la ejecución de dicha propuesta, queda o no algo que practicar para preservar lo que aquella operación de concentración puso en riesgo, que no fue sino el pluralismo informativo en el sector de los medios de radiodifusión sonora."

Interpuesto recurso de súplica por la Sociedad de Servicios Radiofónicos Unión Radio, S.A., **Antena 3** de Radio, S.A. y la Sociedad Española de Radiodifusión, S.A., fue desestimado por Auto de 16 de noviembre de 2.002 de esta Sala .

CUARTO.- Tomado conocimiento del mencionado Auto de 25 de septiembre de 2.002 , el Director General de Defensa de la Competencia dictó Resolución de 14 de octubre de 2.002 en la que se acordó lo siguiente:

"En atención a todo lo anterior, de acuerdo con lo establecido en la *disposición Tercera del Acuerdo de Consejo de Ministros de 2 de noviembre de 2001* , este Servicio de Defensa de la Competencia resuelve, con el fin de llevar a puro y debido efecto la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de junio de 2000 , modificar el Plan propuesto por los representantes legales de **ANTENA 3 DE RADIO S.A.**, SOCIEDAD ESPAÑOLA DE RADIODIFUSIÓN S.A. y SOCIEDAD DE SERVICIOS RADIOFÓNICOS UNIÓN RADIO S.L., estableciendo las siguientes actuaciones:

Primero: En el plazo máximo de ----- desde la notificación de la presente resolución, **ANTENA 3 DE RADIO S.A.**, SOCIEDAD ESPAÑOLA DE RADIODIFUSIÓN S.A. y SOCIEDAD DE SERVICIOS RADIOFÓNICOS UNIÓN RADIO S.L. deberán resolver los negocios jurídicos en los que se instrumentó la operación de concentración objeto del Acuerdo de Consejo de Ministros de 20 de mayo de 1994.

Segundo: En el plazo máximo de ----- desde la ejecución de la *disposición anterior*, **ANTENA 3 DE RADIO S.A.**, SOCIEDAD ESPAÑOLA DE RADIODIFUSIÓN S.A. y SOCIEDAD DE SERVICIOS RADIOFÓNICOS UNIÓN RADIO S.L. deberán realizar las actuaciones necesarias para garantizar la separación efectiva de la gestión operativa y económica de **ANTENA 3 DE RADIO S.A.** respecto de la SOCIEDAD ESPAÑOLA DE RADIODIFUSIÓN S.A.

Tercero: En el plazo máximo de ----- desde la ejecución de la *disposición Primera*, **ANTENA 3 DE RADIO S.A.**, SOCIEDAD ESPAÑOLA DE RADIODIFUSIÓN y SOCIEDAD DE SERVICIOS RADIOFÓNICOS UNIÓN RADIO S.L. presentarán al Servicio de Defensa de la Competencia un informe detallado sobre el cumplimiento de la misma.

Cuarto: En el plazo máximo de ----- desde el cumplimiento de la *disposición Segunda*, **ANTENA 3 DE RADIO S.A.**, SOCIEDAD ESPAÑOLA DE RADIODIFUSIÓN S.A. y SOCIEDAD DE SERVICIOS RADIOFÓNICOS UNIÓN RADIO S.L. presentarán un informe detallado sobre el cumplimiento de la misma. En particular, en dicho informe se deberán especificar los cambios producidos en la estructura de las partes en cuanto a su composición accionarial, estructura de control, sistema de gestión, medios personales y técnicos, y convenios de programación.

Quinto: De acuerdo con lo establecido en el apartado Cuarto del Acuerdo de Consejo de Ministros de 2 de noviembre de 2001, los plazos concretos contenidos en esta resolución tendrán tratamiento de información confidencial."

QUINTO.- Dado traslado a las partes del referido escrito y presentadas las alegaciones respectivas la Sala acordó por Auto de 5 de marzo de 2.003 :

"Primero.- Declaramos que la resolución dictada por el Director General de Defensa de la Competencia el día 14 de octubre de 2002 decide dentro de los límites que son necesarios para el debido cumplimiento de la sentencia de cuya ejecución se trata y respeta los principios y normas jurídicas que deben regir esa ejecución.

Segundo.- Declaramos que excede de lo que es ejecución propiamente dicha de la sentencia, tanto la decisión de cuál deba ser el alcance de los efectos civiles de la resolución de aquellos negocios jurídicos entre las partes que los pactaron, como la imposición de una obligación de generación de mecanismos de compensación.

Tercero.- Rechazamos las demás peticiones deducidas en este incidente. [...]"

SEXTO.- Con fecha 2 de julio de 2.003 el Abogado del Estado dio cuenta de que la Sociedad de Sociedad de Servicios Radiofónicos Unión Radio, S.A., **Antena 3** de Radio, S.A., y Sociedad Española de Radiodifusión, S.A., habían presentado un escrito informando que habían procedido "a realizar las actuaciones necesarias para garantizar la separación efectiva de la gestión operativa y económica de **Antena 3** Radio S.A. respecto de la de Sociedad Española de Radiodifusión, S.A.". El escrito de las

referidas sociedades se acompañaba de un informe así como de copia de tres documentos.

A tenor del anterior escrito el Abogado del Estado planteaba a la Sala cuestión incidental de ejecución de la Sentencia de 9 de junio de 2.000 con el fin de que se determinase si con ello se había dado cumplimiento y llevado a puro y debido efecto lo dispuesto en la misma y procedía, por tanto, archivar el correspondiente expediente de vigilancia tramitado por el Servicio de Defensa de la Competencia.

SÉPTIMO.- Dado traslado del citado escrito del Abogado del Estado a las partes y requerida la Abogacía del Estado para que aportase copia de los documentos mencionados en el mismo, por Auto de fecha 18 de febrero de 2.004 esta Sala acordó:

"Primero.- No procede acceder a la pretensión incidental formulada por el Abogado del Estado en el escrito presentado ante esta Sala el 2 de julio de 2003 ni, en consecuencia, archivar el expediente tramitado por el Servicio de Defensa de la Competencia.

Segundo.- El Ministerio de Economía deberá pronunciarse sobre el contenido del escrito que le fue remitido por las entidades "Antena 3 de Radio, S.A.", "Sociedad Española de Radiodifusión, S.A." y "Sociedad de Servicios Radiofónicos Unión Radio, S.L." el 13 de junio de 2003, resolviendo si con las actuaciones en él descritas se cumplían las condiciones impuestas a dichas sociedades por la resolución del Director General de Defensa de la Competencia de 14 de octubre de 2002. [...]"

OCTAVO.- Por oficios de fecha 5 y 13 de abril de 2.004 la Dirección General de Defensa de la Competencia remitió, respectivamente, el "Informe del Servicio de Defensa de la Competencia sobre el grado de ejecución de la sentencia del Tribunal Supremo de 9 de septiembre de 2000" de 2 de abril de 2.004, y una versión "no confidencial" del mismo.

El citado informe de 2 de abril de 2.004 del Servicio de Defensa de la Competencia contenía las siguientes conclusiones:

"El presente informe se hace en cumplimiento de lo dictado en el fundamento de derecho quinto del Auto del Tribunal Supremo del pasado día 18 de febrero de 2.004. Su objeto es valorar el grado de cumplimiento de la Sentencia de 9 de junio de 2000 cuyo fallo se concreta en la Resolución de la Dirección General de Defensa de la Competencia de 14 de octubre de 2002 y en los sucesivos Autos del Alto Tribunal dictados a lo largo del expediente de ejecución.

El informe se basa en la información disponible en el expediente que obra en el Servicio.

Las principales conclusiones de este informe son las siguientes.

- Desde el punto de vista formal, SER, Antena 3 Radio y Unión Radio han resuelto los contratos que dieron lugar a la operación de concentración autorizada por el Consejo de Ministros el 20 de mayo de 1994.

- Desde el punto de vista material, se han presentado un conjunto de actividades dirigidas al cumplimiento de las obligaciones de desconcentración efectiva, esto es, de separación de la gestión operativa y económica de las partes. Así,

- en principio cabe considerar que el grupo PRISA no controla Antena 3 Radio desde la perspectiva de los indicadores cuantitativos que recoge el artículo 42 del Código de Comercio.

- El grupo PRISA cuenta únicamente con dos de los seis miembros del Consejo de Administración de Antena 3 Radio.

- No se conoce la existencia de ningún acuerdo de cesión de gestión.

- Se ignora si alguno de los elementos económicos no recogidos en los acuerdos que obran en el expediente pueden determinar una relación de dependencia, o si la sociedad Unión Radio Digital podría dar lugar a una concentración de notificación obligatoria con arreglo a la normativa de competencia.

- En todo caso, incluso si efectivamente estos acuerdos fueran de carácter asociativo, podrían tener efectos restrictivos sobre la competencia y, en ese caso, deberían acogerse al régimen de autorización singular previsto en el artículo 4 de la Ley 16/1989."

NOVENO.- Con fecha 2 de abril de 2.004, el Director General del Servicio del Defensa de la

Competencia dictó resolución en la que se concluía lo siguiente:

"VISTO el contenido del escrito de 13 de junio de 2003 presentado por la representación legal de **Antena 3** de Radio S.A., la Sociedad Española de Radiodifusión S.A. y Sociedad de Servicios Radiofónicos Unión Radio S.A., así como de sus documentos anexos que lo acompañan.

VISTA la normativa de aplicación.

VISTO el Informe del Servicio de Defensa de la Competencia de 2 de abril de 2004 sobre el grado de ejecución de la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de junio de 2000 , cuyas conclusiones son las siguientes: [reproducidas en el hecho octavo]

Este Servicio de Defensa de la Competencia, con el fin de llevar a puro y debido efecto la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de junio de 2000 .

RESUELVE:

PRIMERO.- Promotora de Informaciones, S.A. (PRISA) o cualquiera de las empresas de su grupo no podrá tener ni obtener, directa o indirectamente, mediante elementos de hecho o de derecho, la posibilidad de ejercer una influencia significativa sobre las actividades de **Antena 3** de Radio en el sentido del *artículo 2 del Real Decreto 1443/2001, de 21 de diciembre* , por el que se desarrolla la *Ley 16/1989, de 17 de Defensa de la Competencia* , en lo referente al control de las concentraciones económicas o norma que lo sustituya.

En particular, en relación con **Antena 3** de Radio S.A. o empresa que la sustituya o que ostente los derechos que corresponden a la misma en el ámbito de la radiodifusión sonora,

- No podrá poseer la mayoría de los derechos de voto,
- No podrá tener la facultad de nombrar o de sustituir a la mayoría de los miembros del órgano de administración,
- No podrá disponer, en virtud de acuerdos celebrados con otros socios, de la mayoría de los derechos de voto,
- No podrá nombrar, exclusivamente o en virtud de acuerdos celebrados con otros socios, la mayoría de los derechos de voto,
- No podrá tener, mediante derecho de veto, acuerdo de cesión de gestión o cualquier otro instrumento, la posibilidad de ejercer una influencia significativa sobre la composición, deliberaciones y decisiones de los órganos de administración o de gestión operativa de la sociedad. En relación con esta última, la presente disposición se refiere en particular a las decisiones relativas a aquellas áreas referidas en el "Contrato de cesión de gestión" firmado el 18 de noviembre de 1993 por **Antena 3** de Radio S.A. Sociedad Española de Radiodifusión S.A. y Sociedad de Servicios Radiofónicos Unión Radio S.A.

SEGUNDO.- En el plazo de quince días, **Antena 3** de Radio S.A. y Sociedad Española de Radiodifusión S.A. deberán proporcionar al Servicio de Defensa de la competencia información detallada sobre las condiciones económicas de los "Acuerdos de programación" suscritos entre ellas el 14 de mayo de 2003 y, en particular, sobre las retribuciones anuales en concepto de participación en los ingresos de la publicidad.

TERCERO.- En caso de que los "Acuerdos de programación" suscritos con fecha 14 de mayo de 2003 entren en el ámbito de aplicación del *Artículo 1 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, Antena 3 de Radio S.A . y Sociedad Española de Radiodifusión S.A.* deberán notificarlos al Servicio de Defensa de la Competencia en aplicación de los *artículos 4 y 38 de la Ley* .

La presente resolución se entiende sin perjuicio de las notificaciones, resoluciones o actuaciones que pudiesen ser precisas en aplicación de la *Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia* .

La presente resolución se entiende sin perjuicio de cualquier otro acuerdo o actuación que pudiese derivarse de la existencia de información que no obra en el expediente tramitado en ejecución de la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de junio de 2000 ."

DÉCIMO.- El 29 de julio de 2.004 la Dirección General de Defensa de la Competencia aprobó un Apéndice al referido Informe de 2 de abril anterior elaborado por el propio Servicio de defensa de la Competencia, sobre el grado de cumplimiento de la Sentencia de 9 de septiembre de 2.000 . En el citado Apéndice, a la vista de las informaciones comunicadas por las entidades afectadas con base en el Informe de 2 de abril y de ulteriores requerimientos, se concluía lo siguiente:

"De acuerdo con la información disponible en este expediente, cabe concluir que A3RADIO no está controlada por PRISA o las sociedades de su grupo.

A la vista de las conclusiones del presente apéndice al Informe de 2 de abril de 2004 emitido por el Servicio de Defensa de la Competencia, sobre el grado de ejecución de la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de septiembre de 2000 , procede resolver en el sentido de que la citada Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de junio de 2000 ha sido llevada a puro y debido efecto el 14 de mayo de 2004.

Dicha resolución se entendería sin perjuicio de cualquier otras actuación futura en aplicación de la Ley de Defensa de la Competencia o de cualquier acuerdo o actuación que pudiese derivarse de la existencia de información no disponible en el Servicio de Defensa de la Competencia en el momento de elaborar este informe."

UNDÉCIMO.- Con fecha 30 de julio de 2.004 la Directora General de Defensa de la Competencia dictó resolución relativa a la ejecución de la Sentencia de autos que concluía en los siguientes términos:

"VISTO el contenido del escrito de 13 de junio de 2003 presentado por la representación legal de **Antena 3** de Radio S.A., la Sociedad Española de Radiodifusión S.A. y Sociedad de Servicios Radiofónicos Unión Radio S.A., así como de sus documentos anexos que lo acompañan.

VISTO el Informe del Servicio de Defensa de la Competencia de Defensa de la Competencia de 2 de abril de 2004 sobre el grado de ejecución de la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de junio de 2000 .

VISTA la Resolución del Director del Servicio de Defensa de la Competencia de 2 de abril de 2004.

VISTA la información aportada por las Partes con fecha 22 de abril de 2004, 10 de mayo de 2004 y 28 de mayo de 2004, en respuesta a distintos requerimientos del Servicio.

VISTA la normativa de aplicación.

Este Servicio de Defensa de la Competencia, con el fin de llevar a puro y debido efecto la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de junio de 2000 ,

ACUERDA

PRIMERO: considerar que las medidas adoptadas por **Antena 3** de Radio S.A., la Sociedad Española de Radiodifusión S.A. y Sociedad de Servicios Radiofónicos Unión Radio S.A. garantizan la separación de la gestión operativa y económica de **Antena 3** de Radio, S.A. respecto de la Sociedad Española de Radiodifusión S.A.

SEGUNDO considerar que PRISA o las sociedades de su GRUPO no controlan A3 RADIO.

La presente resolución se entiende sin perjuicio de las futuras actuaciones que pudiesen ser precisas en aplicación de la *Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia* así como de cualquier otro acuerdo o actuación que pudiese derivarse de la existencia de información que no obra en el expediente tramitado en ejecución de la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de junio de 2000 ."

DUODÉCIMO.- Con fecha 23 de noviembre de 2.004 la sociedad Uniprex, S.A.U., solicitó que se le tuviera por personada y parte en el proceso de ejecución de la sentencia de fecha 9 de junio de 2.000. La Sala denegó lo solicitado por Auto de 23 de febrero de 2.005 . Interpuesto recurso de súplica contra el mismo, fue desestimado por Auto de 22 de junio de 2.005 .

DECIMOTERCERO.- En las alegaciones formuladas en el citado recurso de súplica frente a la denegación de la personación de la sociedad Uniprex, S.A.U., los señores D. Hugo , D. Braulio , D. Pablo , D. Inocencio , D. David y D. Juan Manuel solicitaban que se acordara lo siguiente:

"- Darnos traslado del cuerpo de actuaciones enteras y, en especial, de todos y cada uno de los documentos que acompañaban al oficio librado por la DGC junto con la resolución de 30 de julio de 2004, en su versión íntegra.

- Darnos traslado del texto íntegro de los documentos aportados por la Abogacía del Estado al incidente de ejecución de sentencia resuelto por auto de 18 de febrero de 2004, no su versión -no confidencial-, en particular de los acuerdos de programación suscritos por la Ser con A3 Radio y Onda Musical.

- Dadas las actuaciones realizadas se declare no concluida la presente ejecución, y una vez entregados a esta parte los documentos citados, se nos dé trámite de alegaciones, tras el cual, y previas las medidas necesarias para asegurar la contradicción, se sometan las actuaciones a la resolución en derecho de este tribunal, que deberá pronunciarse sobre si se ha producido o no la debida ejecución de la sentencia de 9 de junio de 2000 ."

Mediante el mismo Auto de 22 de junio de 2.005 desestimatorio del referido recurso de súplica, la Sala acordó dar traslado a las demás partes de tales pretensiones para que alegasen lo que estimasen oportuno.

DECIMOCUARTO.- Con fecha 6 de octubre de 2.005 la Sala dictó Auto en el que acordó acceder en parte a las pretensiones formuladas por los demandantes al objeto de que una vez tomado conocimiento del contenido de los documentos que en el escrito se mencionaban, pudieran formalizar las alegaciones que estimasen oportunas sobre la ejecución de la sentencia.

DECIMOQUINTO.- Los demandantes presentaron sus alegaciones el 11 de noviembre de 2.005, en cuyo "suplico" solicitaban de esta Sala que acordara:

"- Declarar no concluida la presente ejecución y acordar la práctica de las diligencias propuestas en la alegación octava del presente escrito.

- Una vez practicadas dichas diligencias de prueba, se ponga de manifiesto su resultado a las partes personadas a fin de que vuelvan a pronunciarse sobre el grado de cumplimiento de la sentencia de 9 de junio de 2000, con carácter previo a la resolución de dicho extremo por parte de este Tribunal.

- Subsidiariamente y para el caso de que no se acordara la práctica de las indicadas diligencias de prueba, se declare no ejecutada la sentencia de 9 de junio de 2000 y se proceda a acordar las medidas necesarias para llevar la misma a puro y debido efecto por este Tribunal".

Dado traslado de dicho escrito a las demás partes y efectuadas las correspondientes alegaciones, por Auto de 1 de febrero de 2.006 la Sala acordó:

"Primero.- Acceder al recibimiento a prueba del presente incidente de ejecución de sentencia.

Segundo.- Admitir todas las pruebas documentales presentadas por unas y otras partes como anexos a sus respectivos escritos de alegaciones.

Tercero.- Oficiar al Tribunal de Defensa de la Competencia para que remita a esta Sala copia del Informe recaído en el expediente de concentración económica C91/05 y a la Señora Ministra de la Presidencia para que, en su condición de Secretario del Consejo de Ministros, remita a esta Sala copia del Acuerdo adoptado por el Consejo de Ministros en su reunión de 27 de enero de 2006 por el que, conforme a lo dispuesto en el *artículo 17.1.b) de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia*, se decide subordinar a la observancia de condiciones la aprobación de la operación de concentración económica consistente en la toma de control exclusivo de **Antena 3** de Radio, S.A., por parte de la Sociedad de Servicios Radiofónicos Unión Radio, S.L.

Cuarto.- Denegar la práctica de la diligencia de prueba número siete de las solicitadas por los demandantes.

Quinto.- Oficiar a la Asociación para la Investigación de los Medios de Comunicación (AIMC) en los términos de la letra F) del fundamento de derecho tercero de esta resolución."

DECIMOSEXTO.- Con fecha 24 de febrero de 2.006 tuvo su entrada en el Registro de este Tribunal

la copia del informe emitido por el Tribunal de Defensa de la Competencia el 27 de diciembre de 2.005 en el expediente C 91/05, Radios, en versión confidencial y en versión no confidencial, quedando esta prueba unida a los autos.

Con fecha 15 de marzo de 2.006 se registró la entrada del escrito y documentación remitidos por la Asociación para la Investigación de Medios de Comunicación.

DECIMOSÉPTIMO.- Dado traslado a las partes por diez días de las pruebas no consideradas confidenciales, la Sociedad de Servicios Radiofónicos Unión Radio, S.A., **Antena 3** de Radio, S.A. y la Sociedad Española de Radiodifusión, S.A. presentaron sus alegaciones por escrito de 26 de abril de 2.006 y suplicaron a la Sala "declare que la sentencia de 9 de junio de 2000 ha sido ejecutada en su totalidad".

Posteriormente, con fecha 15 de junio de 2.006 las citadas sociedades presentaron escrito en el que suplicaron a la Sala "tenga por formuladas las alegaciones contenidas en el mismo y, en su virtud, dicte Auto constatando que mis representadas han ejecutado la Sentencia de este Tribunal de 9 de junio de 2000 o, alternativamente, decreta la pérdida de objeto del presente incidente, todo ello por los motivos expuestos en el cuerpo de este escrito".

DECIMOCTAVO.- D. Hugo , D. Braulio , D. Pablo , D. Inocencio , D. David y D. Juan Manuel evacuaron el trámite de alegaciones con fecha 26 de abril de 2.006 y suplicaron a la Sala "declarar no ejecutada la sentencia de 9 de junio de 2000 , y proceda a acordar las medidas necesarias para llevar la misma a puro y debido efecto por este Tribunal, medidas que deberán acordarse de modo directo, a la vista de la ineficacia y falta de voluntad puesta de manifiesto por parte de las diferentes administraciones que han ocupado el poder ejecutivo en el Estado español".

En respuesta al referido escrito de 15 de junio de 2.006 de las sociedades Sociedad de Servicios Radiofónicos Unión Radio, S.A., **Antena 3** de Radio, S.A. y la Sociedad Española de Radiodifusión, S.A., los demandantes presentaron alegaciones con fecha 3 de julio de 2.006 estimando que el presente procedimiento no había quedado sin objeto porque la sentencia podía y debía ser llevada a puro y debido efecto y reproduciendo el suplico de las presentadas con anterioridad.

DECIMONOVENO.- El Abogado del Estado evacuó el trámite conferido por escrito de 4 de julio de 2.006 y suplicó a la Sala "dicte la resolución que corresponda por la que declare concluido el presente incidente de ejecución y ordene el archivo de las actuaciones".

Siendo Ponente el Excmo. Sr. D Eduardo Espín Templado

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Hemos de resolver en este auto acerca de las pretensiones incidentales contrapuestas que han deducido, por un lado, Don Hugo y otros y, por otro, la Sociedad de Servicios Radiofónicos Unión Radio, S.A. (en adelante Unión Radio), **Antena 3** de Radio, S.A. (en adelante **Antena 3**) y la Sociedad Española de Radiodifusión, S.A. (en adelante SER), a las que se adhiere el Abogado del Estado.

En síntesis, los demandantes en el recurso y promotores del incidente solicitan que esta Sala declare no ejecutada la sentencia de 9 de junio de 2.000 y adopte las medidas necesarias para llevarla a puro y debido efecto, pretensión a la que se oponen el Abogado del Estado y las partes codemandadas. Estas, a su vez, solicitan a la Sala que declare que la Sentencia de 9 de junio 2.000 ha sido ejecutada en su totalidad o, de modo alternativo, la pérdida de objeto del incidente una vez que por Acuerdo del Consejo de Ministros de 27 de enero de 2.006 se ha autorizado la nueva operación de concentración consistente en la toma de control exclusivo de **Antena 3** de Radio, S.A. por la Sociedad de Servicios Radiofónicos Unión Radio, S.L., sin que dicho acuerdo haya sido impugnado, pretensión ésta a la que se oponen los demandantes.

SEGUNDO.- Para resolver sobre las referidas pretensiones contrapuestas en este incidente de ejecución es conveniente tener presentes de manera especial, de entre la larga relación de datos y circunstancias reseñados en los antecedentes -de los que se ha omitido la referencia a numerosos escritos y alegaciones de las partes relativos a extremos no relevantes en este momento, como los relativos a las discrepancias sobre confidencialidad de determinados documentos y otros extremos-, los siguientes:

- Nuestra Sentencia de 9 de junio de 2.000 anuló el acuerdo del Consejo de Ministros de 20 de mayo de 1.994 -que no se opuso, bajo ciertas condiciones, a la operación de concentración consistente en la cesión de la gestión de **Antena 3** y SER en favor de Unión Radio-, exclusivamente en función de la

infracción de normas relativas a la garantía del pluralismo informativo, y no por contrariar la regulación sobre concentraciones económicas en el marco del derecho de la competencia (hecho primero y razonamiento jurídico cuarto de este Auto).

- El Auto de 5 de marzo de 2.003 (hecho quinto) consideró adecuadas para el debido cumplimiento de la Sentencia las medidas contempladas en la resolución del Director General de Defensa de la Competencia de 14 de octubre de 2.002 (hecho cuarto), que incluían la resolución de los negocios jurídicos mediante los que se había instrumentado la concentración. En el mismo se declaraba que excedía lo que era ejecución propiamente dicha la decisión sobre cual debiera ser el alcance de los efectos civiles de dicha resolución de negocios o la imposición de una obligación de generación de mecanismos de compensación.

- La posición de la Administración en relación con la ejecución de la Sentencia queda recogido en los siguientes documentos: el informe de 2 de abril de 2.004 del Servicio de Defensa de la Competencia sobre el grado de ejecución de la Sentencia (hecho octavo); la Resolución de la misma fecha del Director General del citado Servicio dictada a la vista del referido informe (hecho noveno); el Anexo a dicho informe, de 29 de julio inmediato, de la Dirección General de Defensa de la Competencia (hecho décimo); y, finalmente, en la Resolución de la Directora General de Defensa de la Competencia de 30 de julio inmediato dictada a la vista de las anteriores (hecho undécimo). Documentos y resoluciones que estaban encaminados al control de las medidas necesarias para la debida ejecución de la Sentencia.

En el Anexo citado de 29 de julio de 2.004 la Dirección General de Defensa de la Competencia declaraba que la Sentencia de 9 de junio de 2.000 había sido llevada a puro y debido efecto y, en la última de las citadas resoluciones, de 30 de julio de 2.004, se afirmaba que las medidas adoptadas por las sociedades afectadas garantizaban la separación de la gestión operativa y económica de las mismas y que ni PRISA ni las sociedades de su grupo controlaban **Antena 3**.

- Antes de resolver sobre el incidente de ejecución planteado, esta Sala accedió por Auto de 6 de octubre de 2.005 a que se trajeran a los autos sobre ejecución de sentencia una serie de documentos adicionales solicitados por las partes para que las mismas pudiesen pronunciarse sobre el grado de cumplimiento de la Sentencia (hechos decimotercero y decimocuarto). Asimismo y, por Auto de 1 de febrero de 2.006, se recibió el incidente a prueba y se admitieron diversas pruebas solicitadas por las partes (hecho decimoquinto).

Es después de esta fase probatoria y las correspondientes alegaciones de las partes cuando se llega al momento en que se adopta el presente Auto.

TERCERO.- De la exposición de hechos narrados en los antecedentes se evidencian dos conclusiones que tiene interés destacar en este momento. En primer lugar, el extremado cuidado que ha tenido la Sala en amparar el derecho de defensa de las partes, atendiendo en todo momento a los numerosos escritos y solicitudes formulados por las mismas, incluso en ocasiones en las que se introducían nuevas peticiones en los escritos de réplicas y contrarréplicas. Y, en segundo lugar, que dicha profusión de escritos y sus correspondientes trámites de alegaciones a las demás partes, entre los que se ha contado incluso la práctica de determinadas pruebas y aportación de nuevos documentos sobre hechos posteriores, es lo que ha determinado la insólita duración de este incidente de ejecución de sentencia que ahora llega a su término.

CUARTO.- Por razones de orden lógico y procesal debemos dar respuesta primeramente a la pretensión que, de modo alternativo, han formulado las partes codemandadas sobre pérdida de objeto del incidente, pues si ello fuera cierto carecería de sentido un pronunciamiento sobre si la Sentencia de 9 de junio de 2.000 fue ejecutada en sus propios términos o no, con las eventuales declaraciones que, en este último caso, fuesen pertinentes.

La resolución del Consejo de Ministros de 20 de mayo de 1.994 impugnada en el procedimiento que dio lugar a la referida Sentencia era la aprobación (no oposición) con condiciones de una operación de concentración consistente en la cesión de la gestión de **Antena 3** y de la SER en favor de Unión Radio. La anulación de dicho acuerdo -no nulidad de pleno derecho- se debió, exclusivamente y como ya se ha indicado, a la infracción material por parte de Unión Radio de lo estipulado en la *Disposición Adicional Sexta, letra e) de la Ley 31/1987, de 18 de diciembre, de Ordenación de las Telecomunicaciones* (declarado en vigor por la *Disposición Transitoria Sexta de la Ley 11/1998, de 24 de abril, General de Telecomunicaciones*), respecto a que "una persona física o jurídica no podrá participar mayoritariamente en más de una sociedad concesionaria cuando exploten servicios de radiodifusión sonora que coincidan sustancialmente en su ámbito de cobertura" (fundamento jurídico vigésimo primero). Dicha previsión tenía su fundamento en la garantía del pluralismo informativo, y no en cuestiones relativas al control de las



concentraciones económicas desde la perspectiva del derecho de la competencia.

Debe recordarse también que en el fundamento jurídico vigésimo de nuestra Sentencia se precisaba que "en el enjuiciamiento jurídico -y no desde otra perspectiva- que en el Estado de Derecho se atribuye a los Tribunales de Justicia, lo decisivo no será si la operación de concentración menoscaba o no, realmente, el pluralismo informativo, y sí si con ella se produce o no la situación que el legislador consideró no deseable a los fines de preservar éste".

QUINTO.- Pues bien, en relación con nuestro fallo y las operaciones que en atención a su cumplimiento han desarrollado las sociedades codemandadas, se han producido dos circunstancias relevantes.

Por un lado, el legislador ha aprobado la *Ley 10/2005, de 14 de junio, de Medidas Urgentes para el Impulso de la Televisión Digital Terrestre, de Liberalización de la Televisión por Cable y de Fomento del Pluralismo*. En su *artículo 1, apartado 2*, se modifican los párrafos d) y e) de la citada *disposición adicional sexta de la Ley 31/1987, de 18 de diciembre, de Ordenación de las Telecomunicaciones*, que quedan redactados de la siguiente manera:

"d) Una misma persona física o jurídica no podrá, en ningún caso, controlar directa o indirectamente más del cincuenta por ciento de las concesiones administrativas del servicio de radiodifusión sonora terrestre que coincidan sustancialmente en su ámbito de cobertura. En todo caso, una misma persona física o jurídica, no podrá controlar más de cinco concesiones en un mismo ámbito de cobertura.

En una misma comunidad autónoma ninguna persona física o jurídica podrá controlar más del cuarenta por ciento de las concesiones existentes en ámbitos en las que sólo tenga cobertura una concesión.

Ninguna persona física o jurídica podrá controlar directa o indirectamente más de un tercio del conjunto de las concesiones administrativas del servicio de radiodifusión sonora terrestre con cobertura total o parcial en el conjunto del territorio del Estado.

Con el objeto de limitar el número de concesiones cuyo control puede simultanearse, a la hora de contabilizar estos límites no se computarán las emisoras de radiodifusión sonora gestionadas de forma directa por entidades públicas.

A los efectos previsto en este apartado, se entenderá por control los supuestos a los que se refiere el *artículo 42 del Código de Comercio*.

e) Los límites anteriores se aplicarán de forma independiente a las concesiones para la emisión con tecnología digital y a las concesiones para la emisión con tecnología analógica."

Queda pues transformada sustancialmente la disposición contenida en la anterior letra e) de la Ley que determinó la anulación del acuerdo del Consejo de Ministros de 20 de mayo de 1.994 por la Sentencia de 9 de junio del 2.000 de cuya ejecución se trata.

Por otro lado y con posterioridad a dicha modificación legislativa, las mismas entidades que habían tomado parte en la operación de concentración de la que trae causa el presente recurso, notificaron al Servicio de Defensa de la Competencia con fecha de 5 de septiembre de 2.005 una nueva operación de concentración consistente en la toma de control de **Antena 3** de Radio, S.A., por parte de la Sociedad de Servicios Radiofónicos Unión Radio, S.L. Dicha operación fue aprobada con condiciones por el Consejo de Ministros el 27 de enero de 2.006 (BOE de 30 de marzo de 2.006), sin que dicho Acuerdo haya sido objeto de recurso contencioso administrativo.

SEXTO.- De todo lo anterior se deduce, por un lado, que se han modificado las bases normativas que determinaron la anulación por nuestra Sentencia de 9 de junio de 2.000 de la inicial operación de concentración entre **Antena 3**, Ser y Unión Radio. Y, por otro lado, que ha quedado firme una operación de concentración análoga a la que dio lugar al recurso contencioso administrativo que culminó con la citada Sentencia.

Quiere ello decir, en definitiva, que se ha producido una variación sustancial tanto de la situación normativa como de la situación jurídica y material en la que se produjo la controversia que priva de objeto la decisión sobre el proceso de ejecución de nuestra Sentencia de 9 de junio de 2.000. En este sentido cabe recordar la reiterada jurisprudencia de esta Sala, citada por las partes codemandadas, sobre pérdida

sobrevenida del objeto de la controversia:

"TERCERO.- Este Tribunal ha recordado en sus recientes sentencias de fechas 19 y 21 de Mayo de 1.999, 25 de Septiembre de 2.000, 19 de Marzo y 10 de Mayo de 2.001 y 10 de Febrero y 5 del corriente mes y año, que la desaparición del objeto del recurso ha sido considerada, en muchas otras, como uno de los modos de terminación del proceso contencioso administrativo; tanto cuando lo impugnado eran disposiciones generales, en que la ulterior derogación de éstas, o su declaración de nulidad por sentencia anterior, ha determinado la desestimación del recurso, no porque en su momento no estuviere fundado, sino porque la derogación sobrevenida de la norma priva a la controversia de cualquier interés o utilidad real, ( así sentencias de 24 de Marzo y 28 de Mayo de 1.997 o 29 de Abril de 1.998 ); como en recursos dirigidos contra resoluciones o actos administrativos singulares, en los que se ha considerado que desaparecía su objeto cuando circunstancias posteriores les privaban de eficacia, hasta el punto de determinar la desaparición real de la controversia, (así en sentencias de 31 de Mayo de 1.986, 25 de Mayo de 1.990, 5 de Junio de 1.995 y 8 de Mayo de 1.997 )." (Sentencia de 19 de mayo de 2.003 -RC 5.449/1.998 -, fundamento de derecho tercero)

En la primera de las Sentencias citadas en la anterior, habíamos dicho:

"Octavo.- La desaparición del objeto del recurso ha sido considerada por esta Sala, en numerosas sentencias, como uno de los modos de terminación del proceso contencioso-administrativo. Singularmente en los recursos directos contra disposiciones generales, la ulterior derogación de éstas -o su declaración de nulidad por sentencia anterior- ha determinado la desestimación de los recursos correspondientes, no porque en su momento no estuviesen fundados, sino porque la derogación sobrevenida de la norma priva a la controversia de cualquier interés o utilidad real. En estos términos se han manifestado, entre otras, las recientes sentencias de esta Sala de 24 de marzo de 1997, 28 de mayo de 1997 y 29 de abril de 1998 .

Noveno.- Esta misma causa de terminación del proceso se ha aplicado en los recursos cuyo objeto no era la impugnación de una disposición general sino de una resolución o acto administrativo singular. También en estos casos la jurisprudencia de esta Sala ha considerado que desaparecía el objeto del recurso cuando el acto impugnado en él había quedado ulteriormente privado de eficacia. Con independencia del reconocimiento de la satisfacción extraprocésal de las pretensiones, así se ha establecido en los casos en que un acto administrativo posterior había modificado la situación en litigio hasta el punto de determinar la desaparición real de la controversia: las sentencias de 31 de mayo de 1986, 25 de mayo de 1990 y 5 de junio de 1995 y 8 de mayo de 1997 reflejan, con ligeras variantes, esta misma doctrina." (Sentencia de 19 de mayo de 1.999 -Recursos contencioso-administrativos acumulados 183 y 209/1996 -, fundamentos de derecho octavo y noveno)

Asimismo debe recordarse también que, con respecto a un supuesto análogo relativo a la intervención del legislador modificando la situación en que debe ejecutarse una Sentencia firme, el Tribunal Constitucional dijo:

"[...] Carecería de objeto, en efecto, el proceder a la ejecución de una Sentencia que ha declarado la nulidad del proyecto por ser contrario a una norma ya inexistente y que con posterioridad ha sido sustituida por otra en virtud de la cual ya no cabe apreciar la ilegalidad de dicho proyecto. Pues es evidente, como antes se ha expuesto, que la *Ley Foral 9/1996* ha establecido un régimen jurídico para las zonas periféricas de protección que es distinto del que se contenía en la *Ley Foral 6/1987*, que fue el aplicado por el Tribunal Supremo para proceder a la anulación parcial de la resolución administrativa impugnada.

Ahora bien, esta circunstancia sobrevenida, no obstante, no es en sí misma lesiva del derecho a la ejecución de las Sentencias firmes que consagra el *art. 24.1 C.E.* . Pues es suficiente recordar al respecto que, como ha declarado este Tribunal, "el derecho a la ejecución de la Sentencia en sus propios términos no impide que en determinados supuestos ésta devenga legal o materialmente imposible, lo cual habrá de apreciarse por el órgano judicial en resolución motivada, pues el cumplimiento o ejecución de las Sentencias depende de las características de cada proceso y del contenido del fallo" (SSTC 153/1992, de 19 de octubre, FJ 4 y 91/1993, de 15 de marzo, FJ 3 ). Y uno de estos supuestos es, precisamente, la modificación sobrevenida de la normativa aplicable a la ejecución de que se trate, o, si se quiere, un alteración "de los términos en los que la disputa procesal fue planteada y resuelta" ya que, como regla general, "una vez firme la Sentencia, a su ejecución sólo puede oponerse una alteración del marco jurídico de referencia para la cuestión debatida en el momento de su resolución por el legislador" (STC 41/1993, de 8 de febrero, FJ 2 ). Siendo de recordar al respecto que el legislador ha previsto mecanismos para atender a los supuestos de imposibilidad legal o material de cumplimiento de las Sentencias en sus propios términos, como el del *art. 107 L.J.C.A de 1956*, vigente en el momento de iniciarse el trámite de ejecución en el seno del cual se originó la presente cuestión y, en la actualidad, el *art. 105.2 L.J.C.A. de 1998* .

De lo que claramente se desprende, en lo que aquí interesa, frente a lo afirmado en el Auto de planteamiento de la cuestión, que el solo hecho de haber devenido legalmente inejecutable la Sentencia del Tribunal Supremo no convierte por sí mismo en inconstitucionales los *preceptos cuestionados de la Ley Foral 9/1996* ." (STC 73/2000, fundamento jurídico 9 )

Debe, por último, precisarse que en el presente supuesto lo que resuelve la Sala no es tanto una declaración de inejecutividad de la Sentencia de 9 de junio de 2.000 , tal como se regula en el *artículo 105 de la Ley de la Jurisdicción* -pronunciamiento que, de hacerse, habría que retrotraer a un momento anterior a la modificación legal y material ocurrida más recientemente-, cuanto una pérdida de objeto del incidente de ejecución de la referida Sentencia. En cuanto a si la Sentencia ha sido o no ejecutada, la Administración competente se pronunció en su momento en los términos en que se ha indicado en los hechos octavo a undécimo y en el razonamiento jurídico segundo. Esta Sala, por su parte, se limita a constatar que, ante la ya explicada variación sustancial de los datos normativos y jurídicos, con carácter de firmeza, carece de objeto el citado incidente de ejecución, puesto que la realidad jurídica y material sobre la que dicha Sentencia se pronunció es ya por completo diferente pues, por un lado, lo que entonces era ilegal ahora no lo es y, por otro, la operación de concentración en su momento impugnada es ahora una concentración aprobada administrativamente con carácter de firmeza. No resulta por ello procedente efectuar ningún pronunciamiento sobre si dicha Sentencia fue llevada a puro y debido efecto.

SÉPTIMO.- En atención a lo expuesto en los anteriores razonamientos jurídicos, procede declarar la pérdida de objeto sobrevenida del presente incidente de ejecución de sentencia y ordenar el archivo de las actuaciones.

Por analogía con lo establecido en los *artículos 74.8 y 76.2 de la Ley 29/1998, de 13 de julio* , reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, así como del *artículo 22.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil* (de aplicación supletoria), el pronunciamiento de archivo puede revestir la forma de auto en el que se declare terminado el procedimiento.

En cuanto a las costas, la Sala acuerda no imponerlas al considerar que no concurren las *circunstancias previstas en el artículo 139 de la Ley de la Jurisdicción* .

#### **LA SALA ACUERDA:**

Que DECLARAMOS TERMINADO el incidente de ejecución de la sentencia dictada en el recurso contencioso-administrativo 533/1.994 en fecha 9 de junio de 2.000 por pérdida sobrevenida de objeto del mismo, procediendo el ARCHIVO de la pieza separada de dicho incidente. Sin costas.

Lo mandó la Sala y firman los Magistrados Excmos. Sres. al inicio designados.